

WYROK

z dnia 11 maja 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2012 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2012 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Instytut Archeologii i Etnologii Polskiej Akademii Nauk w Warszawie, Uniwersytet Wrocławski we Wrocławiu, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gliwicach**

orzeka

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Regionalnemu Zarządowi Gospodarki Wodnej w Gliwicach** unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Instytut Archeologii i Etnologii Polskiej Akademii Nauk w Warszawie, Uniwersytet Wrocławski we Wrocławiu, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu** i dokonanie ponownej oceny ich oferty
2. kosztami postępowania obciąża **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gliwicach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Instytut Archeologii i Etnologii Polskiej Akademii Nauk w Warszawie,**

Uniwersytet Wrocławski we Wrocławiu, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od zamawiającego – **Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Gliwicach** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Instytut Archeologii i Etnologii Polskiej Akademii Nauk w Warszawie, Uniwersytet Wrocławski we Wrocławiu, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu** kwotę **19 355 zł 50 00 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta pięćdziesiąt pięć złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gliwicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi archeologiczne.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 27 kwietnia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum w składzie: Instytut Archeologii i Etnologii Polskiej Akademii Nauk w Warszawie, Uniwersytet Wrocławski we Wrocławiu, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu (dalej: odwołujący się) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie odwołującego się zamawiający w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp wykluczył odwołującego się z postępowania i w następstwie tego unieważnił postępowanie.

Zamawiający w dniu 18.04.2012 r. drogą faksową zawiadomił odwołującego się o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz o unieważnieniu postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zażądał :

- a/ unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania;
- b/ anulowanie unieważnienia postępowania
- c/ ponowny wybór najkorzystniejszej oferty;
- d/ wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej

W ocenie odwołującego się zamawiający naruszył przez art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający wykluczył z postępowania odwołującego się nie przedstawiając żadnego dowodu na poparcie tezy, że usługa przedstawiona w wykazie przez odwołującego nie może być uznana jako spełnienie wymagań postawionych przez zamawiającego w siwz. Co więcej, jak wynika z uzasadnienia informacji o wykluczeniu z postępowania odwołującego się, zamawiający wykluczył go nie dlatego, że stwierdził nieprawidłowości, ale tylko dlatego, że na podstawie wyrywkowych informacji prasowych,

internetowych oraz sugestii i nacisków innego oferenta powziął wątpliwość co do wykonania przez odwołującego się prac archeologicznych metodą wykopaliskową na obszarze 9000 arów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 maja 2012 roku, złożonej na rozprawie w tym samym dniu, wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. Wniosek ten podtrzymał na rozprawie.

Zamawiający podniósł, że w dniu 18 kwietnia 2012 roku dokonał dwóch czynności – wykluczył wykonawców oraz unieważnił postępowanie. Są to dwie odrębne czynności i na każdą z nich przysługuje środek ochrony prawnej. Ustawa Pzp nie przewiduje łącznego odwołania na dwie odrębne czynności, co do których przysługuje odrębnie środek ochrony prawnej. Odwołujący się winien był zatem złożyć dwa odwołania. Jedno – na swoje wykluczenie, drugie – na unieważnienie postępowania. Tymczasem odwołujący się odwołał się jedynie od wykluczenia z postępowania, wskazując jedynie, że zamawiający dodatkowo unieważnił postępowanie. Tym samym decyzja zamawiającego w sprawie unieważnienia postępowania stała się prawomocna.

Zamawiający wskazał, że odwołujący się został wykluczony z postępowania z uwagi na fakt, że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Po ocenie dokumentów i oświadczeń przedłożonych wraz z ofertą przez odwołującego się zamawiający powziął wątpliwość co do złożonych dokumentów i oświadczeń, po otrzymaniu pisma z dnia 17 sierpnia 2011 roku od drugiego z wykonawców. Dodatkowo zwrócił się o ekspertyzę prof. dr. hab. Jana Chochorowskiego – Dyrektora Instytutu Archeologii Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie. Z przedmiotowej ekspertyzy wynika, że prace, na które powołuje się odwołujący, mogły być wykonane, ale nie na takim obszarze jak we wskazanym okresie (1 miesiąc) oraz nie przy zastosowaniu metody wymaganej przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej. Tym samym ekspertyza potwierdza prawidłowe zachowanie zamawiającego, który stwierdził, że wyjaśnienia odwołującego (a raczej ich brak) nie pozwoliły na uznanie, że odwołujący się wykazał spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu i tym samym zamawiający nie miał innego wyjścia, jak wykluczyć odwołującego z postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w pkt. 9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „siwz” określił warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków.

