

Sygn. akt: KIO/UZP 729/09

WYROK
z dnia 22 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Lubuskie Konsorcjum Archeologiczne reprezentowane przez Pracownię Archeologiczno-Konserwatorską Alina Jaszewska, Fundacja PATRIMONIUM, Archeologiczna Pracownia Badawcza THOR Piotr Marian Pachulski, Instytut Archeologii i Etnologii PAN, 65-954 Zielona Góra, ul. Ceramiczna 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, 35-959 Rzeszów, ul. Legionów 20** protestu z dnia 14 maja 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: NARNIA Paweł Kraus, ARCHE Teresa Dobrakowska, ARCHGEO Piotr Janczewski, 50-524 Wrocław, ul. Wesoła 6/8** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Lubuskie Konsorcjum Archeologiczne reprezentowane przez Pracownię Archeologiczno-Konserwatorską Alina Jaszewska, Fundacja PATRIMONIUM, Archeologiczna Pracownia Badawcza THOR Piotr Marian Pachulski, Instytut Archeologii i Etnologii PAN, 65-954 Zielona Góra, ul. Ceramiczna 2** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Lubuskie Konsorcjum Archeologiczne reprezentowane przez Pracownię Archeologiczno-Konserwatorską Alina Jaszewska, Fundacja PATRIMONIUM, Archeologiczna Pracownia Badawcza THOR Piotr Marian Pachulski, Instytut Archeologii i Etnologii PAN, 65-954 Zielona Góra, ul. Ceramiczna 2,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) przez **Konsorcjum: Lubuskie Konsorcjum Archeologiczne reprezentowane przez Pracownię Archeologiczno-Konserwatorską Alina Jaszewska, Fundacja PATRIMONIUM, Archeologiczna Pracownia Badawcza THOR Piotr Marian Pachulski, Instytut Archeologii i Etnologii PAN, 65-954 Zielona Góra, ul. Ceramiczna 2** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, 35-959 Rzeszów, ul. Legionów 20** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Lubuskie Konsorcjum Archeologiczne reprezentowane przez Pracownię Archeologiczno-Konserwatorską Alina Jaszewska, Fundacja PATRIMONIUM, Archeologiczna Pracownia Badawcza THOR Piotr Marian Pachulski, Instytut Archeologii i Etnologii PAN, 65-954 Zielona Góra, ul. Ceramiczna 2.**

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, zwana dalej „Zamawiającym”, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” prowadzi postępowanie o udzielenie, w trybie przetargu nieograniczonego, zamówienia publicznego na „Wykonanie ratowniczych badań archeologicznych na trasie planowanej budowy autostrady A-4 na odcinku Przeworsk (węzeł Przeworsk) - Korczowa, długości 56,537 km wraz z opracowaniem wyników badań z podziałem na zadania: zadanie I odcinek Przeworsk (węzeł Przeworsk) - węzeł Radymno km 611+728-647+000; zadanie II odcinek (węzeł Radymno) - Korczowa km 647+000-668+265 oraz ewentualnych ratowniczych badań archeologicznych na zadaniach jw., na stanowiskach nowo odkrytych w trakcie nadzoru archeologicznego podczas realizacji inwestycji wraz z opracowaniem wyników badań.”, oznaczone przez Zamawiającego jako sprawa: GDDKiA 0/RZ.R-2/2/284/R/3/2009.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym WE 2009/S 25-036354 w dniu 06.02.2009 r.

Pismami z dnia 05.05.2009 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie, o wyniku postępowania. Zamawiający, zgodnie z treścią tych zawiadomień:

1. w zakresie zadania I – odcinek Przeworsk (węzeł Przeworsk) – (węzeł Radymno) km 611+728-647+000:

- 1) wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Fundację Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego z siedzibą w Rzeszowie,
- 2) odrzucił ofertę złożoną przez konsorcjum firm, którego liderem jest Lubuskie Konsorcjum Archeologiczne reprezentowane przez Pracownię Archeologiczno-Konserwatorską Alina Jaszewska z siedzibą w Zielonej Górze.

Zamawiający wskazał, iż odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”). Jako uzasadnienie faktyczne tej czynności podał, iż: „Wykonawca złożył łączną ofertę na dwa zadania. Przedmiotem postępowania było wykonanie ratowniczych badań archeologicznych na trasie planowanej budowy autostrady A-4 na odcinku Przeworsk (węzeł Przeworsk) – Korczowa, długości 56,537 km wraz z opracowaniem wyników badań z podziałem na zadania:

zadanie I odcinek Przeworsk (węzeł Przeworsk) – (węzeł Radymno) km 611+728-647+000;
zadanie II odcinek (węzeł Radymno) – Korczowa w km 647+000-668+265.” ;

2. w zakresie zadania II odcinek (węzeł Radymno) – Korczowa w km 647+000-668+265:

1) wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konsorcjum firm:

NARNIA Paweł Krauz ul. Wesoła 6/8, 50-524 Wrocław,

Partnerzy:

- ARCHE Teresa Dobrakowska ul. Tyrmanda 25/11, 54-608 Wrocław,

- ARCHGEO Piotr Janczewski ul. Kniaziewicza 18/1, 50-455 Wrocław

2) odrzucił ofertę złożoną przez konsorcjum firm, którego liderem jest Lubuskie Konsorcjum Archeologiczne reprezentowane przez Pracownię Archeologiczno-Konserwatorską Alina Jaszewska – wskazując takie same uzasadnienie tej czynności, jak w przypadku odrzucenia oferty tego wykonawcy w zakresie zadania I.

