

Sygn. akt: KIO 368/11

WYROK
z dnia 8 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 24.02.2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NARNIA Prace Archeologiczne Paweł Kraus, ul. Wesoła 6/8, 50-524 Wrocław (Członek konsorcjum) oraz ARCHGEO Piotr Janczewski, ul. Kniaziewiczza 18/1, 50-455 Wrocław (Lider konsorcjum)** od czynności Zamawiającego **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gliwicach, ul. Sienkiewicza 2, 44-100 Gliwice** w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Badania archeologiczne” (znak NCB 01/EZ/BWP-370-1/2011)

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości 19 062,00 (słownie: dziewiętnaści tysięcy sześćdziesiąt dwa złote i zero groszy) obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NARNIA Prace Archeologiczne Paweł Kraus, ul. Wesoła 6/8, 50-524 Wrocław oraz ARCHGEO Piotr Janczewski, ul. Kniaziewiczza 18/1, 50-455 Wrocław** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia: **NARNIA Prace Archeologiczne Paweł Kraus, ul. Wesoła 6/8, 50-524 Wrocław oraz ARCHGEO Piotr Janczewski, ul. Kniaziewiczza 18/1, 50-455 Wrocław,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 062 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NARNIA Prace Archeologiczne Paweł Kraus, ul. Wesoła 6/8, 50-524 Wrocław oraz ARCHGEO Piotr Janczewski, ul. Kniaziewiczza 18/1, 50-455 Wrocław** na rzecz **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gliwicach, ul. Sienkiewicza 2, 44-100 Gliwice,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach.**

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 8 marca 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 368/11

Zamawiający – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gliwicach, ul. Sienkiewicza 2, 44-100 Gliwice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Badania archeologiczne” (znak NCB 01/EZ/BWP-370-1/2011).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu **08.01.2011 r.** ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE Nr ogłoszenia 2010/S 5-006863.

W dniu **14.02.2011 r.** Zamawiający przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia pismo z dnia 14.02.2011 r., znak EZ/BWP-370-1/2011/2880/125. W powyższym piśmie Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie (pytanie nr 9) jednego z wykonawców dotyczące postanowień SIWZ dokonując tym samym modyfikacji SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający w piśmie z dnia 14.02.2011 r. (znak EZ/BWP-370-1/2011/2880/125) w odpowiedzi na pytanie nr 9 o następującej treści: „Proszę o wyjaśnienie dotyczące punktu 9, podpunktu 1, ustęp 2): posiadać wiedzę i doświadczenie w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia. W szczególności wykonawca musi spełniać następujące warunki (w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia przez dwóch lub więcej wykonawców, oceniane będą ich łączna wiedza i doświadczenie): a) wykonać w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 3 (trzy) zamówienia na usługę, której przedmiotem było wykonanie usług badań archeologicznych, z których co najmniej 1 (jedna) obejmowała obszar badań o powierzchni 5 000 arów oraz 2 (dwie) obejmowały obszar badań o powierzchni 1 500 arów; Czy należy wykazać się realizacją jedynie badań archeologicznych (wykopaliskowych), czy realizacją całości zamówienia (umowy), tj. wraz z opracowaniem wyników badań?” Zamawiający wyjaśnił, że: „Zamawiający oczekuje wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia kompletnego, polegającego na realizacji badań archeologicznych (wykopaliskowych) wraz z opracowaniem wyników tych badań”.

Na powyższą czynność w dniu **24.02.2011 r.** Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że składa odwołanie na wprowadzony odpowiednią z dnia 14 lutego 2011 r. na pytanie 9 wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia kompletnego polegającego na realizacji badań archeologicznych (wykopaliskowych) wraz z opracowaniem wyników tych badań w przypadku jednego zadania o powierzchni 5000 arów, stanowiącą rozwinięcie wymagań zawartych w punkcie 9.1. 2) a) Instrukcji dla Wykonawców Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż zarzuca Zamawiającemu mogące mieć wpływ na wynik postępowania naruszenie art. 7 ust. 1 oraz 22 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, poprzez ustalenie w SIWZ w pkt. 9 ust. 1.2) a) warunku udziału w postępowaniu, polegającym na wykazaniu wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 (trzy) zamówienia na usługę, której przedmiotem było wykonanie usług badań archeologicznych z których co najmniej 1 (jedna) obejmowała obszar badań o powierzchni 5.000 (pięć tysięcy) arów (...) wraz z opracowaniem wyników tych badań, co doprowadziło do wyłączenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i naruszyło tym samym ich interesy w toku postępowania o uzyskanie zamówienia publicznego, jak również doprowadziło do opisu warunków sposobu dokonywania oceny w sposób nieproporcjonalny do tego zamówienia, albowiem Zamawiający doprowadził do sytuacji, iż w postępowaniu mogą uczestniczyć jedynie podmioty, które w ciągu ostatnich trzech lat wykonały co najmniej jedno zadanie o powierzchni 5000 arów wraz z opracowaniami, podczas gdy w ocenie Odwołującego, w ciągu ostatnich trzech lat na terenie Rzeczypospolitej Polskiej miało miejsce jedynie jedno takie zadanie zlecone w terminie pozwalającym na zakończenie wykonanych usług oraz sporządzenie opracowań, co znacznie i niepotrzebnie ogranicza krąg wykonawców.

