

WYROK

z dnia 30 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2011 r. przez **Przemysława Wierzbickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Archeologiczno – Konserwatorska ARCHEOPLAN z siedzibą ul. Do Wilgi 20/5, 30-419 Kraków**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa**, w imieniu której występuje **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, ul. Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole**,

przy udziale **Magdaleny Głuch prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Atlant, ul. Lutomska 11, 98-100 Łask**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje w zakresie części nr 3 prowadzonego postępowania: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie wykonawcy - Magdaleny Głuch prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Atlant, ul. Lutomska 11, 98-100 Łask, dokonanie ponownego badania i oceny ofert,**
2. **kosztami postępowania obciąża Magdaleny Głuch prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Atlant, ul. Lutomska 11, 98-100 Łask, i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przemysława**

Wierzbickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Archeologiczno – Konserwatorska ARCHEOPLAN z siedzibą ul. Do Wilgi 20/5, 30-419 Kraków, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Magdaleny Głuch prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Atlant, ul. Lutomska 11, 98-100 Łask** na rzecz **Przemysława Wierzbickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Archeologiczno – Konserwatorska ARCHEOPLAN z siedzibą ul. Do Wilgi 20/5, 30-419 Kraków**, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

2.3. zasądza od **Magdaleny Głuch prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Atlant, ul. Lutomska 11, 98-100 Łask** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa**, w imieniu której występuje **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, ul. Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole**, kwotę **4 101 zł 48 gr** (słownie: cztery tysiące sto jeden złotych czterdzieści osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa, w imieniu której występuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, ul. Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole (dalej: „zamawiający” lub „GDDKiA”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie archeologicznych ratowniczych badań wykopaliskowych na trasie planowanej budowy drogi ekspresowej S8 na odcinku Syców-Kępno-Wieruszów-Walichnowy od km 54+910 do km 99+997 wraz z opracowaniem wyników badań (4 części - zadania)", nr sprawy GDDKiA-O/Op-R-2/74-417-14/11.

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

W dniu 7 grudnia 2011 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, w tym wykonawcy - Przemysław Wierzbicki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Archeologiczno – Konserwatorska ARCHEOPLAN z siedzibą ul. Do Wilgi 20/5, 30-419 Kraków (dalej: „ARCHEOPLAN” lub „odwołujący”), informację o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano, w ramach części nr 3, ofertę wykonawcy - Magdaleny Głuch prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Atlant, ul. Lutomska 11, 98-100 (dalej: „Atlant” lub „przystępujący”).

W dniu 15 grudnia 2011 r. ARCHEOPLAN wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając zamawiającemu, w ramach części nr 3 przedmiotowego zamówienia, naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Atlant, który złożył nieprawdziwe informacje w zakresie wiedzy i doświadczenia zawodowego posiadanego przez podmioty wskazane w ofercie, na których wykonawca ten miał polegać wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosil, o:

1. nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z zestawieniem kosztów, które zostanie przedłożone na rozprawie.

I.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wyjaśniał, że zgodnie z pkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”), o udzielenie zamówienia w rozpatrywanym przetargu mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunki dotyczące m.in. posiadanej wiedzy i doświadczenia postawione przez zamawiającego. Jak wynikało z treści pkt 7.2.2 siwz, wykonawcy w tym zakresie musieli wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 zadania (dla każdej części dla której składana będzie oferta), polegającego na wykonaniu szerokopłaszczyznowych archeologicznych badań wykopaliskowych na stanowiskach archeologicznych wraz z opracowaniem wyników badań - dla części nr 3 zamówienia - o przebadanej, w ramach jednego zamówienia, powierzchni co najmniej 600 arów.

W celu wykazania spełnienia tego warunku wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć 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 przedmiotu, daty i miejsca wykonania i odbiorców, na formularzu zgodnym z treścią formularza 3.2. („Wiedza i Doświadczenie”). Do wykazu należało załączyć dokumenty potwierdzające, że wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należycie (pkt 8.1.2 siwz).