W piśmie z dnia 14.05.2009 r., przekazanym Zamawiającemu w dniu 15.05.2009 r. (za pomocą faksu), konsorcjum firm:

1) Lubuskie Konsorcjum Archeologiczne reprezentowane przez Pracownię Archeologiczno-Konserwatorską Alina Jaszewska z siedzibą w Zielonej Górze – lider konsorcjum,

2) Fundacja PATRIMONIUM, Poznań,

3) Archeologiczna Pracownia Badawcza THOR Piotr Marian Pachulski, Niechanowo,

4) Instytut Archeologii i Etnologii Polskiej Akademii Nauk, Warszawa,

5) Konsorcjum Archeologiczne reprezentowane przez PUH AKO Łukasz Rejniewicz, Lublin

- któremu zawiadomienie o odrzuceniu oferty złożonej przez Protestującego oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej doręczone zostało w dniu 6 maja 2009 r., wniosło protest na:

1. czynność odrzucenia jego oferty,

2. czynności wyboru jako najkorzystniejszych ofert złożonych przez:

1) Fundację Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego z siedzibą w Rzeszowie – w zakresie prac objętych zadaniem I - odcinek Przeworsk (węzeł Przeworsk)-węzeł Radymno km 611+728-647+000,

2) Konsorcjum firm:

- NARNIA Paweł Krauz ul. Wesoła 6/8, 50-524 Wrocław

- ARCHE Teresa Dobrakowska ul. Tyrmanda 25/11, 54-608 Wrocław,

- ARCHGEO Piotr Janczewski ul. Kniaziewicza 18/1, 50-455 Wrocław

w zakresie prac objętych zadaniem II - odcinek (węzeł Radymno)-Korczowa km 647+000-668+265.

3. zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawców: Fundacji Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego oraz konsorcjum firm: NARNIA, ARCHE, ARCHGEO i odrzucenia ofert złożonych przez tych wykonawców, względnie

4. zaniechanie unieważnienia postępowania.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 12a ust. 2, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 41, art. 48 ust. oraz art. 89 ust. 2 ustawy, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bezpodstawne odrzucenie prawidłowej oferty złożonej przez Protestującego, wybór ofert podlegających odrzuceniu, złożonych przez wykonawców podlegających wykluczeniu, względnie zaniechanie unieważnienia postępowania.

Wskazał, że powyższe powoduje naruszenie interesu prawnego Protestującego, ponieważ uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia publicznego co do całości zamówienia, co nastąpiłoby w przypadku, gdyby oferta Protestującego nie została odrzucona, a pozostali Wykonawcy wykluczeni z postępowania.

Podnosząc powyższe zarzuty, Protestujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części dotyczącej zadania I - odcinek Przeworsk (węzeł Przeworsk) - węzeł Radymno km 611+728-647+000,
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części dotyczącej zadania II - odcinek (węzeł Radymno) - Korczowa km 647+000-668+265,
- 3) powtórzenie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania I i II,
- 4) wykluczenie z postępowania Wykonawców: Fundacji Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego oraz konsorcjum firm: NARNIA, ARCHE, ARCHGEO i odrzucenie ofert złożonych przez tych Wykonawców,
- 5) wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Protestującego, względnie
- 6) unieważnienie postępowania.

Protestujący zarzucił w uzasadnieniu protestu, iż w toku przedmiotowego postępowania o zamówienie Zamawiający dopuścił się szeregu uchybień o charakterze merytorycznym i proceduralnym, których skala i rodzaj uzasadniają m.in. wnioszek o unieważnienie postępowania. Podniósł, że:

I.

W ogłoszeniu o zamówieniu, opublikowanym przez Zamawiającego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 lutego 2009 r., w pkt II.1.1) Zamawiający przewidział podział zamówienia na zadania.

Jednocześnie w punkcie II.1.8) ogłoszenia „Podział na części” Zamawiający zamieścił zapis: "Tak. Oferty należy składać w odniesieniu do: jednej lub więcej części". Z treścią punktu II.1.8) korespondowały inne zapisy ogłoszenia o zamówieniu:

- pkt III.1.1): „Wykonawca jest zobowiązany do wniesienia wadium dla obydwóch zadań w wysokości: 100000 PLN (słownie złotych: sto tysięcy). W przypadku składnia oferty na jedno zadanie wadium wynosi 50 000 PLN (...)"

- pkt III.2.3) (Zdolność techniczna): „W przypadku złożenia oferty na obydwa zadania wymagania dotyczące kierowników badań muszą być spełnione łącznie, a w przypadku samodzielnych pracowników naukowych wymagania odnoszą się zarówno do oferty na jedno jak i na dwa zadania jednakowo.

- pkt III.2.3) (Zdolność techniczna): „Powierzchnia magazynowa dla czasowego składowania pozyskanych dóbr kultury: 150 m². W przypadku składania ofert na obydwa zadania warunek określony wyżej musi być spełniony podwójnie”.

- pkt III.2.3) (Zdolność techniczna, Referencje): „W przypadku składania ofert na obydwa zadania warunek określony wyżej musi być spełniony podwójnie”.

W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, że w ogłoszeniu Zamawiający dopuścił możliwość składania przez wykonawców ofert na jedno lub obydwa (wszystkie) zadania.

Podobne zapisy znajdują się w Instrukcji dla wykonawców stanowiącej element Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Z zapisów pkt: 6.5, 7.1.2.2, 7.1.2.3, 9.2, 11.1 IDW również wynika w sposób jednoznaczny, że wykonawcy mogli składać oferty na jedno lub obydwa zadania. W szczególności istotne znaczenie w tym zakresie ma fakt wskazania przez Zamawiającego kwoty wadium wymaganego w przypadku złożenia oferty na obydwa zadania (pkt 11.1 IDW).

Z opisanymi wyżej zapisami ogłoszenia o zamówieniu oraz IDW pozostaje w oczywistej sprzeczności zapis w pkt 5 IDW, który przewiduje, że „Wykonawcy mogą złożyć ofertę na wykonanie 1 z w/w Części przedmiotu zamówienia”.

Pomijając fakt, że w opisie przedmiotu zamówienia mowa jest o zadaniach, a nie o „częściach”, to przede wszystkim powstaje wątpliwość dotycząca określenia rzeczywistych intencji Zamawiającego. Biorąc bowiem pod uwagę wskazane powyżej postanowienia ogłoszenia i IDW oraz sposób w jaki w IDW oznaczone zostały punkty dopuszczające możliwość składania ofert na oba zadania, dojść można do wniosku, że w pewnym momencie Zamawiający „dopisał” do IDW możliwość składania ofert na całe zamówienie, zapominając jednak o wykreśleniu jednego zdania z pkt 5 IDW. Przy takiej interpretacji odrzucenie oferty Protestującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy byłoby czynnością dokonaną z naruszeniem prawa.

Można jednak również bronić stanowiska, że opisana wyżej sprzeczność prowadzi do nieważności postępowania z uwagi na brak możliwości obiektywnego porównania złożonych ofert.