Zdaniem Odwołujący powyższy wymóg jest nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia, albowiem zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia powierzchnia stanowisk archeologicznych według przedmiaru wynosi zaledwie 783 ary, co łącznie z powierzchnią przewidzianą do przebadania w trakcie nadzoru archeologicznego (391, 5 ara) wynosi 1174, 5 arów.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w pkt 9 ust. 1.2) a) w sposób umożliwiający udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy wykażą wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 (trzy) zamówienia na usługę, której przedmiotem było wykonanie usług badań archeologicznych, z których co najmniej 1 (jedna) obejmowała obszar badań o powierzchni 5.000 (pięć tysięcy) arów,

jednakże za wykonaną usługę uważa się wykonanie prac wykopaliskowych oraz stosownych sprawozdań bez konieczności wykazywania się wykonaniem opracowań.

W uzasadnieniu odwołania zostało wskazane, iż Zamawiający w pkt. 9 1. 2) a) Instrukcji dla Wykonawców części Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia domagał się w ramach wykazania niezbędnego doświadczenia: wykonania w okresie ostatnich trzech lat przez upływem term/nu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 (trzy) zamówienia na usługę, której przedmiotem było wykonanie usług badań archeologicznych z których co najmniej 1 (jedna) obejmowała obszar o powierzchni 5.000 (pięć tysięcy) arów oraz 2 (dwie) obejmowały obszar badań o powierzchni 1.500 (jeden tysiąc pięćset) arów. W ocenie Odwołującego powyższy zapis wskazywał na konieczność wykonania badań archeologicznych nie precyzując, czy Zamawiającemu chodziło także o opracowania wyników tych badań. Ponadto Odwołujący podniósł, iż kierując się ogólnymi zasadami sporządzania ogłoszeń i SIWZ przyjął, iż Zamawiający może domagać się jedynie takiego zakresu doświadczenia oraz popierających go dokumentów, jaki wynika wprost z zapisów w SIWZ, a więc doświadczenia obejmującego wykonanie badań wykopaliskowych zakończonych stosownym sprawozdaniem z wyłączeniem wykonania opracowania badań. Dodał ponadto, iż z pierwotnej wersji SIWZ nie mogło wynikać, że Zamawiającemu chodzi o wykonanie badań wykopaliskowych oraz ich opracowanie, albowiem zamówienie to obejmuje także wydanie publikacji naukowych na temat prowadzonych prac. W ocenie Odwołującego istniały zatem trzy możliwości: 1) wykonanie prac wykopaliskowych, 2) wykonanie prac wykopaliskowych wraz z opracowaniem wyników badań, 3) wykonanie prac wykopaliskowych wraz z opracowaniem wyników badań oraz wydaniem publikacji naukowej. Ze względu na długotrwałość prowadzonych prac na tak dużych obszarach w ciągu trzech lat wykonanie opracowań jest, zdaniem Odwołującego, wysoce utrudnione, zaś wydanie publikacji naukowych praktycznie niemożliwe, dlatego też zakresu wymaganego doświadczenia nie można było pokrywać z przedmiotem zamówienia. Odwołujący wywiódł, iż jedynym racjonalnym rozwiązaniem było przyjęcie, iż chodzi jedynie o prace wykopaliskowe zakończone sprawozdaniem.

Zdaniem Odwołującego w wyniku braku pewności jednego z wykonawców Zamawiający sprecyzował, a w zasadzie uzupełnił zapisy SIWZ jednoznacznie określając, iż chodzi także o wykonanie opracowań. Odwołujący stwierdził, iż samo prowadzenie prac archeologicznych nie zawsze kończy się wykonywaniem opracowań, ponieważ w przypadku gdy wytyczone stanowisko archeologiczne zawiera znikomą ilość znalezisk wówczas pomija się dokonywanie opracowań badań archeologicznych. Mając powyższe na względzie, w ocenie Odwołującego, nie ma uzasadnienia aby w celu wykazywania odpowiedniego doświadczenia dokumentować je pracami, które zostały wykonane łącznie z opracowaniami. Ponadto podstawowymi wymogami stawianymi archeologom przy wykonywaniu badań

ratowniczych jest to aby prace były wykonane terminowo oraz zgodnie z zasadami sztuki. Terminowość w przedmiotowym wypadku jest bardzo istotna, gdyż terminowe wykonanie wykopalisk umożliwia terminowe rozpoczęcie prac budowlanych. Tym samym, zdaniem Odwołującego, dla oceny doświadczenia i umiejętności potencjalnego wykonawcy najistotniejsze jest dokonanie analizy czy potrafi on w prawidłowy i terminowy sposób wykonać prace wykopaliskowe oraz sporządzić odpowiednie sprawozdanie. Zatem oczekiwanie Zamawiającego domagającego się wykazania się jedynie pracami, co do których zakończono już opracowanie jest niepotrzebne i niecelowe.