Odwołujący wskazywał, że zamawiający wymagał również, aby w sytuacji, gdy wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu lub osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca udowodnił, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Składając ofertę na części nr 1 i 3 zamówienia Atlant wykazał w formularzu 3.2 dwie usługi potwierdzające posiadanie wymaganej wiedzy i doświadczenia, wykonane przez podmioty, które zobowiązały się do udostępnienia swoich zasobów przy realizacji zamówienia, tj.:

1. usługa wykonana przez Agencję Archeologiczno-Usługową Roland Marek ul. Kopernika 14, 57-500 Bystrzyca Kłodzka na rzecz Archgeo Łukasz Lisiecki z Leszna, polegająca na wykonaniu badań ratowniczych na stanowisku nr 7 w Działoszy gm. Syców w ramach budowy drogi ekspresowej S-8, o powierzchni 695 arów. Termin realizacji usługi: 20.05.2009 r.- 30.06.2010 r.
2. usługa wykonana przez Pawła Cezarego S. ul. Lutomska 11, 98-100 Łask, na rzecz Pracowni Archeologiczno-Konserwatorskiej Alina Jaszewska z Zielonej Góry,

polegająca na wykonaniu badań ratowniczych na stanowiskach Chlebowo 33, Stare Brynki 31, Sobieradz 13 i 14 gm. Gryfino, Witkowo st. 22, gm. Stargard Szcz. w ramach budowy trasy S-3 i obwodnicy Stargardu Szcz. o powierzchni 637,42 arów. Termin realizacji usług 15.03.2007 r.- 30.09.2009 r.

Na potwierdzenie należytego wykonania opisanych wyżej usług, do oferty Atlant załączone zostały referencje wystawione przez Archgeo Łukasz Lisiecki i Pracownię Archeologiczno-Konserwatorską Alina Jaszewska.

II.

Odwołujący podnosił, że podmiot wskazany w poz. 1 formularza o nazwie Agencja Archeologiczno-Usługowa Roland Marek ul. Kopernika 14, 57-500 Bystrzyca Kłodzka, nie mógł realizować badań ratowniczych na stanowisku Działosza 7 w ramach budowy drogi ekspresowej S-8 w okresie od 20 maja 2009 r. do 30 czerwca 2010 r. Podmiot o tej nazwie został bowiem wpisany do ewidencji działalności gospodarczej prowadzonej przez Urząd Miasta i Gminy Bystrzyca Kłodzka dopiero w dniu 13 maja 2010 r. i rozpoczął działalność z dniem 21 maja 2010 r., a zatem krótko przed zakończeniem opisanych wyżej badań.

Odwołujący wystąpił do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu z wnioskiem o informację na temat podmiotów realizujących badania ratownicze na stanowisku Działosza nr 7 w ramach budowy drogi ekspresowej S-8. W odpowiedzi uzyskanej pismem GDDKiA O/Wrocław z dnia 12 grudnia 2011 r. wynika, że badania na trasie drogi ekspresowej S-8 odcinek Wrocław -Syców realizowało konsorcjum w składzie: Ośrodek Naukowo-Konserwatorski PKZ Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Muzeum Archeologiczno-Historyczne w Głogowie, przy udziale podwykonawcy AKME Zdzisław Wiśniewski Sp. z o.o. Firmy ARCHGEO i IN SITU nie były akceptowane przez zamawiającego jako podwykonawcy.

Odwołujący wyjaśniał, że jest w posiadaniu kopii referencji wystawionej w dniu 26 maja 2011 r. przez Ośrodek Naukowo-Konserwatorski PKZ Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, z treści której wynika, że badania wykopaliskowe na stanowisku Działosza 7 gm. Syców o powierzchni 695 arów (wraz z opracowaniem wyników badań) realizowała AKME Sp. z o.o. z Wrocławia.