Z punktu widzenia wykonawców, poprzez wprowadzenie powyższego zapisu w pkt 5 IDW Zamawiający zmienił zakres zamówienia przewidziany w ogłoszeniu. Zgodnie z treścią art. 12a ust. 2 ustawy, tego rodzaju zmiana ma charakter istotny i powinna skutkować zmianą ogłoszenia, połączoną z wyznaczeniem nowego terminu do składania ofert.

W ocenie Protestującego, stwierdzone uchybienie powinno skutkować unieważnieniem postępowania.

II.

Za rażący przykład naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców należy uznać, zdaniem Protestującego, zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego ofert złożonych przez Fundację Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego. Wykonawca ten złożył dwie oferty na oba zadania przewidziane w zamówieniu i został wybrany do realizacji zadania I. Gdyby Zamawiający był konsekwentny i stosował te same zasady wobec wszystkich wykonawców, to obie oferty złożone przez Fundację powinny zostać odrzucone, albowiem - zgodnie z treścią omawianego zapisu pkt 5 IDW - wykonawcy mogli złożyć w przetargu ofertę na wykonanie tylko 1 części przedmiotu zamówienia.

III.

Niezależnie od okoliczności przytoczonych w pkt II, Fundacja Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego powinna zostać wykluczona z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy, albowiem nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z pkt 7.2.3 IDW wykonawcy musieli wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizowali (zakończyli) jako wykonawca lub podwykonawca co najmniej: wykopaliskowe badania archeologiczne na stanowiskach archeologicznych, o powierzchni łącznej min. 15 ha.

W wykazie nr 4, w którym w/w Wykonawca opisał posiadane doświadczenie, wymienionych zostało 5 badań realizowanych na zlecenie GDDKiA O/Rzeszów. Jak wynika z treści wykazu, jak również z treści referencji GDDKiA O/Rzeszów załączonej do oferty, żadne z tych badań nie zostało zakończone, albowiem we wszystkich przypadkach trwa jeszcze opracowywanie wyników badań.

Protestujący stwierdził, iż w świetle przepisów rozporządzenia 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 zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych i poszukiwań ukrytych lub porzuconych zabytków ruchomych (Dz. U. Nr 150, poz. 1579), opracowanie wyników badań jest integralnym elementem tych badań. Obowiązek opracowania wyników badań nakładany jest w pozwoleniu na prowadzenie badań archeologicznych (§ 5 ust. 6 pkt 10 w/w rozporządzenia), a obowiązek sporządzenia dokumentacji w tym zakresie ma charakter standardowy (załącznik do rozporządzenia).

Ponadto badania opisane w poz. 2 wykazu są badaniami powierzchniowo-sondażowymi, a nie wymaganymi wykopaliskowymi badaniami archeologicznymi.

Zgodnie z pkt 7.2.1 IDW, osoby przewidziane na stanowiska kierownika badań powinny posiadać tytuł magistra archeologii i uprawnienia do prowadzenia badań. Zapis ten nawiązuje do treści § 10 ust. 1 rozporządzenia, zgodnie z treścią którego badania archeologiczne mogą być prowadzone przez osoby, które posiadają tytuł zawodowy magistra uzyskany po ukończeniu wyższych studiów na kierunku archeologia oraz odbyły po ukończeniu tych studiów co najmniej 12-miesięczną praktykę zawodową w zakresie tych badań.

W ofercie Fundacji, w załączniku nr 2 wymienione zostały również osoby posiadające tytuły doktora i doktora habilitowanego, jednakże do oferty nie załączono dyplomów potwierdzających uzyskanie przez te osoby tytułu magistra archeologii, którego posiadanie jest niezbędne do wykonywania zawodu archeologa.

IV.

Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania konsorcjum firm: NARNIA, ARCHE i ARCHGEO, które nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z pkt 7.2.1 IDW osoby przewidziane na kierowników badań na stanowisku powinny wykazać się co najmniej raz sprawowaną samodzielną funkcją kierownika wykopaliskowych badań archeologicznych na stanowisku o powierzchni co najmniej 20 arów - dla kierowników stanowisk o powierzchni do 200 arów i co najmniej 50 arów - dla kierowników stanowisk powyżej 200 arów.

W celu udokumentowania wymagań stawianych kierownikowi badań należało załączyć do oferty m.in. pozwolenie WKZ na prowadzenie badań wykopaliskowych, minimum jedną referencję od poprzedniego zamawiającego z podaniem nazwy i wielkości zadania lub zaświadczenie wydane przez WKZ o należyтым wywiązaniu się z obowiązków nałożonych w/w pozwoleniem na prowadzenie wykopaliskowych badań archeologicznych.

Zdaniem Protestującego nie udokumentowano posiadanego doświadczenia zawodowego przez wymienione w proteście osoby wskazane na stanowisko kierownika badań. Do oferty załączone zostały zezwolenia na prowadzenie badań archeologicznych, w których w/w osoby wskazane zostały jako prowadzące badania archeologiczne. W przypadku części tych zezwoleń wskazana została również orientacyjna powierzchnia prowadzenia badań, która jest większa od określonej w protokole końcowego odbioru prac archeologicznych. Protestujący podkreślił, że składane dokumenty potwierdzać mają doświadczenie zawodowe osób wskazanych do kierowania badaniami, a zatem liczyć się w tym zakresie powinny wyłącznie zadania faktycznie zrealizowane przez te osoby. Teoretycznie można bowiem uzyskać np. zezwolenie na prowadzenie określonych badań archeologicznych i w ogóle nie przystąpić do ich realizacji; w tej sytuacji nie można w ogóle mówić o posiadaniu jakiegokolwiek doświadczenia zawodowego.

Wątpliwość budzi spełnienie przez w/w Wykonawcę warunku określonego w pkt 7.2.3, dotyczącego zrealizowania badań archeologicznych o powierzchni łącznej 15 ha. Nie jest bowiem jasne, czy stawiając ten wymóg Zamawiający miał na myśli wykonanie przynajmniej jednego badania wykopaliskowego na powierzchni minimum 15 ha, czy też chodzi tu o zsumowanie wszystkich badań przeprowadzonych przez wykonawców w przeszłości - przez cały okres prowadzenia działalności.