Niezależnie od powyższych zarzutów Odwołujący wskazał, że najistotniejszą sprawą jest fakt znikomej w skali kraju ilości zadań na prace archeologiczne na powierzchni przekraczającej 50 hektarów (5000 arów), które mogły być wykonane w ciągu ostatnich 3 lat i zakończyć się wykonaniem opracowań. Ze specyfiki prac archeologicznych na dużych powierzchniach wynika, że są one długotrwałe i w konsekwencji długo trwa ich opracowywanie. Sam Zamawiający przewidział na wykonanie prac ponad 200 dni, a następnie ponad 210 dni na wykonanie opracowań - a zatem łącznie około 14 miesięcy. W odniesieniu do powyższego Odwołujący podniósł, iż przedmiotem badań ma być teren o powierzchni jedynie około 8 ha. Zaś na wykonanie opracowań dotyczących wykopalisk dokonanych w trakcie nadzoru archeologicznego Zamawiający przeznaczył 197 dni - a więc prawie 7 miesięcy. Łącznie cały okres prac przewidzianych przez Zamawiającego łącznie z opracowaniami wynosi 44 miesiące. Przy inwestycjach rzędu 50 ha okres prowadzenia prac wykopaliskowych wynosi zazwyczaj około 12-15 miesięcy, zaś termin na wykonanie przedmiotowych opracowań wynosi nawet 2-3 lata po zakończeniu prac. Można przyjąć zatem, zdaniem Odwołującego, iż standardowo przy wykonywaniu zadań archeologicznych o powierzchni ponad 50 ha czas ich wykonania wynosi około 12-15 miesięcy zaś czas na opracowania ponad 24 miesiące - łącznie ponad 3 lata. Mając na uwadze, iż Zamawiający oczekuje legitymowania się wykonaniem prac w ciągu ostatnich 3 lat wraz z wykonaniem opracowań ogranicza tym samym krąg potencjalnych referencji do prac zleconych najwcześniej w lutym 2008 r., które musiały jednocześnie wraz z opracowaniami zakończyć się do lutego 2011 r. W praktyce zatem mając na uwadze przeciętnie 36-miesięczny okres wykonywania prac wraz z dokonaniem opracowań mogą to być zadania rozpoczęte w roku 2008 oraz ewentualnie przy narzuceniu wyjątkowo krótkich okresów realizacji zlecenia z pierwszej połowy 2009 r. albowiem w pozostałych przypadkach nie było możliwe zakończenie wykopaliskowych prac archeologicznych wraz z opracowaniem wyników badań.

Jak dowód na potwierdzenie powyższych twierdzeń Odwołujący wskazał SIWZ dla opracowań archeologicznych: odcinek S-3 Gorzów-Międzyrzecz (zał nr 1) oraz odcinek autostrady A-4 Radymno-Korczowa (zał. 2). Zostało wskazane w uzasadnieniu, iż powyższe dowody mają wskazywać przewidywany przez zamawiających okres przeznaczony na

prorowadzenie prac wykopaliskowych oraz wykonanie opracowań wyników badań przy zadaniach przekraczających 5000 arów (50 hektarów). Drugi dowód w postaci treści § 5 projektu umowy z wykonawcą załączonego do SIWZ został przedstawiony na okoliczność przewidywanego przez Zamawiającego okresu przeznaczonego na prowadzenie prac wykopaliskowych oraz wykonanie opracowań wyników badań.

Odwołujący wskazał, że inwestycje terenowe powodujące konieczność prowadzenia prac na obszarze większym niż 50 ha są w praktyce wyłącznie inwestycjami liniowymi, takim jak dłuższe odcinki całkowicie nowych dróg, gazociągi czy też zbiorniki wodne. Powoduje to, iż są one nieliczne i tym samym łatwe do ustalenia. W ocenie Odwołującego ogłoszone przetargi przewidujące prowadzenie i zakończenie prac wraz z opracowaniem, które mogły rozpocząć się po lutym 2008 r. i zakończyć się przed lutym 2011 r. ograniczają się do jednego zadania w postaci badań archeologicznych na odcinku S-3 Gorzów-Międzyrzecz. Jak zostało wskazane w treści uzasadnienia powyższe oznacza, że w rzeczywistości jedynie wykonawca, który otrzymał powyższe zadanie i to tylko pod warunkiem należytego i terminowego jego wykonania może się ubiegać o udzielnie zamówienia publicznego w ramach postępowania, którego dotyczy niniejsze odwołanie.

Doprowadzenie do takiej sytuacji, w ocenie składającego Odwołanie, stanowi ewidentnie naruszenie zasad konkurencyjności zapisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem trudno mówić o zapewnieniu jakiegokolwiek uczciwej konkurencji, a także o sytuacji w której można by mówić o przetargu nieograniczonym.

Odwołujący wskazał również, że żądane przez Zamawiającego doświadczenie wykonanie co najmniej jednej pracy na obszarze 50 ha jest nieproporcjonalne do obszaru objętego badaniami archeologicznymi przez Zamawiającego. Żądanie objęte niniejszym odwołaniem nie prowadzi do obniżenia gwarancji, iż wykonawca wyłoniony w tym postępowaniu należycie wykona zadanie publiczne. Wskazał ponadto, iż zmniejszenie obszaru, na którym prace były prowadzone i ich realne dostosowanie do obszaru objętego zamówieniem publicznym lub rezygnacja z wymogu udokumentowania opracowania badan pozwoli na należyta ocenę doświadczenia wykonawców ubiegających się o udzielnie zamówienia przy umożliwieniu większej liczbie wykonawców udziału w postępowaniu, co powinno leżeć w interesie Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, mając powyższe na względzie, uzasadnione jest jego stanowisko sprowadzające się do żądania, aby Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu zmianę zapisów SIWZ w pkt 9 ust. 1.2) a) w sposób umożliwiający udział w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego wykonawcom, którzy wykażą wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 3 (trzy) zamówienia na usługę, której przedmiotem było wykonanie usług badań archeologicznych, z których co najmniej 1 (jedna) obejmowała obszar badań o powierzchni 5.000 (pięć tysięcy)

arów - jednakże za wykonaną usługę Zamawiający uważa wykonania prac wykopaliskowych oraz stosownych sprawozdań bez konieczności wykazywania się wykonaniem opracowań.