Odwołujący uznał, że nie można wykluczyć, że Marek Roland brał udział w pracach związanych z badaniami ratowniczymi na stanowisku nr 7 w ramach budowy drogi ekspresowej S-8, albowiem często zatrudnia się studentów archeologii i inne osoby przy badaniach wykopaliskowych, w szczególności do prac fizycznych związanych z kopaniem. Istotnym jest, że dopiero w 2010 r. Marek Roland uzyskał tytuł magistra archeologii. Podnosił, że praca osoby zatrudnionej przy badaniach archeologicznych nie może być

utożsamiana z wykonaniem badań archeologicznych w rozumieniu zapisu pkt 7 siwz. Wykonanie badań wiąże się m.in. z odpowiedzialnością za wyniki i jakość wykonanych badań, zachowaniem terminów umownych, kwestią organizacji i nadzorowania pracy, zapewnienia ludzi i sprzętu itp. Samo wykonywanie czynności pomocniczych przy realizacji badań nie prowadzi do uzyskania wiedzy i doświadczenia niezbędnego dla ich samodzielnej realizacji. Poza tym, Marek Roland nie mógł w latach 2009-2010 prowadzić badań archeologicznych, albowiem zgodnie z treścią art. 26 § 1 rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 27 lipca 2011 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, prac restauratorskich, robót budowlanych, badań konserwatorskich, badań architektonicznych i innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych (Dz.U. Nr 165, poz. 987), badania archeologiczne może prowadzić osoba, która posiada tytuł zawodowy magistra uzyskany po ukończeniu studiów wyższych na kierunku archeologia oraz odbyła co najmniej 12-miesięczną praktykę w zakresie tych badań. Pan Marek Roland mógł zatem uzyskać uprawnienia do prowadzenia badań archeologicznych najwcześniej w 2011 r., pod warunkiem odbycia odpowiedniej praktyki. Odwołujący zaznaczał, że do okresu praktyki w rozumieniu w/w przepisu zalicza się wyłącznie badania wykopaliskowe, a zaliczeniu nie podlegają m.in. czynności związane z opracowywaniem dokumentacji zabytków ruchomych odkrytych w trakcie badań archeologicznych (§ 26 ust. 2 rozporządzenia).

III.

Następnie odwołujący wskazywał, że z zapisu pkt 7 siwz wynika w sposób jednoznaczny, że dla oceny posiadanego doświadczenia zawodowego wykonawcy powinni wykazać się zrealizowanymi badaniami powierzchniowymi, przeprowadzonymi na wymaganej powierzchni, w ramach jednego zamówienia. W pozycji 2 formularza 3.2 Atlant wykazał usługę zrealizowaną przez Pawła Cezarego S. na rzecz Pracowni Archeologiczno-Konserwatorskiej Alina Jaszewska z Zielonej Góry. Zdaniem odwołującego zawarta w tym formularzu informacja jest nieprawdziwa, albowiem wykazane tam usługi realizowane były na podstawie trzech odrębnych zamówień, z których tylko dwie wykonane były przed upływem 3 lat licząc od terminu składania ofert.

W ocenie odwołującego opisane w formularzu i referencjach badania obejmowały faktycznie 3 odrębne zadania:

1. Archeologiczne ratownicze badania wykopaliskowe na drodze ekspresowej S-3 na odcinku szczecin „Klucz” - węzeł „Pyrzyce”, na stanowiskach: Chlebowo nr 33 na powierzchni 239,70 ara; Stare Brynki nr 31 na powierzchni 133,79 ara oraz Sobieradz nr 13 (w referencjach błędnie ujęty jako Sobieradz nr 14) na powierzchni 145,78 ara.

2. Archeologiczne ratownicze badania wykopaliskowe na obszarze planowanej budowy drogi ekspresowej S-3 oraz wykonanie opracowania ich wyników, zgodnie z obowiązującymi przepisami, na stanowisku Sobieradz nr 14 na powierzchni 34,57 ara.
3. Archeologiczne ratownicze badania wykopaliskowe na obwodnicy Stargardu Szczecińskiego na stanowisku Witkowo nr 22 na powierzchni 84,36 ara.