Logika, praktyka, jak również regulacje prawne, przemawiają za pierwszą wersją. Należy bowiem wspomnieć, że zamówienie obejmuje przeprowadzenie badań na olbrzymim obszarze 50 ha, przewidzianych do realizacji w bardzo krótkim czasie. Wykonanie tego rodzaju zadania stanowi poważne wyzwanie dla wykonawców, przede wszystkim logistyczne, w związku z czym kwestia doświadczenia ma tutaj znaczenie pierwszorzędne. Można stwierdzić zatem, że każde doświadczenie w prowadzeniu prac o takim zasięgu jest bezcenne i nie może być porównane z doświadczeniem uzyskanym w toku nawet wielu badań prowadzonych na małej powierzchni, np. kilkuset arów.

Również praktyka przetargowa dotycząca zamówień realizowanych przez GDDKiA potwierdza powyższą tezę.

Przepisy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (DZ.U. Nr 87, poz. 605 ze zm.) przewidują możliwość żądania od wykonawców wykazu wykonanych dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie (§ 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia). Przepis ten przewiduje zatem, że co do zasady zamawiający powinien wymagać od wykonawców, aby wykazali się realizacją usług odpowiadających wielkością przedmiotowi zamówienia. Członkowie konsorcjum firm NARNIA, ARCHE i ARCHGEO nie wykonali ani jednej usługi polegającej na badaniach wykopaliskowych o powierzchni 15 ha. Na doświadczenie zawodowe partnerów konsorcjum składa się kilka badań o niewielkim zasięgu.

V.

W ocenie Protestującego, kolejnym przykładem nierównego traktowania wykonawców przez Zamawiającego jest fakt uwzględnienia protestu złożonego w toku postępowania przez konsorcjum firm NARNIA, ARCHE i ARCHGEO. Protest ten dotyczył m.in. zapisu pkt 7.2.1.4 IDW, nakładającego na wykonawców obowiązek przedłożenia zaświadczenia potwierdzającego m.in. staż pracy samodzielnych pracowników. Wykonawca ten nie

oprotestował treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ustawowym terminie, a protest został złożony dopiero po wezwaniu Wykonawcy do złożenia wymaganych oświadczeń. Pomimo tego Zamawiający nie odrzucił protestu jako spóźnionego, lecz je uwzględnił, zwalniając konsorcjum firm NARNIA, ARCHE i ARCHGEO z obowiązku złożenia w/w zaświadczeń. Pozostali Wykonawcy wymagane zaświadczenia złożyli zgodnie z żądaniem Zamawiającego.

VI.

W świetle powyższych zarzutów należy uznać, że odrzucenie oferty Protestującego nastąpiło z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania. Utrzymanie decyzji Zamawiającego w mocy skutkować będzie zatem nieważnością umowy zawartej z tym wykonawcą (art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy), o co wystąpić może zarówno Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, jak i każdy zainteresowany, w drodze powództwa sądowego.

W piśmie z dnia 18.05.2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o złożeniu protestu przez Konsorcjum Archeologiczne reprezentowane przez Pracownię Archeologiczno-Konserwatorską Alina Jaszewska i wezwał ich do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia tego protestu.

W dniu 21.05.2009 r. Konsorcjum firm: Narnia Paweł Kraus, Arche Teresa Dobrakowska, Archgeo Piotr Janczewski zgłosiło swoje przystąpienie do postępowania protestacyjnego (pismo z dnia 21.05.2009 r.), odpierając podniesione w proteście zarzuty jako bezzasadne.

W piśmie z dnia 25.05.2009 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, iż oddalił przedmiotowy protest jako bezzasadny.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający stwierdził, co następuje.

Ad. pkt I protestu:

Zamawiający odrzucił ofertę Protestującego, ponieważ została złożona łącznie na dwa zadania uniemożliwiając tym Zamawiającemu porównanie jej do innych ofert złożonych na poszczególne zadania. Zamawiający zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewidział podział na zdania (części) i dopuścił składanie ofert na 1 lub więcej zadań. Chybiony jest zapis jakoby Zamawiający dopisał do IDW możliwość składania ofert na całość zadania. Zgodnie z art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca w razie nieścisłości może zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Protestujący tego nie zrobił tym samym zapisy ogłoszenia o zamówieniu jak i SIWZ były dla niego jasne. Zamawiający nie podziela argumentacji Protestującego jakoby istniały przesłanki do unieważnienia postępowania.

Ad. pkt II protestu:

Zamawiający nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców, ponieważ w pkt 5 IDW napisał, że Wykonawcy mogą złożyć ofertę na wykonanie 1 z w/w części. Mogą nie oznaczać, że muszą. Tym bardziej, że pkt 9.2 IDW dopuszcza składanie ofert częściowych zgodnie z podziałem określonym w pkt 5.1 IDW. Rzeszowska Fundacja Archeologiczna złożyła po jednej ofercie na poszczególną część (zadanie).

Ad. pkt III protestu:

Zgodnie z pkt. 7.2.3. IDW „Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował (zakończył) jako wykonawca lub podwykonawca, co najmniej: wykopaliskowe badania archeologiczne na stanowiskach archeologicznych, o powierzchni łącznej min. 15 ha.” Przez ten zapis należało rozumieć, że Zamawiający wymaga tylko wykazania się przez Wykonawcę zakończeniem badań wykopaliskowych bez konieczności wykazania się również zakończeniem opracowania wyników badań na tych stanowiskach. Gdyby takie wymaganie było oczekiwane od Wykonawcy, Zamawiający ująłby to w zapisie pkt 7.2.3. Należy tu zaznaczyć, że umowne terminy dla samych opracowań wyników badań dla dużych stanowisk często wynoszą 3 lata. Umieszczenie, więc takiego zapisu mogłoby skutkować, że Wykonawcy mieliby jedynie możliwość wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat zakończyli tylko opracowania wyników badań, a nie badania wykopaliskowe. Wymienione w poz. 2 wykazu FROA (Doświadczenie Wykonawcy) badania powierzchniowo - sondażowe nie były przez Zamawiającego brane pod uwagę oceniając niezbędne doświadczenie Wykonawcy.