Tylko bowiem w przypadku odpowiedniej zmiany SIWZ, w ocenie Odwołującego, będą one zgodne z przepisami ustawy i zostanie zapewniona uczciwa konkurencja oraz proporcjonalność żądań Zamawiającego co to zakresu żadanego doświadczenia.

Niezależnie od powyżej podniesionych argumentów Odwołujący wskazał, że obowiązującą praktyką innych Zamawiających przy pracach obejmujących duże powierzchnie - ze względu na długoterminowość zadań archeologicznych - jest dopuszczenie referencji dotyczących prac będących w toku. Mając powyższe na względzie tym bardziej uzasadnione jest dopuszczenie możliwości udziału w postępowaniu wykonawców, którzy zakończyli prace wykopaliskowe, a nie wykonali jeszcze opracowań tych badań.

W toku posiedzenia Zamawiający przedłożył pismo z dnia **04.03.2011 r.** zawierające odpowiedź na odwołanie. Zamawiający w pierwszej kolejności wniósł o odrzucenie odwołania, lub alternatywnie o jego oddalenie.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na udzieleniu w piśmie z dnia 14.02.2011 r. odpowiedzi na pytanie nr 9 zadane przez jednego z wykonawców i tym samym dokonanie w konsekwencji modyfikacji SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie,

po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba wskazuje, iż nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania. W ocenie Izby, w odniesieniu do wniosku Zamawiającego podniesionego w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymanego w toku posiedzenia, odpowiedź na pytanie nr 9 zawarta w piśmie z dnia 14 lutego 2011 roku dookreśla rozumienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w sposób, którego rozumienie nie mogło literalnie wynikać z treści ogłoszenia o zamówieniu oraz zapisu zawartego w SIWZ.

Izba wskazuje, iż Zamawiający precyzując rozumienie warunku i dokonując interpretacji jego treści nadał mu tym samym nowe brzmienie. Każdorazowo jeżeli wyjaśnienia treści SIWZ prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia mamy do czynienia z modyfikacją jej treści. Bez znaczenia w tym przypadku jest okoliczność, że zmiana ta została dokonana bez dochowania procedur wskazanych w ustawie Pzp.

Oznacza to, iż czynnością zaskarżoną w niniejszym postępowaniu odwoławczym była *de facto* modyfikacja SIWZ dokonana w dniu 14 lutego 2011 roku. Izba wskazuje, iż z warunku dotyczącego doświadczenia nie wynika, aby odnosił się on do usług obejmujących czynności tożsame z przedmiotem zamówienia, a jedynie wskazuje, iż odnosi się on do usług badań archeologicznych. Tym samym przywołane przez Zamawiającego *rozporządzenie Ministra Kultury z dnia 9 czerwca 2004 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, restauratorskich, robót budowlanych, badań konserwatorskich i architektonicznych, a także innych działań przy zabytkach wpisanych do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych i poszukiwań ukrytych lub porzuconych zabytków ruchomych* (Dz. U. z 2004 r. Nr 150, poz. 1579) nie może stanowić odniesienia do sposobu rozumienia tego warunku, gdyż zostało ono przywołane jedynie w opisie przedmiotu zamówienia oraz w warunkach dotyczących dysponowania osobami posiadającymi stosowne uprawnienia.

Ponadto Izba wskazuje, w odniesieniu do drugiej z przesłanek do odrzucenia odwołania przywołanych przez Zamawiającego, iż wskazanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej jako adresata odwołania jest jedynie wymogiem formalnym i ustawa Pzp z faktem skierowania odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej za pośrednictwem Prezesa, a nie bezpośrednio do Prezesa Krajowa Izba Odwoławcza nie wiąże tak daleko idących skutków jakimi jest odrzucenie odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści SIWZ, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dowody zawnioskowane przez Odwołującego w treści odwołania, jak również ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4 ustawy Pzp wskutek modyfikacji SIWZ dokonanej w ramach odpowiedzi na pytanie w zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie. Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w części I SIWZ (Instrukcja dla wykonawców) w rozdziale 9 zatytułowanym warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków w pkt 1.2 lit. a) oraz z ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja III, pkt 2.3 – warunki udziału, zdolność techniczna w ppkt I.1. lit. a) określił, iż: „Wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne muszą spełniać niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu (Wykonawca na żądanie Zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy p.z.p., i brak podstaw do wykluczenia z powodu nie spełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy p.z.p.): posiadać wiedzę i doświadczenie w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia. W szczególności wykonawca musi spełniać następujące warunki (w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia przez dwóch lub więcej wykonawców, oceniane będą ich łączna wiedza i doświadczenie): wykonać w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 3 (trzy) zamówienia na usługę, której przedmiotem było wykonanie usług badań archeologicznych, z których co najmniej 1 (jedna) obejmowała obszar badań o powierzchni 5.000 (pięć tysięcy) arów oraz 2 (dwie) obejmowały obszar badań o powierzchni 1.500 (jeden tysiąc pięćset) arów.

Po drugie Izba ustaliła, iż zgodnie z sekcją III pkt 2.3.II ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 10 SIWZ zatytułowanym „Wykaz oświadczeń dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” Zamawiający żądał w pkt 1.8 wykazu wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia przez dwóch lub więcej wykonawców, oceniany będzie ich łączny potencjał techniczny i kadrowy oraz łączne kwalifikacje i doświadczenie), sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 (załącznik nr 4a – jeżeli dotyczy) do niniejszego IDW.