Odwołujący podkreślał, że pismem z dnia 9 grudnia 2011 r. zwrócił się do GDDKiA Oddział w Szczecinie z prośbą o wskazanie, kto wykonał opisane wyżej badania i czy ich realizacja nastąpiła w ramach jednego zadania. Z odpowiedzi udzielonej przez GDDKiA O/Szczecin pismem z dnia 13 grudnia 2011 r. wynikało, że opisane wyżej badania realizowane były przez dwa różne konsorcja na podstawie dwóch odrębnych umów. Dodatkowo, Pracownia Archeologiczno-Konserwatorska Alina Jaszewska zawarła w dniu 15 września 2008 r. umowę z GDDKiA O/Szczecin na wykonanie badań na stanowiskach Nowogródek Pomorski 12 oraz Sobieradz 14 (umowa nr I/Arch/N,S/2008). Odwołujący podnosił, że pierwsze zadanie - archeologiczne ratownicze badania wykopaliskowe na drodze ekspresowej S-3 na odcinku szczecin „Klucz” - węzeł „Pyrzyce” - realizowane były na podstawie umowy Nr I/Arch/2006, zawartej z GDDKiA O/Szczecin w dniu 6 października 2006 r. Badania te zakończone zostały w dniu 19 maja 2008 r., a więc ponad 3 lata od terminu składania ofert, w związku z czym zdaniem odwołującego nie powinny być one brane pod uwagę przy ocenie doświadczenia wykonawców w rozpatrywanym przetargu (niniejsze potwierdza umowa Nr I/Arch/2006 oraz referencje wystawione przez GDDKiA O/Szczecin z dnia 17.08.2009 r.)

Natomiast badania wykopaliskowe na obwodnicy Stargardu Szczecińskiego pracownia Aliny Jaszewskiej realizowała po wygraniu innego przetargu, zorganizowanego przez GDDKiA O/Szczecin pod koniec 2007 r. Umowę na wykonanie tych badań podpisano z GDDKiA O/Szczecin w dniu 26 listopada 2007 r. (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 21.11.2007 r., umowa nr 4/2007, referencje GDDKiA O/Szczecin z dnia 22.07.2010 r.) Część badań Alina Jaszewska zleciła Pawłowi S. Badania te realizowane były na podstawie trzech umów, z których dwie (nr 9 i nr 11) miały charakter pisemny, a jedna (badania na obwodnicy Stargardu Szcz.) była umową ustną. Odwołujący wyjaśniał, że Alina Jaszewska nie dysponuje tymi umowami, albowiem Paweł S. nie odesłał podpisanych egzemplarzy. W ocenie odwołującego badania zlecone Pawłowi S., opisane w formularzu załączonym do oferty Atlant, nie mogły być realizowane w ramach jednego zadania, albowiem zlecając w 2006 r. Pawłowi S. badania na drodze ekspresowej S-3 (na odcinku szczecin „Klucz” -węzeł „Pyrzyce”) Alina Jaszewska nie wiedziała, że w 2007 r. wygra przetarg na badania wykopaliskowe na obwodnicy Stargardu Szczecińskiego, a w 2008 r.

otrzyma od GDDKiA O/Szczecin zlecenie na badania dodatkowe. Wystawione przez Alinę Jaszewską referencje dotyczą łącznie kilku różnych badań zleconych Pawłowi S. w tamtym okresie. Świadczy o tym m.in. fakt, że w referencjach ujęto również badania wykonane przy budowie obwodnicy Kargowej w woj. lubuskim. Nie ma zatem żadnych podstaw do łączenia opisanych wyżej badań w jedno zadanie.

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że z przytoczonych wyżej okoliczności, w formularzu 3.2 załączonym do oferty Atlant złożone zostały nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia i wiedzy podmiotów, które zobowiązały się do udostępnienia wykonawcy swoich zasobów. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach części nr 3 zamówienia, złożonej przez wykonawcę, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 15 grudnia 2011 r. odwołujący przekazał zamawiającemu kopię niniejszego odwołania. Zamawiający w dniu 16 grudnia 2011 r. przesłał kopię ww. odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 19 grudnia 2011 r. w formie pisemnej zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył Atlant. Izba ustaliła na posiedzeniu, że strony otrzymały kopię ww. zgłoszenia.