Zgodnie z pkt 7.2.1. IDW osoby przewidziane na stanowisko kierownika badań powinny posiadać minimalne wykształcenie magistra archeologii plus uprawnienia do prowadzenia badań archeologicznych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Kultury z dnia 9 czerwca 2004 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich...” (Dz. U. Nr 150, poz.1579), które to doświadczenie miało być poparte oświadczeniem własnym kandydata. Dozwolone, więc jest przedstawienie dyplomu potwierdzającego posiadanie przez kandydata tytułu naukowego w zakresie archeologii wyższego niż mgr plus oświadczenie własne o posiadaniu uprawnień do prowadzenia badań wykopaliskowych. Powyższe warunki w wspomnianych przypadkach były spełnione.

Ad. pkt IV protestu.

Odnosnie pkt. 7.2.1 IDW: w trakcie trwania postępowania przetargowego Zamawiający otrzymał zapytania Fundacji Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego pismo znak: FROA/2009-In/8 z dnia 09.03.2009 w sprawie wyjaśnienia zapisów SIWZ w pkt. 7.2.1

Instrukcji dla Wykonawców (kolumna 4 tabeli) odnośnie minimalnego doświadczenia zawodowego Kierowników badań w brzmieniu: „Co najmniej raz sprawowana samodzielna funkcja kierownika wykopaliskowych badań archeologicznych na stanowisku o powierzchni co najmniej 20 arów - dla kierowników stanowisk o powierzchni do 200 arów i co najmniej 50 arów - dla kierowników stanowisk o powierzchni powyżej 200 arów”, na które Zamawiający odpowiedział: powyższy zapis należy rozumieć, iż stanowisko na którym były prowadzone badania archeologiczne przez danego kierownika (na potwierdzenie czego ma przedstawić kserokopie pozwolenia WKZ na prowadzenie prac wykopaliskowych) powinno mieć powierzchnię nie mniejszą niż odpowiednio 20 i 50 arów, zapisaną w pozwoleniu WKZ lub w wypadku braku takich zapisów w pozwoleniu WKZ, o powierzchni danego stanowiska powinny świadczyć zapisy w karcie AZP. Powyższa odpowiedź była umieszczona na stronie internetowej Zamawiającego. Zgodnie, więc z powyższym wyjaśnieniem wszystkie wymienione w niniejszym proteście osoby spełniają wymagania na kierowników poszczególnych stanowisk. Odnośnie zarzutów, iż z referencji nie wynika spełnianie przez Panią Maję Szyryńską wymaganych przez Zamawiającego warunków, Zamawiający potwierdził powyższe stwierdzenie. Jednocześnie poinformował, że oprócz referencji Wykonawca mógł przedstawić zaświadczenie wydane przez WKZ o należytych wywiązaniu się z obowiązków nałożonych w/w pozwoleniem na prowadzenie wykopaliskowych badań archeologicznych, za takie zaświadczenie Zamawiający uznał konserwatorski protokół odbioru końcowego stanowiska, zawierający opinię konserwatora o prawidłowo przeprowadzonych badaniach, taki protokół został przedstawiony przez Wykonawcę.

Zgadza się z twierdzeniem, że osoby: Pan Piotr Janczewski i Pan Krzysztof Grenda nie przedstawiły dokumentów świadczących o spełnieniu warunków wymienionych w niniejszym proteście, co zostało zauważone również przez komisję przetargową i Wykonawca ten został wezwany do uzupełnienia niezbędnych dokumentów, co uczynił w wyznaczonych terminie, przez co spełnił określone wymagania.

Odnośnie zarzutów, że Zamawiający nie określił jasno czy Wykonawca musiał zrealizować badania wykopaliskowe na stanowisku o powierzchni min. 15 ha, czy też chodziło o zsumowanie wszystkich badań prowadzonych przez Wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat Zamawiający stwierdził, iż nie zgadza się z twierdzeniem, że nie było to jasno określone w SIWZ, zapis „Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował (zakończył) jako wykonawca lub podwykonawca, co najmniej: wykopaliskowe badania archeologiczne na stanowiskach archeologicznych, o powierzchni łącznej min. 15 ha”, według Zamawiającego jasno określa, a zwłaszcza słowa „stanowiskach o powierzchni łącznej”, że Zamawiający dopuszcza tu sumowanie powierzchni kilku stanowisk.

Ad. pkt V protestu:

Zamawiający odrzucił protest wniesiony w dniu 10.04.2009r. przez Konsorcjum firm którego liderem jest Narnia Paweł Kraus jako spóźniony. Zamawiający uznał protest w części dotyczącej wyznaczenia zbyt krótkiego terminu złożenia wyjaśnień, wyznaczając wykonawcy nowy termin. Natomiast Wykonawca w wyznaczonym terminie uzupełnił wszystkie wymagane dokumenty.

Od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, w dniu 03.06.2009 r. (data złożenia pisma w placówce pocztowej operatora publicznego), w piśmie z dnia 01.06.2009 r. Lubuskie Konsorcjum Archeologiczne reprezentowane przez Pracownię Archeologiczno-Konserwatorską Alina Jaszewska, zwane dalej „Odwołującym”, wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez odwołujące się Konsorcjum reprezentowane przez Pracownię Archeologiczno-Konserwatorską Alina Jaszewska,

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 12a ust. 2, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 41, art. 48 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszych ofert złożonych przez:

1) Fundację Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego z siedzibą w Rzeszowie, w zakresie prac objętych zadaniem I: odcinek Przeworsk (węzeł Przeworsk)-węzeł Radymno km 611+728-647+000,

2) Konsorcjum firm: NARNIA Paweł Kraus z siedzibą we Wrocławiu, ARCHE Teresa Dobrakowska, ARCHGEO Piotr Janczewski Wrocław w zakresie prac objętych zadaniem II: odcinek (węzeł Radymno)-Korczoza km 647+000-668+265 pomimo, że treść tych ofert nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podnosząc wymienione zarzuty, Odwołujący się wniósł o:

1. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, względnie o

2. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania,

3. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z zestawieniem kosztów, które zostanie przedłożone na rozprawie.