W trzeciej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w piśmie z dnia 14.02.2011 r. (znak EZ/BWP-370-1/2011/2880/125) w odpowiedzi na pytanie nr 9 o następującej treści: „Proszę o wyjaśnienie dotyczące punktu 9, podpunktu 1, ustęp 2): posiadać wiedzę i doświadczenie w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia. W szczególności wykonawca musi spełniać następujące warunki (w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia przez dwóch lub więcej wykonawców, oceniane będą ich łączna wiedza i doświadczenie): a) wykonać w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 3 (trzy) zamówienia na usługę, której przedmiotem było wykonanie usług badań archeologicznych, z których co najmniej 1 (jedna) obejmowała obszar badań o powierzchni 5 000 arów oraz 2 (dwie) obejmowały obszar badań o powierzchni 1 500 arów; Czy należy wykazać się realizacją jedynie badań archeologicznych (wykopaliskowych), czy realizacją całości zamówienia (umowy), tj. wraz z opracowaniem wyników badań?” Zamawiający wyjaśnił, że: „Zamawiający oczekuje wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia kompletnego, polegającego na realizacji badań archeologicznych (wykopaliskowych) wraz z opracowaniem wyników tych badań”.

Izba wskazuje, iż powyższe wyjaśnienia stanowią modyfikację treści SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymaganej wiedzy i doświadczenia. Powyższe jest konsekwencją ustalenia, iż literalna treść zapisu zawartego w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu nie pozwalała na przyjęcie, iż wykonawcy winni wykazać się realizacją badań archeologicznych połączonych z opracowaniem wyników tych badań. Dopiero skutek odpowiedzi na pytanie nr 9 zawarte w piśmie z dnia 14.02.2011 r. Zamawiający doprecyzował, iż oczekuje wykazania wiedzy i doświadczenia kompletnego, polegającego na realizacji badań archeologicznych (wykopaliskowych), jak również opracowania wyników tych badań. Ten ostatni element, w ocenie Izby, wychodzi poza

pierwotny zapis warunku. Tym samym w oparciu o jego pierwotne brzmienie nieuprawnione byłoby założenie, iż usługi badań archeologicznych obejmują również opracowanie wyników tych badań jeżeli sam Zamawiający w § 1 ust. 1 wzoru umowy (część II SIWZ) rozróżnia poszczególne elementy przedmiotu umowy. W powyższym zapisie wzoru umowy Zamawiający wskazuje, iż na prace archeologiczne stanowiące przedmiot umowy składają się następujące elementy: wykonanie prac archeologicznych wyprzedzających (lit. a), nadzór archeologiczny (lit. b), badania archeologiczne ratunkowe (lit. c) oraz sporządzenie dokumentacji badań archeologicznych wykonanych w ramach niniejszego zamówienia, w tym opracowanie wyników badań archeologicznych oraz wydanie publikacji naukowej dotyczącej tych badań (lit. d). Tym samym Izba wskazuje, iż pomimo braku wypełnienia formalnych wymogów dotyczących modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, udzielona przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 9 zawarte w piśmie z dnia 14.02.2011 r. stanowi *de facto* modyfikację warunku udziału w postępowaniu. Wobec powyższego to treść SIWZ jaką uzyskała ona wskutek czynności Zamawiającego obejmującej odpowiedź na pytanie jednego z wykonawców stanowi przedmiot niniejszego odwołania.

W ocenie Izby modyfikacja dokonana przez Zamawiającego czyni warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia bardziej rygorystycznym i tym samym zawęża krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Nie oznacza to jednak, iż warunek ten jest niezgodny z przepisami ustawy Pzp.

Po pierwsze należy wskazać, iż Odwołujący swoją argumentację opiera na błędnym założeniu, iż za spełniające warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia zostaną uznane jedynie usługi, które rozpoczęły się i zakończyły w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Należy wskazać, iż sposób rozumienia warunku determinowany jest również przez treść rozporządzenia wykonawczego wydanego w oparciu o art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Zatem powyższe założenie stoi w sprzeczności z uregulowaniami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) jak również z utrwalonym poglądem doktryny i orzecznictwa. Jak wynika z § 1 ust. 1 pkt 3 ww. rozporządzenia zamawiający, w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, może żądać m.in. wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług (...). Oznacza to, iż wskazane w wykazie usługi winny być wykonane – a więc zakończone w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert – nie zaś rozpoczęte i zakończone w tym okresie. Takie rozumienie powyższego zapisu wynika z jego literalnej treści, jak również z utrwalonego w tym zakresie orzecznictwa. Na powyższe wskazał również Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 04.03.2011 r.). W powyższym piśmie zostało

podniesione, że: „Zapis ten nie ogranicza (...) możliwości udziału w niniejszym postępowaniu przetargowym, jedynie do tych wykonawców, którzy w okresie ostatnich trzech lat rozpoczęli wykonywanie usługi, wykonali je i zakończyli w tym czasie. Zapis ten oznacza, że dla wykazania doświadczenia należy wykazać się wykonaniem w ciągu ostatnich trzech latach usługi, która mogła rozpocząć się wcześniej niż w ciągu ostatnich 3 lat”. Biorąc pod uwagę powyższe twierdzenia należy wskazać, iż przywołane przez Odwołującego dowody w postaci dokumentacji dwóch postępowań na prace archeologiczne nie sposób uznać za wskazujące na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż dowodzona przez Odwołującego teza jest oparta na błędnym założeniu.