Podczas posiedzenia Izby z udziałem stron oraz przystępującego zamawiającego oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania w całości. Wobec takiego stanowiska zamawiającego przystępujący, korzystając z uprawnienia przysługującego zgodnie z art. 186 ust. 4 Pzp, wniósł sprzeciw ustnie do protokołu podczas ww. posiedzenia Izby.

Podczas rozprawy przystępujący oświadczył, że doświadczenie wskazane w wykazie wykonanych usług (str. 9 oferty) w punkcie pierwszym dotyczy tylko i wyłącznie części I postępowania, co wynika to również z zobowiązania do udostępnienia zasobów zawartego na str. 15 jego oferty.

Zamawiający oświadczył również, że badał ofertę Atlant wyłącznie pod tym kątem.

Wobec tak złożonych oświadczeń odwołujący oświadczył, że nie podtrzymuje zarzutów odwołania odnoszących się do punktu pierwszego wykazu wykonanych usług zawartego na str. 9 oferty przystępującego, który dotyczy części I zamówienia.

Odwołujący wskazał, że podtrzymuje w pełni zarzutu oraz argumentacje zawartą w odwołaniu z wyjątkiem zarzutu dotyczącego niewłaściwego terminu realizacji prac w odniesieniu do doświadczenia, którym legitymował się przystępujący korzystając z doświadczenia podmiotu trzeciego. W odwołaniu (str. 7) ARCHEOPLAN wskazywał, że termin realizacji prac na które powoływał się przystępujący przekracza okres 3 lat od momentu składania ofert. Jednakże biorąc pod uwagę zapisy specyfikacji odwołujący stwierdził, że zamawiający wymagał prac odebrane w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert. W związku z tym, że przystępujący zakończył prace w 2009 r. to odwołujący przyznał, że okres zakończenia wykonania prac mieści się w przedziale wskazanym przez zamawiającego w siwz. Zatem ww. zarzuty nie zostały również podtrzymane przez odwołującego na etapie rozprawy.

Podczas posiedzenia Izba przekazała zamawiającemu oraz przystępującemu odpisy „pisma przygotowawczego” złożonego przez odwołującego się.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz przystępującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Okoliczności faktyczne sprawy, w szczególności postanowienia specyfikacji, treść oferty Atlant zostały prawidłowo przytoczone w odwołaniu, co zostało zreferowane powyżej.

Z ustaleń Izby poczynionych w oparciu o dokumentację przedmiotowego postępowania przesłaną przez zamawiającego, która została włączona w poczet materiału dowodowego rozpoznawanej sprawy wynika, że zamawiający pismem z dnia 30 listopada 2011 r. poinformował Atlant, że kompleksowa analiza złożonych przez przystępującego dokumentów wraz z ofertą wykazała, że nie potwierdzają one spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia m. in. dla części nr 3 przedmiotu zamówienia w zakresie której Atlant złożył ofertę. W piśmie zamawiający wyjaśniał m. in., że mające potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu dla części nr 3 w zakresie wiedzy i doświadczenia usługi udostępniane przez Pana Pawła Cezarego S. nie spełniają wymogu zamawiającego, gdyż wykazana powierzchnia nie została przebadana w ramach jednego zamówienia - stąd też i z tego też względu nie zostało w ocenie zamawiającego potwierdzone spełnienie warunku dla części nr 3. Dodatkowo zamawiający uznał, że załączone dokumenty (za wyjątkiem oświadczenia złożonego przez GDDKiA w Szczecinie dotyczącego zadania niespełniającego warunku ze względu na zbyt małą powierzchnię) nie potwierdzają również, że wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należycie.