Odwołujący wskazał, posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż w przypadku uznania za bezzasadną czynności odrzucenia oferty złożonej przez

Odwołującego i odrzucenia ofert złożonych przez Fundację Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego oraz konsorcjum: NARNIA Paweł Krauz, ARCHE Teresa Dobrakowska oraz ARCHGEO Piotr Janczewski, co nastąpi w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, Zamawiający zobowiązany będzie do dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W dniu 16.06.2009 r. konsorcjum firm: Narnia Paweł Kraus z siedzibą we Wrocławiu (lider konsorcjum), Arche Teresa Dobrakowska, Archgeo Piotr Janczewski zgłosiło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przede wszystkim treść SIWZ, treść oferty Odwołującego, a także wyjaśnienia i oświadczenia stron i uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący, którego oferta została odrzucona posiadał interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając poszczególne zarzuty odwołania Izba stwierdziła.

1. W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku uznania, że jest jej treść nie odpowiada treści SIWZ, skład orzekający Izby zważył.

W zawiadomieniach o wyniku postępowania (pisma z dnia 05.05.2009 r.) Zamawiający wskazał, iż odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż „Wykonawca złożył łączną ofertę na dwa zadania”.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający dodał, iż wskutek tego, iż oferta Odwołującego została złożona łącznie na dwa zadania, brak było możliwości porównania jej z innymi ofertami, które złożone zostały na poszczególne zadania. Zamawiający wskazał, iż „zarówno w ogłoszeniu jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewidział podział na zadania (części) i dopuścił składanie ofert na 1 lub więcej zadań”.

Skład orzekający Izby ustalił, iż:

W ogłoszeniu zamówieniu – w sekcji II: Przedmiot zamówienia, jak również w treści SIWZ – w rozdziale I „Instrukcji dla wykonawców”, zwanej dalej „IDW”, w pkt 5 „Przedmiot zamówienia i w innych zapisach tego dokumentu Zamawiający określił, iż przedmiot zamówienia obejmuje dwa zadania (części):

- zadanie I odcinek Przeworsk (węzeł Przeworsk) – (węzeł Radymno) km 611+728-647+000;
- zadanie II odcinek (węzeł Radymno) – Korczowa w km 647+000-668+265.” ;

Jednocześnie, Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, co jednoznacznie wynika m.in. z postanowienia Sekcji II, pkt II.1.8) ogłoszenia o zamówieniu, cyt.: „Podział na części: Tak. Oferty należy składać w odniesieniu do: jednej lub więcej części.”, jak również z pkt 9 ppkt 2 IDW, o treści „Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych, zgodnie z podziałem przedmiotu zamówienia określonym w pkt 5.1. niniejszej Instrukcji dla Wykonawców”.

Zgodnie z treścią przytoczonych wyżej zapisów ogłoszenia o zamówieniu, jak również SIWZ Zamawiający dopuścił zatem złożenie w niniejszym postępowaniu o zamówienie zarówno oferty na jedno, spośród dwóch wyszczególnionych zadań (części), bądź na oba zadania (części) i w tym zakresie strony i uczestnik postępowania są zgodni, pomimo, iż treść zapisu pkt 5.1 IDW: „Wykonawcy mogą złożyć ofertę na wykonanie 1 z w/w Części przedmiotu zamówienia”, jak też pkt 9 IDW w brzmieniu: „Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę”, czytanych w oderwaniu od pozostałych postanowień zwartych w tym dokumencie, mogą prowadzić do innego, niż wyżej wskazanego, ustalenia, co zasadnie podniósł Odwołujący.

Skoro Zamawiający w pkt 9.2 IDW wskazał, iż „dopuszcza składanie ofert częściowych (...)”, to chociażby z tego postanowienia wynika jednoznacznie, że dopuścił także złożenie ofert na cały przedmiot zamówienia, obejmujący dwa zadania. W taki sposób rozumiał postanowienia SIWZ inny wykonawca - Fundacja Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego, składając odrębne oferty na dwa zadania. Wykonawcy nie żądali od Zamawiającego wyjaśnień treści SIWZ, w tym zakresie, o udzielenie których, w przypadku, gdyby zachodziły wątpliwości co do treści tego dokumentu, mogli zwrócić się na podstawie art. 38 ust. 1 Pzp.

Istota sporu dotyczy dopuszczalności złożenia łącznej oferty na dwa zadania: zaoferowania na jednym formularzu wykonana dwóch zadań składających się na cały przedmiot zamówienia i podania jednej łącznej ceny brutto za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, bez wskazania łącznej ceny brutto za wykonanie poszczególnych zadań, a także bez wskazania stawek i ich wartości odnoszących się do poszczególnych zadań, wskazanych w pkt 3 formularza oferty.

Odwołujący zarzucił, iż z żadnego dokumentu Zamawiającego nie wynika, w jaki sposób należało sporządzić i złożyć ofertę na całość zamówienia. Stwierdził, iż w szczególności formularz cenowy nie przewidywał możliwości złożenia oferty na dwa zadania i kwestii tej Zamawiający nie wyjaśnił w IDW. Odwołujący zarzucił, iż zarówno

w ogłoszeniu, jak i w IDW nie ma zapisu z którego można wyprowadzić wnioszek, że wykonawcy zobowiązani są podać w ofercie cenę oddzielnie na każde zadanie oraz, że podanie jednej ceny za cały przedmiot zamówienia jest niedozwolone.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W IDW, w pkt 9 Zamawiający zawarł „Opis sposobu przygotowania ofert”. W pkt 9 ppkt 9.4 IDW Zamawiający wskazał, iż „Ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” wraz z którą powinny być złożone oświadczenia i dokumenty wymagane postanowieniami pkt 8 IDW (pkt 9 ppkt 9.5 i pkt 9.5.1 IDW), a także inne dokumenty wymienione w IDW. W pkt 9 ppkt 9.7 tego dokumentu Zamawiający określił, iż „Oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy zamieszczonych w Rozdziałach 2 i 3 Tomu I, powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy”. W ww. rozdziale 2 Zamawiający zawarł wzór formularza oferty, w którym we wstępie Zamawiający wskazał, iż należy „podać nazwę zadania”, natomiast w ust. 3 wzoru formularza oferty określono wymóg wskazania łącznej ceny brutto za wykonanie „zamówienia” oraz wskazania stawki za 1 jednostkę normatywną, której, jak ustalił skład orzekający Izby brak jest w ofercie Odwołującego, z wyszczególnieniem stawki za 1 jednostkę normatywną za wykonanie prac terenowych oraz stawki za 1 jednostkę normatywną za wykonanie opracowania wyników badań.