Po drugie, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, iż wprowadzony przez Zamawiającego wymóg wykazania się doświadczeniem w postaci realizacji usługi kompletnej, tj. obejmującej zarówno usługę badań archeologicznych (wykopaliskowych) wraz z opracowaniem wyników tych badań narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz doprowadził do opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Powyższe wynika m.in. z faktu, iż Odwołujący nie żąda zmiany obszaru jakim mają zostać objęte badania archeologiczne (5000 arów), lecz jedynie żąda odstąpienia przez Zamawiającego od wymogu wykazania się realizacją kompleksowej usługi obejmującej badania archeologiczne wraz z opracowaniem wyników tychże badań. Należy wskazać, iż w kontekście zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp nie sposób uznać, iż tego rodzaju argumentacja w połączeniu ze sformułowaniem przez Odwołującego żądaniem umożliwiającą uwzględnienie odwołania. Żądanie przez Zamawiającego koniecznością wykazania się realizacją kompleksowej usługi obejmującej badania archeologiczne (wykopaliskowe) wraz z opracowaniem wyników tychże badań nie stanowi naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż przedmiot niniejszego postępowania obejmuje prace wykopaliskowe oraz opracowanie wyników tychże badań, co pozwala na uznanie, iż wymóg ten jest adekwatny do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby jest on związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. W tym zakresie Izba podzieliła pogląd Zamawiającego wyrażony w toku rozprawy, gdzie zostało wskazane, iż warunek dotyczył usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia, a zatem wymóg dotyczący sporządzenia opracowania badań nie jest wymogiem nadmiernym.

Sama okoliczność, że sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia uniemożliwia udział Odwołującemu w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne, nie stanowi jeszcze przesłanki do stwierdzenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji, tym bardziej że okolicznością bezsporną jest fakt, że istotny wpływ na uwzględnienie odwołania dotyczącego treści SIWZ ma również sformułowane przez odwołującego żądanie.

Odwołujący na etapie rozprawy dokonał modyfikacji swojego żądania wyrażonego w odwołaniu w odniesieniu do treści SIWZ i wniósł o dodanie następującego zapisu: „Jeżeli za wykonaną usługę w przypadku badań o powierzchni powyżej 5 000 arów uważa się wykonanie prac wykopaliskowych oraz stosownych sprawozdań to bez konieczności wykazywania się wykonaniem opracowań”. Odwołujący wyjaśnił, iż w jego rozumieniu dopiero połączenie jednej usługi dotyczącej obszaru o powierzchni powyżej 5.000 arów wraz z koniecznością wykazania się dla tej usługi obowiązkiem wykonania opracowań stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, iż przy przewidzianym do przebadania obszarze 10 hektarów wymóg określony przez Zamawiającego w powiązaniu z obszarem 50 hektarów narusza uczciwą konkurencję.

Należy wskazać, iż argumentacja Odwołującego i dokonana modyfikacja żądania pozwala przyjąć, że jest ona wynikiem błędnego założenia, iż usługi archeologiczne wskazywane na potwierdzenie warunku winny się rozpocząć i zakończyć we wskazanych w SIWZ trzyletnim okresie. Oznacza to, iż Odwołujący oparł swój zarzut na bardziej rygorystycznym brzmieniu warunku udziału w postępowaniu niż wynika to z jego literalnego brzmienia.

Izba w odniesieniu do powyższego wskazuje, iż Odwołujący nie żąda zmniejszenia obszaru 5.000 arów wskazanego w warunku, a jedynie żąda odstąpienia od wymogu wykazania się wykonaniem opracowań badań dla tego obszaru przy jednoczesnym założeniu, iż brak jest na terenie kraju tego rodzaju usług, które rozpoczęły się i zakończyły w okresie poprzedzającym 3 lata liczone od terminu składania ofert. Jak zostało to wyżej wskazane teza sformułowana przez Odwołującego jest nieprawidłowa. Otóż brak jest podstaw do uznania, iż żądane przez Zamawiającego usługi winny rozpocząć się i zakończyć w wymaganym okresie, jak również brak jest podstaw do uznania, iż żądanie wykonania badań jest wymogiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Taki charakter może mieć wymóg dotyczący wykazania się realizacją usług badań archeologicznych dla obszaru o powierzchni 5.000 arów – jednakże Odwołujący nie żąda zmiany tego zapisu.

Ponadto Zamawiający w toku rozprawy wskazał, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, że usługi stanowiące przedmiot zamówienia obejmują obszar archeologicznych badań wynoszący w obrysie 24 km o szerokości 200 m. Wskazał ponadto, iż obszar o powierzchni 17 hektarów to jedynie obszar udokumentowanych stanowisk przez konserwatora, jednakże łączny obszar badań obejmuje 4 km², zaś powierzchnia całego zbiornika to 30 km². W oparciu o dokumentację postępowania Izba ustaliła, iż przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko wykonanie badań archeologicznych wyprzedzających ale również nadzór archeologiczny w trakcie prowadzenia robót budowlanych oraz badania archeologiczne ratunkowe w trakcie prowadzenia tychże robót. Część III SIWZ zawierająca opis przedmiotu zamówienia na str. 95 zawiera tabelę nr 2 zatytułowaną: „Zestawienie w aspekcie typu badań