Zgodnie z pkt. 9.1.2 siwz wykonawcy powinni:

„ ...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;

- 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 obejmujących zakres co najmniej 2 (dwóch) epok spośród: epoki kamienia i/lub epoki brązu i/lub epoki żelaza i/lub średniowiecza i/lub okresu nowożytnego.

Do oferty należy załączyć dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane należycie...”

Zamawiający w pkt. 10 siwz podał wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z pkt. 10.1.8 wykonawcy powinni dołączyć do oferty :

„ ...wykaz wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia 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 te 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 4a -jeżeli dotyczy) do niniejszego ID W... "

Odwołujący się w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenie w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia dołączył wykaz wykonanych usług (załącznik nr 4).

W pozycji numer 1 wskazano usługę Bir Nurayet Project Sudan – wykopaliska archeologiczne na stanowisku Bir Nurayet o powierzchni badań 9000 arów i wskazano odbiorcę usługi: National Corporation for Antiquities and Musemus Khartoum Sudan.

Dokumentem potwierdzającym, że wskazana w wykazie usługa została należycie wykonana było dołączone Zaświadczenie wydane przez Ministerstwo Starożytności, Turystyki i Natury Państwowe Towarzystwo ds. Starożytności i Muzeów w Chartumie - Sudan (zwane dalej: „Zaświadczeniem ”)

Zaświadczenie potwierdza, że usługa obejmowała :

- prowadzenie wykopalisk archeologicznych na stanowisku Bir Nurayet,
- prowadzenie dokumentacji archeologicznej,
- sporządzenie opracowań wyników badań archeologicznych,
- została wykonana na obszarze 90 hektarów,
- została wykonana w sposób prawidłowy.

Odwołujący pismem z dnia 06.10.2012 r. został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących badań archeologicznych (wykopaliskowych) prowadzonych na stanowisku Bir Nurayet oraz wskazania podstawy, że Zaświadczenie może potwierdzać należyte wykonanie usługi.

Odwołujący w piśmie z dnia 12.10.2012 r. przedstawił główne uwarunkowania dotyczące badań archeologicznych (wykopaliskowych) prowadzonych na stanowisku Bir Nurayet wskazując na podstawowe aspekty dotyczące m.in. celu badań, terenu, kadry technicznej, pracowników fizycznych oraz warunków badań archeologicznych w Sudanie.

W piśmie z dnia 08.11.2011 r. zamawiający zażądał przedłożenia pozwolenia na prowadzenie wykopalisk oraz podanie terminu złożenia opracowań wyników badań archeologicznych.

W swojej odpowiedzi Odwołujący podał termin złożenia opracowań wyników badań archeologicznych (wykopaliskowych) oraz wskazał, że Zaświadczenie potwierdza dane podane przez Konsorcjum w wykazie wykonanych usług i spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w siwz oraz ogłoszeniu o zamówieniu a także ustawy Pzp i Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku 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) (zwanego dalej: „Rozporządzeniem”).

Jednocześnie odwołujący zaznaczył, że żądane pozwolenie na prowadzenie wykopalisk jest wezwaniem do złożenia w postępowaniu nowego dodatkowego dokumentu nie żadanego wcześniej przez Zamawiającego w siwz i ogłoszeniu o zamówieniu oraz nie mieści się w katalogu dokumentów, których może żądać Zamawiający określonych w § 1 Rozporządzenia.