W ocenie składu orzekającego Izby, z treści przywołanych wyżej postanowień IDW wynika w sposób jednoznaczny zarówno możliwość złożenia ofert na całość zamówienia, składającego się z dwóch zadań, jak też sposób przygotowania ofert. Zamawiający wymagał, w przypadku zaoferowania wykonania dwóch zadań, złożenia dwóch odrębnych ofert – sporządzonych na określonym przez Zamawiającego formularzu ofertowym i załączenia do nich wymaganych oświadczeń i dokumentów. W taki sposób przygotował oferty wykonawca - Fundacja Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego.

W ocenie składu orzekającego Izby, określony przez Zamawiającego wyżej wskazany sposób sporządzenia oferty podyktowany był koniecznością dokonania prawidłowej oceny i porównania ofert złożonych na poszczególne zadania oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, na określone zadanie.

Wskazując na powyższe, skład orzekający Izby zważył także, iż w sytuacji, gdy Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych i określił wzór formularza oferty, z którego nie wynikała możliwość podania przez wykonawcę, wprost, wszystkich wymaganych przez Zamawiającego propozycji odnoszących się do poszczególnych zadań, należało bez wątplenia – w przypadku ubiegania się o dwa zadania (całe zamówienie) - wypełnić dwa odrębne formularze oferty, zgodnie z wymogiem pkt 9.9.7 IDW.

Izba zważyła, że Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, przez które, zgodnie z art. 2 pkt 6 Pzp – należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z treścią SIWZ, wykonanie części zamówienia publicznego.

Odwołujący złożył jedną ofertę, wraz z załącznikami, w której zaoferował wykonanie całego zamówienia, obejmującego dwa zadania, za łączną cenę brutto (31.712.338,66 zł). W pkt 3 oferty Odwołujący nie podał stawki za 1 jednostkę normatywną, nie określił stawki podatku VAT i nie wskazał wartości stawki brutto. Określił stawkę za 1 jednostkę normatywną oraz wartość stawki brutto za wykonanie prac terenowych oraz stawkę za 1 jednostkę normatywną oraz wartość stawki brutto za wykonanie opracowania wyników badań – w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia.

Sporządzona w taki sposób oferta Odwołującego nie spełnia wymogów SIWZ dotyczących m.in. wymogu określenia łącznej ceny brutto oraz stawek, wskazanych w pkt 3 wzoru oferty, w odniesieniu do poszczególnych, zaoferowanych zadań. W przypadku bowiem dopuszczenia składania ofert częściowych, porównaniu podlegają oferty na poszczególne części zamówienia, w oparciu o ustalone kryteria oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z określonym przez W pkt 14 IDW „Kryteria wyboru i sposób oceny ofert (...)” Zamawiający wskazał, iż dokona wyboru najkorzystniejszej oferty wyłącznie „na podstawie ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, podanej przez Wykonawcę na Formularzu Oferty”. W przypadku, gdy Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, „przedmiot zamówienia” stanowi poszczególne zadanie, a ocenie podlega oferta na poszczególne zadanie.

Brak określenia łącznej ceny brutto za wykonanie poszczególnego zadania, jak również nie wskazanie stawki za 1 jednostkę normatywną oraz nie wyszczególnienie stawek za 1 jednostkę za wykonanie prac terenowych i wartości stawki brutto oraz za wykonanie opracowania wyników badań – w odniesieniu do konkretnego zadania stanowią o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, gdyż nie spełnia wymogów pkt 9 ppkt: 9.4, 9.5, 9.7 IDW stanowiącego integralną część SIWZ, została sporządzona niezgodnie z wymaganym przez Zamawiającego formularzem ofertowym, przez co nie zawierała wszystkich istotnych elementów oferty. Treść złożonej przez Odwołującego jest niezgodna w tym zakresie z treścią SIWZ.

W ocenie składu orzekającego Izby, nawet gdyby w świetle danych zawartych w treści oferty było możliwe ustalenie przez Zamawiającego ww. wielkości, w odniesieniu do poszczególnych zadań, to zważywszy na charakter stwierdzonych nieprawidłowości niedopuszczalne jest jej przywrócenie do postępowania. Nieprawidłowości te nie stanowią omyłek podlegających poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp. Izba wskazuje także, iż zgodnie z art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp, niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym

a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Wobec powyższego, skład orzekający Izby uznał, iż Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących treści SIWZ, Izba stwierdziła, iż są one spóźnione. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 2 Pzp, protest wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Jak wynika z dokumentacji przetargowej dotyczącej przedmiotowego postępowania o zamówienie, Zamawiający opublikował kwestionowaną SIWZ na własnej stronie internetowej w dniu 06.02.2009 r., co czyni bezspornym ww. ustalenie w zakresie upływu terminu.

Co do wniosku Odwołującego o rozważenie wystąpienia przesłanek uzasadniających nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania z powodu podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących treści SIWZ, skład orzekający wskazuje, iż w świetle art. 191 ust. 2 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza nie jest uprawniona unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia (przepis art. 191 ust. 3 zd. 2 w brzmieniu „Izba bierze pod uwagę z urzędu okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania” został uchylony). Dlatego wniosek Odwołującego, w tym zakresie, skład orzekający Izby pozostawił bez rozpatrzenia.

Nie potwierdził się zarzut bezpodstawnego zaniechania wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, Fundacji Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego w Rzeszowie z powodu nie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz zarzut bezpodstawnego zaniechania odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, oferty tego wykonawcy pomimo, iż jej treść – zdaniem Odwołującego - nie odpowiada treści SIWZ. Skład orzekający Izby ustalił.

W pkt 7.2.3 IDW Zamawiający zawarł wymóg udziału w postępowaniu o zamówienie, zgodnie z którym ubiegający się o przedmiotowe zamówienie, cyt.: „Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował (zakończył) jako wykonawca lub podwykonawca co najmniej: wykopaliskowe badania archeologiczne na stanowiskach archeologicznych, o powierzchni łącznej min. 15 ha.”

Zdaniem Odwołującego, Fundacja Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego warunkowi tego nie spełniła, gdyż nie zakończyła żadnego z badań wyszczególnionych w wykazie nr 4, albowiem we wszystkich przypadkach trwa jeszcze opracowywanie odkrytych materiałów zabytkowych. Odwołujący podniósł, iż świetle przepisów rozporządzenia 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 zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych i poszukiwań ukrytych lub porzuconych zabytków ruchomych (Dz. U. Nr 150, poz. 1579) opracowanie wyników badań jest integralnym elementem każdego z badań archeologicznych. Opracowanie wyników badań wchodzi również w zakres przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu o zamówienie.