Wobec powyższego zamawiający zwrócił się do Atlant w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia m. in.: dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu dla części nr 3 w zakresie wiedzy i doświadczenia zgodnie z pkt. 8.1.2 siwz, tj. wykazu wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich przedmiotu, daty, miejsca wykonania i odbiorców na formularzu zgodnym z treścią Formularza 3.2 („Wiedza i Doświadczenie”). Wykaz o którym mowa musi potwierdzać spełnienie warunku o którym mowa w pkt. 7.2.2 w siwz. Zgodnie z treścią pisma wykonawca do wykazu był zobowiązany załączyć dokumenty potwierdzające, że wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należycie (np. referencje lub opinia wydana przez Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków lub zamawiającego). Zamawiający wskazał, że nie będzie uznawany za potwierdzenie należytego wykonania protokół zdawczo – odbiorczy spinany pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Zamawiający określił, że ww. dokumenty Atlant winien przedłożyć w formie pisemnej do dnia 5 grudnia 2011 r. do godz. 12.00.

W odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego przystępujący w wyznaczonym terminie przedłożył pismo wraz z wyjaśnieniami oraz dokumentami, tj. m. in.: kopię referencji Pawła Cezarego S. wystawiona przez Pracownię Archeologiczno-Konserwatorską Aliny Jaszewskiej (która stanowiła załącznik do oferty), rachunki nr: 1/08, 3/08, 4/08, 5/08 wystawione przez Pawła Cezarego S. dla firmy - Pracownia Archeologiczno-Konserwatorską Alina Jaszewska oraz wykaz wykonanych usług zgodnie z formularzem 3.2. stanowiącym załącznik do siwz.

W treści pisma Atlant wyjaśniał m. in., że doświadczenie udostępnione przez Pana Pawła Cezarego S., które zostało przedstawione w wykazie wyraźnie wskazuje na wykonanie badań w ramach jednego zamówienia, dla jednej firmy - tj. Pracowni Archeologiczno-Konserwatorskiej Aliny Jaszewskiej – na tych samych zasadach, w tym samym okresie, w latach 2007 – 2009, badań na kilku różnych stanowiskach wraz z opracowaniem wyników badań na łącznej powierzchni 637,41 ara. Wobec powyższego Atlant twierdził, że tego typu doświadczenie spełnia wymogi zamawiającego i potwierdza posiadanie właściwego doświadczenia przez Pana Pawła Cezarego S. Kolejno przystępujący wyjaśniał w piśmie, że referencje dołączone do wykazu wystawione przez GDDKiA Oddział w Szczecinie są jedynie uzupełnieniem referencji wystawionych przez Pracownię Archeologiczno-Konserwatorską Aliny Jaszewskiej i dotyczą prac w ramach tego samego zadania (Budowa drogi ekspresowej S-3 Szczecin – Klucz - węzeł Pyrzyce- stan Sobieradz 13 - 145 arów) z powodu oczywistego przeoczenia tych badań w referencjach wystawionych przez Panią Alinę Jaszewską. Atlant wskazywał, że prace realizowane na rzecz Pracowni Archeologiczno-Konserwatorskiej Aliny Jaszewskiej objęte były jedną umową (nr 9) i

dotyczyły inwestycji: Budowa drogi ekspresowej S-3 Szczecin – Klucz - węzeł Pyrzyce (np. stan. Chlebowo 33, Sobieradz 13) jak i badań w ramach umowy „Budowa obwodnicy Stargardu Szczecińskiego (np. stan. Witkowo 22). Przystępujący wskazywał, iż pomimo, że dla Pracowni Archeologiczno-Konserwatorskiej Aliny Jaszewskiej mogły być to różne umowy, badania wykonywane na jej zlecenie przez Pana Pawła Cezarego S. były wykonywane w ramach jednego ciągłego zlecenia – od marca 2007 aż do października 2008r.