wykopaliskowych stanowisk archeologicznych zlokalizowanych w obrębie pasa powierzchni zajętego pod inwestycję zbiornika przeciwpowodziowego Racibórz Dolny”. Z powyższej tabeli wynika, iż łączna powierzchnia stanowisk w arach wynosi 1367, zaś łączna powierzchnia kolizji z inwestycją wynosi 783 ary. Powyższa tabela, co wynika również z wyjaśnień Zamawiającego złożonych w toku rozprawy, obejmuje powierzchnię udokumentowanych stanowisk archeologicznych i jak wynika z nazwy powyższego zestawienia powierzchnie te zostały wskazane w aspekcie typu badań wykopaliskowych. Jednakże, w ocenie Izby, powyższych danych dotyczących powierzchni stanowisk archeologicznych nie należy utożsamiać z obszarem badań, gdyż ten ostatni jest znacznie większy. Wszakże biorąc pod uwagę istotę przedmiotu zamówienia na obszar badań składają się zarówno udokumentowane stanowiska archeologiczne, jak również te potencjalne, które mogą zostać ujawnione w trakcie prowadzonych robót budowlanych. Może się również okazać, iż stanowiska na których planowane są badania archeologiczne wyprzedzające ulegną rozszerzeniu w trakcie ich prowadzenia. Tym samym trudno jest założyć, iż obszar badań archeologicznych należy ograniczyć jedynie do archeologicznych badań wykopaliskowych dla ustalonych na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowisk archeologicznych z pominięciem pozostałych elementów usługi (nadzoru archeologicznego, badań ratunkowych wynikłych w trakcie prowadzenia robót budowlanych).

Jak wynika z zawartego na str. 82 (Część III – opis przedmiotu zamówienia) zapisu obszar kolizji inwestycji z przestrzenią reliktową obejmuje pas o szerokości 200 m i długości 24 km, zlokalizowanego na obwodzie zbiornika, w obrębie którego powstanie infrastruktura omawianego obiektu (...). Tym samym, w ocenie Izby, zawartego w części I SIWZ (instrukcja dla wykonawców) zapisu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia (rozdział 9 pkt 1.2. lit. a), który posługuje się pojęciem „obszar badań o powierzchni 5.000 arów” nie należy utożsamiać z powierzchnią wykopaliskowych stanowisk archeologicznych wskazanych w tabeli nr 2 zawartej na str. 95-96 części III SIWZ (opis przedmiotu zamówienia).

Oznacza to, iż używane przez Odwołującego pojęcie „archeologiczne badania (wykopaliskowe)” zawiera się w użytym w treści warunku pojęciu „usługi badań archeologicznych” i jest od niego węższe. Nie oznacza to jednak, iż pojęcia te są tożsame. Odwołujący pojęcie „badania archeologiczne (wykopaliskowe)” utożsamia również z pojęciem „powierzchnia stanowisk archeologicznych”. Wskazane w rozdziale 9 pkt 1.2. lit. a części I SIWZ obszary badań (5000 arów i 1500 arów) nie odnoszą się do obszarów archeologicznych badań wykopaliskowych (powierzchnia stanowisk archeologicznych), lecz odnoszą się one do usługi badań archeologicznych, które obejmują zarówno archeologiczne badania wykopaliskowe, jak również nadzór archeologiczny, badania ratunkowe, wykonanie opracowań wyników badań. Pojęcie „obszar archeologicznych badań wykopaliskowych” nie

zostało użyte w treści warunku. Pojęcie „badania archeologiczne (wykopaliskowe)” zostało użyte w odpowiedzi na pytanie nr 9 zawarte w piśmie z dnia 14.02.2011 r. Jednakże odnosi się ono jedynie do przedmiotu zamówienia (zakresu przedmiotowego usługi archeologicznej), nie zaś do obszaru badań, dla którego brak jest wyraźnego wymogu, aby na całym obszarze prowadzone były prace wykopaliskowe, tj. aby wskazany w treści warunku obszar odnosił się do powierzchni wykopaliskowych stanowisk archeologicznych. Z powyższej odpowiedzi na pytanie wynika, iż przedmiotem usług badań archeologicznych w rozumieniu tego warunku winny być zarówno wykopaliskowe badania archeologiczne, jak również opracowanie wyników tych badań. Jedynie usługa badań archeologicznych, w rozumieniu rozdziału 9 pkt 1.2. lit. a części I SIWZ, winna obejmować obszar o określonej w zawartym tam zapisie powierzchni.

W części I Instrukcji dla wykonawców (pkt 6 SIWZ) Zamawiający wskazał ponadto, iż przewiduje możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (do 50% wartości zamówienia podstawowego). W ocenie Izby powyższe wskazuje, iż zarówno argumentacja Zamawiającego, jak również analiza postanowień SIWZ wskazuje, iż z punktu widzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia istotne znaczenie ma fakt, do jakiego obszaru badań odnosi się przedmiot zamówienia. Powyższego warunku nie należy odnosić do łącznej powierzchni udokumentowanych wykopaliskowych stanowisk archeologicznych, gdyż takie rozumienie tego warunku nie wynika z jego literalnego brzmienia.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę przewidziany w ramach niniejszego zamówienia obszar kolizji inwestycji z przestrzenią reliktową (24.000 m x 200 m = 2.400.000 m²), jak również ze względu na objęcie przedmiotem zamówienia również badań wykopaliskowych kontrolnych, badań archeologicznych ratunkowych w trakcie prowadzenia robót budowlanych, jak również możliwość wystąpienia zamówień uzupełniających nie sposób uznać, iż wymóg wskazujący na usługę badań archeologicznych obejmująca obszar o powierzchni 5.000 arów jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe nie sposób również uznać, iż skutek takiego sformułowania warunku doszło w niniejszym postępowaniu do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że sformułowany przez Zamawiającego, skutek udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 9 zawarte w piśmie z dnia 14.02.2011 r., wymóg w zakresie wiedzy i doświadczenia stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Na powyższe ma w szczególności wpływ przedstawiony przez Odwołującego pogląd, że za spełniające warunek określony w rozdziale 9 pkt 1.2. lit. a części I SIWZ (Instrukcja dla wykonawców) mogą zostać uznane jedynie usługi, które rozpoczęły się i zakończyły w wymaganym przez Zamawiającego okresie. Takie rozumienie tego warunku