W wyniku rozpoznania zarzutu nie spełniania przez Fundację Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego w Rzeszowie warunku posiadania doświadczenia, o którym mowa w pkt 7.2.3 IDW, skład orzekający Izby stwierdził, iż Odwołujący nie wykazał zasadności tego zarzutu. Izba ustaliła, że w załączniku nr 4 do oferty „Doświadczenie wykonawcy” Fundacja Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego w Rzeszowie złożyła oświadczenie o następującej treści: „Oświadczamy, że zrealizowaliśmy (zostały zrealizowane) w okresie 3 lat przed wszczęciem niniejszego postępowania o zamówienie publiczne następujące zadania rodzajowo i wartościowo porównywalne z wymaganiami Zamawiającego.” i wskazała pięć zadań na potwierdzenie spełnienia tego warunku. W tabelarycznym wykazie wykonawca ten podał, iż wszystkie z wymienionych w nim zadań zrealizował na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie („GDDKiA”), w przedziale czasowym określonym w ww. postanowieniu SIWZ, podając okres realizacji poszczególnych zadań. Wskazał także, iż wydobyte zabytki archeologiczne zostały zadokumentowane i w chwili obecnej znajdują się w trakcie opracowania. Z treści załączonych do oferty tego wykonawcy referencji, wystawionych przez GDDKiA Oddział w Rzeszowie, który prowadzi przedmiotowe postępowanie o zamówienie wynika, iż Fundacja Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego należycie wykonała wyżej wskazane zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że zamówienia określone w ofercie ww. wykonawcy, w załączniku nr 4 obejmowały także opracowanie wyników badań. Wskazując na przepis § 5 ust. 6 pkt 10 powołanego wyżej Rozporządzenia Ministra Kultury z dnia 9 czerwca 2004 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich (...), zgodnie z którym pozwolenie na prowadzenie badań archeologicznych może określać warunki, polegające na obowiązku opracowania wyników badań archeologicznych i przekazania ich wojewódzkiemu konserwatorowi zabytków w terminie do 3 lat od dnia ich zakończenia Odwołujący nie dowiódł, iż w przypadku zamówień, których zakończenia kwestionuje obejmowały opracowanie tych wyników. Ponadto, wobec braku określenia w SIWZ, w sposób

jednoznaczny wymogu posiadania przez wykonawcę doświadczenia w opracowaniu wyników badań, nie można wywodzić z tego faktu negatywnych skutków dla wykonawcy.

Bezpodstawnym okazał się również zarzut zaniechania przez Zamawiającego wyjaśnienia, czy wykazane w załączniku nr 2 do oferty Fundacji Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego osoby posiadające tytuł doktora i doktora habilitowanego spełniają wymóg pkt 7.2.1 IDW, zgodnie z którym osoby przewidziane na stanowiska kierownika badań powinny posiadać tytuł magistra archeologii i uprawnienia do prowadzenia badań.

Izba ustalił, iż do przedmiotowej oferty załączone zostały dyplomy potwierdzające posiadanie przez wskazanych kandydatów tytułu naukowego w zakresie archeologii wyższego niż magister oraz oświadczenia własne o posiadaniu uprawnień do prowadzenia badań wykopaliskowych, co stanowi potwierdzenie spełniania wyżej określonego warunku.

Nie potwierdził się zarzut bezpodstawnego zaniechania wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, Konsorcjum firm: NARNIA, ARCHE i ARCHGEO z powodu nie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z pkt 7.2.1 IDW oraz zarzut bezpodstawnego zaniechania odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, oferty tego wykonawcy, której treść, zdaniem Odwołującego, nie odpowiada treści SIWZ. Skład orzekający Izby ustalił.

Skład orzekający Izby uznał, iż z zapisu pkt 7.2.1 IDW, o treści: „osoby przewidziane na kierowników badań na stanowisku powinny wykazać się co najmniej raz sprawowaną samodzielną funkcją kierownika wykopaliskowych badań archeologicznych na stanowisku o powierzchni co najmniej 20 arów - dla kierowników stanowisk o powierzchni do 200 arów i co najmniej 50 arów - dla kierowników stanowisk powyżej 200 arów” wynika, że powierzchnia odnosi się do stanowiska, a nie wykopaliska. Tym samym Izba podzieliła prawidłowość udzielonego przez Zamawiającego, w piśmie z dnia 11.03.2009 r. wyjaśnienia wykonawcom, w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu, iż zawarte w ofercie Konsorcjum firm: Narnia, Arche, Archgeo referencje nie zostały wystawione przez poprzedniego zamawiającego lecz przez wykonawców podwykonawcom, skład orzekający uznał, iż w celu udokumentowania spełnienia stawianych wymagań Kierownikowi Badań dopuszczalne było załączenie do oferty referencji wystawionych przez wykonawców podwykonawcom (na równi z referencjami od poprzedniego zamawiającego). Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że taką samą wagę, jak referencje wystawiane przez zamawiającego w rozumieniu przepisów Pzp mają referencje wystawione przez innych zamawiających, niż wskazanych w art. 2 pkt 12 Pzp, czy generalnych wykonawców, którzy wobec swoich podwykonawców pełnią rolę

zamawiającego. Istotą tego wymogu jest bowiem wykazanie się posiadaniem wymaganego doświadczenia do wykonania zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby z zapisów pkt 7.2.3 IDW nie wynika wymóg wykazania, iż wykonawca zrealizował przynajmniej jedno badanie wykopaliskowe na powierzchni minimum 15 ha. Zapis ten dopuszcza możliwość łączenia powierzchni stanowisk, na których wykonawca, we wskazanym okresie, zrealizował wykopaliskowe badania archeologiczne na stanowiskach archeologicznych.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne i prawne, skład orzekający Izby nie stwierdził naruszeń przywołanych w odwołaniu przepisów Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. Skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.) uznał za uzasadnione, na podstawie przedłożonych do akt sprawy rachunków, koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości przewidzianej w przepisach przywołanego rozporządzenia, tj. w kwocie 3.600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....