W poczet materiału dowodowego Izba włączyła również przedłożone przez odwołującego następujące dokumenty:

1. Pismo GDDKiA Oddział w Szczecinie z dnia 13 grudnia 2011 r. w którym przekazano informacje na temat zadań pozyskanych przez Pracownię Archeologiczno-Konserwatorskiej Aliny Jaszewskiej.
2. Umowę nr 1/Arch/N,S/2008 zawartą w dniu 15 września 2008 r. pomiędzy GDDAiK Oddział w Szczecinie a Panią Aliną Jaszewską prowadzącą Pracownię Archeologiczno-Konserwatorską obejmującą wykonanie badań na stanowiskach Nowogródek Pomorski 12 oraz Sobieradz 14.
3. Umowę nr 1/Arch/2006 zawartą w dniu 6 października 2006 r. pomiędzy GDDKiA Oddział w Szczecinie a Zachodniopomorsko - Lubuski Konsorcjum Archeologicznym, którego liderem ustanowiono Pracownię Archeologiczno-Konserwatorskiej Aliny Jaszewskiej. Przedmiot umowy obejmował archeologiczne ratownicze badania wykopaliskowe na drodze ekspresowej S-3 na odcinku węzeł „Klucz” - węzeł „Pyrzyce”
4. Umowę nr 4/2007 zawartą w dniu 26 listopada 2007 r. pomiędzy GDDAiK Oddział w Szczecinie a Konsorcjum Archeologicznym, którego liderem ustanowiono Pracownię Archeologiczno-Konserwatorską Aliny Jaszewskiej. Zakres prac w ramach umowy obejmował badania wykopaliskowe na obwodnicy Stargardu Szczecińskiego.

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy Atlant.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Jako pierwszy Izba rozpoznała zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, który sprowadzał się do tego, że przystępujący w ofercie złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co winno skutkować wykluczeniem go z udziału w postępowaniu na podstawie przywołanego powyżej przepisu. W oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że ww. zarzut nie potwierdził się.

Izba wskazuje, że do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ na wynik postępowania, połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym.

Należy przy tym zwrócić uwagę na wszelkie konsekwencje związane ze stwierdzeniem wypełnienia przez wykonawcę hipotezy normy art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy. Powyższe pociąga za sobą konieczność bezwzględnego zastosowania jego dyspozycji i eliminacji takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia bez możliwości dokonania uzupełnienia dokumentów przewidzianego w art. 26 ust. 3 Pzp. Ponadto ostateczną konsekwencją powyższego może być odpowiedzialność karna osób dopuszczających się poświadczenia lub oświadczenia nieprawdy w celu uzyskania zamówienia publicznego na podstawie art. 297 § 1 Kodeksu karnego.

W związku z powyższym należy podkreślić również wagę i konieczność należytego ustalenia i udowodnienia powstania okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Szczególnie istotnym jest, że zarzucana wykonawcy nieprawdziwość poświadczanych przez niego informacji nie może budzić możliwych do zinterpretowania na korzyść wykonawcy wątpliwości. Wykorzystując terminologię procesu karnego można zobrazować powyższe wywody w ten sposób, iż stwierdzenie podania nieprawdziwych informacji nie może opierać się li tylko na poszlakach zamiast na pewnych dowodach.

Odnosząc się kolejno do zarzutów odwołania Izba wskazuje, iż w świetle dowodów przedłożonych przez odwołującego nie było możliwe orzeczenie i przesądzenie o podaniu w ramach wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu nieprawdziwych informacji przez przystępującego.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, który z informacji zawartych w treści oferty Atlant, odnoszących się do doświadczenia wykazywanego dla Pana Pawła Cezarego

S. w porównaniu z informacjami uzyskanymi z GDDKiA Oddział w Szczecinie wywodził, że przystępujący podał nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Przede wszystkim podkreślić należy, że fakt wykonywana prac przez Pawła Cezarego S. na rzecz Pracowni Archeologiczno-Konserwatorskiej Aliny Jaszewskiej nie był sporny pomiędzy odwołującym a przystępującym. Atlant zgodnie z prawdą podał, że Paweł Cezary S. w okresie: 2007 - 2010 r. realizował prace, które były zlecane przez Pracownię Archeologiczno - Konserwatorską Aliny Jaszewskiej. Jednakże przyjąć należy, iż przystępujący w sposób nieprawidłowy zrozmiał postanowienia siwz w zakresie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, bowiem wadliwie przyjął, że usługi wykonywane na rzecz jednego pomiotu w ramach realizacji różnych przedsięwzięć można zaliczyć do doświadczenie w wykonywaniu prac w ramach jednego zamówienia o powierzchni co najmniej 600 arów. W konsekwencji złożył oświadczenie co do zakresu zamówienia zrealizowanego przez Pawła Cezarego S. stosownie do przyjętej przez siebie wykładni siwz. Izba nie stwierdziła w tym przypadku naruszenia przez zamawiającego przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, jednocześnie uznając, iż powołane doświadczenie nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 7.2.2. specyfikacji.