mogłoby rzeczywiście stanowić naruszenie przepisów ustawy Pzp jednakże nie sposób uznać, że taka jest treść przedmiotowego warunku.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż zasadnicza teza podniesiona przez Odwołującego w ramach wniesionego środka ochrony prawnej opiera się na mylnej interpretacji przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu. Oznacza to, iż Odwołujący swoje zarzuty formułuje w oparciu o dokonaną przez siebie interpretację zapisów SIWZ. Odwołujący w związku z modyfikacją SIWZ dokonaną wskutek odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 9 zawartą w piśmie z dnia 14.02.2011 r., że Zamawiający oczekuje wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia kompletnego, polegającego na realizacji badań archeologicznych (wykopaliskowych) wraz z opracowaniem wyników tych badań wskazał, iż rozumie ten warunek jako konieczność wykonania m.in. jednej usługi obejmującej wykonanie badań wykopaliskowych wraz z koniecznością opracowania wyników tych badań dla obszaru 5.000 arów, która to usługa rozpoczęła się i zakończyła w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (str. 4 i 5 odwołania). Jak zostało wyżej wskazane uznanie, iż usługa winna się rozpocząć i zakończyć w wymaganym przez Zamawiającego okresie nie znajduje swojego uzasadnienia w obowiązujących przepisach wykonawczych, doktrynie jak również w orzecznictwie. Ponadto należy wskazać, iż Odwołujący w treści odwołania w nieuzasadniony sposób zawęził przedmiotowy warunek do konieczności wykazania się dla wymaganego obszaru realizacją archeologicznych badań wykopaliskowych – powierzchni stanowisk archeologicznych (str. 2 i 3 odwołania) wraz z opracowaniem wyników tych badań dla wymaganego obszaru (5000 arów – 1 usługa, 1500 arów – 2 usługi).

Na marginesie należy ponadto wskazać, iż w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. To podmiot odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje zapisy, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp.

W takim wypadku żądania sformułowane przez Odwołującego należy rozpatrywać łącznie z zarzutami oraz ich podstawami faktycznymi. Wszakże o możliwości uwzględnienia odwołania w rozumieniu art. 191 ust. 2 ustawy Pzp decyduje wpływ naruszenia na wynik postępowania. Odwołujący nie wykazał, że żądanie przez Zamawiającego aby przedmiotem usług wykazywanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu było również opracowanie wyników badań stanowiło naruszenie art. 22 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do uczynienia zadość żądaniu Odwołującego w tym zakresie. W odniesieniu do kwestionowanego obszaru badań

archeologicznych Odwołujący nie żądał zmiany zapisu zawartego w SIWZ, jak również swoje rozumienie warunku oparł na mylnej jego interpretacji.

Tym samym zarzut sformułowany przez Odwołującego w postaci art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4 ustawy Pzp należy ocenić również w oparciu o sformułowane przez Odwołującego żądanie. Jeżeli Odwołujący nie żąda zmniejszenia obszaru 5.000 arów to uznać należy, iż nie zmierza do uczynienia warunku adekwatnym do przedmiotu zamówienia. Odwołujący w treści odwołania wskazuje, iż obszar ten jest nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia powierzchnia stanowisk archeologicznych według przedmiaru wynosi 783 ary, co łącznie z powierzchnią przewidzianą do przebadania w trakcie nadzoru archeologicznego (391,5 ara) wynosi łącznie 1174,5 ara. Brak żądania zmniejszenia tego obszaru wskazuje, iż zapis ten nie stanowi dla Odwołującego istoty zarzutu. Ponadto żądanie sformułowane przez Odwołującego nie koresponduje z podniesionymi w ramach odwołania zarzutami.

Dodatkowo na marginesie należy wskazać, iż w przypadku powzięcia wątpliwości co do wykładni, bądź interpretacji warunku udziału w postępowaniu wykonawcy przysługuje prawo zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści SIWZ na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jednakże nie skorzystał z powyższego uprawnienia i nie zwrócił się o wyjaśnienie SIWZ w zakresie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wniósł jedynie o wyjaśnienie postanowień dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia oraz warunku dotyczącego osób przewidzianych do realizacji zamówienia.

Trudno jest zatem przyjąć, iż żądanie Zamawiającego, aby wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia obejmującego badania archeologiczne (wykopaliskowe) wraz z opracowaniem wyników tych badań stanowiło naruszenie art. 22 ust. 4 oraz 7 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli przedmiot niniejszego postępowania obejmuje m.in. takie czynności. Odwołujący nie wykazał również, iż wskazany w SIWZ w rozdziale 9 pkt 1.2. lit. a zapis dotyczący obszaru usług badań archeologicznych stanowi naruszenia art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby na powyższe wskazuje również brak żądania zmiany przedmiotowego warunku w zakresie wymaganego obszaru badań archeologicznych.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskutek modyfikacji SIWZ w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, co w ocenie Odwołującego narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności do przedmiotu zamówienia nie potwierdził się.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego brak stwierdzenia przez Izbę zasadności naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 4 ustawy Pzp i tym samym brak stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1 i § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