W dniu 18 kwietnia 2012 roku zamawiający poinformował odwołującego się o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że treść złożonych przez odwołującego się wyjaśnień w pismach z dnia 12.10.2012 r. oraz 09.11.2012 r. oraz nieprzedłożenie żadanego przez zamawiającego (wezwanie z dnia 08.11.2012 r.) pozwolenia na prowadzenie wykopalisk w Bir Nurayet jest powodem do stwierdzenia, że zamawiający nie ma pewności iż, „...Wykonawca wykonał usługę archeologiczną na stanowisku Bir Nurayet w Sudanie na obszarze 9000 arów w jeden miesiąc, jak również, iż prace były wykonane metodą wykopaliskową... ” Ponadto zamawiający stwierdził, że „...W świetle informacji otrzymanych od innego Wykonawcy, jak również w wyniku dokonanej przez Zamawiającego analizy zgromadzonych przez niego informacji, w tym m.in. dostępnych w mediach branżowych, treść przedstawionych przez Wykonawcę referencji dotyczących przedmiotowej usługi była sprzeczna z informacjami dotyczącej ww. usługi posiadającymi przez Zamawiającego... ”.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie ma wątpliwości co do tego, że odwołujący się wniósł odwołanie zarówno na czynność wykluczenia go z postępowania, jak i na czynność unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający w pkt. 5 odwołania wskazał czynność, którą zarzucił zamawiającemu, tj. wykluczenie odwołującego się z postępowania i w następstwie tego unieważnienie postępowania. Ponadto potwierdzeniem powyższego są żądania odwołującego się, w tym – unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania i anulowanie unieważnienia postępowania.

W ocenie Izby odwołujący się potwierdził, iż spełnia postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu. Z referencji wystawionej przez Ministerstwo Starożytności, Turystyki i Natury w Sudanie wynika, że Instytut Archeologii i Etnografii Polskiej Akademii Nauk Oddział w Poznaniu prowadził w roku wykopiska archeologiczne na stanowisku Bir Nurayet (Sudan północno-wschodni) na podstawie pozwolenia na prowadzenie wykopalisk udzielonego w listopadzie 2010 roku. Zgodnie z pozwoleniem prace archeologiczne obejmowały: prowadzenie wykopalisk archoeologicznych na stanowisku Bir Nurayet, prowadzenie dokumentacji archeologicznej, sporządzenie opracowania wyników badań archeologicznych. Prace archeologiczne zostały przeprowadzone na obszarze 90 hektarów.

W ocenie Izby referencja stanowi dowód na to, że odwołujący się spełnia warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia polegający na wykazaniu, że wykonawca wykonał usługę archeologiczną obejmującą obszar badań o powierzchni 5.000 arów. O ile zamawiający twierdził inaczej powinien był okoliczność tę udowodnić. Zgodnie bowiem z treścią art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Jednym dowodem, jaki złożył zamawiający jest ekspertyza prof. dr. hab. Jana Chochorowskiego z Instytutu Archeologii Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, z której wynika, że wykonanie badań wykopaliskowych na stanowisku Bir Nurayet na powierzchni minimum 5000 arów przy wskazanych warunkach jest niemożliwe. Zdaniem autora

ekspertyzy wystawca referencji nie określił wykonywanych prac angielskim słowem: „excavations”, czyli „wykopaliska”, ale „archeological works”, który to termin obejmuje różne czynności badawcze takie jak: inwentaryzację znalezisk archeologicznych, czy – w tym konkretnym przypadku – inwentaryzację rytów naskalnych.

Izba nie dała wiary wnioskowi zawartemu w ekspertyzie. Analiza angielskojęzycznej treści zaświadczenia wskazuje, że Instytut Archeologii i Etnografii PAN Oddział w Poznaniu prowadził wykopaliska archeologiczne, określone właśnie terminem „excavations”. Termin ten został użyty dwukrotnie w treści zaświadczenia – w pierwszym akapicie oraz w akapicie drugim tiret pierwsze. Zdaniem Izby świadczy to co najmniej o niestaranności w przygotowaniu ekspertyzy i umniejsza jej wartość dowodową.

Izba wskazuje ponadto, że odwołujący się nie może ponosić konsekwencji z tytułu nie złożenia na wezwanie zamawiającego pozwolenia na prowadzenie wykopalisk. Zamawiający może bowiem żądać od wykonawców jedynie dokumentów, które wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w ogłoszeniu o zamówieniu. Ponadto żądane dokumenty muszą odpowiadać rodzajom dokumentów wskazanych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2009 roku Nr 226, poz. 1817). Pozwolenie na prowadzenie wykopalisk nie jest dokumentem dopuszczonym przez rzeczony rozporządzenie, a zatem wezwanie odwołującego do jego przedłożenia należy uznać za nieuprawnione.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....