Izba rozpoznała powyższy zarzut pomimo braku przywołania w treści odwołania właściwej podstawy prawnej, ponieważ argumentacja zawarta w treści odwołania, jak również twierdzenia odwołującego prezentowane na rozprawie bez wątpienia odnosiły się również do przesłanki wykluczenia wskazanej w przepisie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp.

W tym zakresie Izba stanęła na stanowisku, że usługi, których wykonaniem legitymuje się Pan Paweł Cezary S. nie są ze sobą powiązane w żaden sposób, czy to organizacyjnie czy też funkcjonalnie. Ponadto podkreślić należy, że były realizowane w różnych lokalizacjach i terminach. Zatem nie sposób uznać, że tworzą one jedno zamówienie, w ramach którego wykonawca przebadał powierzchnię co najmniej 600 arów. Tym samym, biorąc pod uwagę doświadczenie Pana Pawła Cezarego S. wykazywane w ofercie Atlant należy uznać, że jest ono niewystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem zamawiający wymagał doświadczenia w ramach jednego kompleksowego zamówienia, a nie doświadczenia w realizacji prac (tj. przebadania 600 arów powierzchni), które można byłoby rozciągnąć się na pewien okresu czasu w ramach różnych zadań na rzecz jednego podmiotu.

Izba zwraca uwagę, że dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu bez znaczenia jest kwestia, czy realizacja zamówienia odbywała by się w oparciu o jedną zawartą umowę czy

też kilka. Istotnym jest, aby w przypadku kilku umów, które zostały zawarte w zakresie realizacji zamówienia istniał jakikolwiek związek, który by wskazywał, że mamy do czynienia z realizacją jednego kompleksowego zamówienia, a nie z odrębnymi zadaniami, które łączy jedynie osoba zamawiającego. Treść przedstawionych przez odwołującego umów, które zostały opisane powyżej, stanowi dodatkowy argument przesądzający o tym, iż zadań pozyskiwanych przez Pracowni Archeologiczno-Konserwatorskiej Aliny Jaszewskiej a następnie zleczanych Panu Pawłowi Cezaremu S. nie można postrzegać jako jednego zadania w ramach którego, ww. wykonawca przebadał powierzchnię 600 arów, bowiem dotyczą one odrębnych przedsięwzięć inwestycyjnych.

Biorąc pod uwagę, że zamawiający pismem z dnia 30 listopada 2011 r. wzywał Atlant w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do wylegitymowania się doświadczeniem w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 7.2.2. siwz, a przystępujący nie przedłożył prawidłowych, wymaganych przez zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu to należało wykluczyć ww. wykonawcę z udziału w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu. W konsekwencji, zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp, ofertę Atlant należało uznać za odrzuconą. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie wskazuje na naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp.

Konkludując, Izba po rozpoznaniu zarzutów zawartych w odwołaniu stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp, ponieważ przystępujący nie złożył nieprawdziwych informacji w zakresie wiedzy i doświadczenia zawodowego posiadanego przez Pawła Cezarego S., na którego wiedzy i doświadczeniu miał polegać wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jednakże zamawiający winien był wykluczyć Atlant z uwagi na fakt nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia opisanego w siwz w pkt. 7.2.2.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty

odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł w oparciu o przedłożoną na rozprawie kopię faktury VAT. Izba uwzględniła także koszty zamawiającego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł oraz koszty dojazdu w kwocie 501,48 zł na posiedzenie w oparciu o przedłożony na rozprawie rachunek.

Przewodniczący: