

**WYROK**  
**z dnia 20 stycznia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "TREBOR" Robert W., Zakład Usług Leśnych "ACER" Dawid W., Usługi Leśne s.c Wiesław K., Józef R. z siedzibą dla lidera konsorcjum Szczeka 97, 28-236 Rytwiany** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Staszów,** ul. **Ogłędowska 4, 28-200 Staszów.**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie;**

2. K.ztami postępowania obciąża Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "TREBOR Robert W., Zakład Usług Leśnych "ACER" Dawid W., Usługi Leśne s.c Wiesław K., Józef R. z siedzibą dla lidera konsorcjum Szczeka 97, 28-236 Rytwiany i:

2.1. zalicza w poczet K.ztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "TREBOR Robert W., Zakład Usług Leśnych "ACER" Dawid W., Usługi Leśne s.c Wiesław K., Józef R., z siedzibą dla lidera Szczeka 97, 28-236 Rytwiany wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "TREBOR Robert W., Zakład Usług Leśnych "ACER" Dawid W., Usługi Leśne s.c Wiesław K., Józef R. z siedzibą dla lidera Szczeka 97, 28-236 Rytwiany na rzecz Skarbu Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Staszów, ul. Oględowska 4, 28-200 Staszów kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą K.zty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Kielcach**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Skarb Państwa, Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Staszów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są usługi leśne na lata 2014-2016. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 listopada 2013 roku pod poz. 2013/S 228-396535. Zamówienie zostało podzielone na 8 zadań (części).

W dniu 30 grudnia 2013 roku odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "TREBOR" Robert W., Zakład Usług Leśnych "ACER" Dawid W., Usługi Leśne s.c Wiesław K., Józef R., wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 zamówienia oraz zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego w części nr 2.

Odwołujący wskazał na naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem fundamentalnej zasady dotyczącej równego traktowania, wykonawców, którego wybór winien być zgodny z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych.
2. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez niezgodny z zapisami rozdziału 13 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wybór oferty najkorzystniejszej.
3. art. 91 ust.1 Pzp w związku z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przyjętych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunkami uprawniającymi do ubiegania się o zamówienie publiczne pozbawiając prawa do uznania oferty Odwołującego za ofertę najkorzystniejszą w części dla zadania Nr 2.
- 4.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania.
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - Konsorcjum Usługi Leśne ATUT C. Zbigniew, Huta Komorowska 61 „A”, 36 - 110 Majdan Królewski, Usługi Leśne Rafał B. Sydzyna 18, 28 - 236 Rytwiany, pomimo tego, że nie była to oferta najkorzystniejsza.
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez wybór oferty Odwołującego w oparciu o art. 91 ust. 1 Pzp
4. obciążenie Zamawiającego K.ztami postępowania odwoławczego.

Nie zgadzając się z punktacją przyznaną ofercie wybranej - konsorcjum Usługi Leśne ATUT C. Zbigniew, Usługi Leśne Rafał B. w kryterium oceny ofert – dysponowanie potencjałem kadrowym zatrudnionym na umowę o pracę, odwołujący podniósł, że ustawodawca w art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 ustawy PZP). Trybunał Sprawiedliwości w swoim orzecznictwie podkreśla, iż swoboda kształtowania przez zamawiającego pozacenowych kryteriów oceny ofert jest ograniczona jedynie z uwagi na przedmiot zamówienia oraz ogólną zasadę rządzącą zamówieniami publicznymi a wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, to jest zasadę przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (wyrok TS z dnia 18 października 2001, sprawa C-19/00). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający opisał kryteria oraz opracował wzór - załącznik nr 4- zawierający najistotniejszy w przedmiotowej sprawie, zapis - bez powtarzania osób, jednoznacznie wskazując na sposób wykazania warunku oraz kryterium. W pozostałych zapisach SIWZ, czy też ogłoszenia nie zawarto żadnych innych wskazówek odnoszących się do sposobu oceny w kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Sam dokument - wzór załącznika nr 4 - umożliwia jego wypełnienie tylko i wyłącznie w jeden sposób - w pierwszej części Wykonawcy winni wskazać osoby wymagane na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, w drugiej części Wykonawcy winni wskazać osoby przedstawiane celem oceny w kryterium oceny ofert. Sposób wypełnienia owego Wykazu był również przedmiotem analizy i zapytań Wykonawców oraz wyjaśnień Zamawiającego w trakcie zorganizowanego, w trybie art. 38 ust. 3 Pzp zebrania wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na dowód czego odwołujący wskazał na informację przekazaną pocztą elektroniczną w dniu 24 grudnia 2013 przez Nadleśnictwo Staszów (p. Joanna D.). Istotnym jest, iż kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej zostały dookreślone odrębnie od warunków udziału w postępowaniu (w treści załącznika nr 4). Tym samym, jak zauważa ETS w wyroku z dnia 24 stycznia 2008 r. (sprawa C-532/06) chodzi tu o kryteria dotyczące odpowiedniości oferentów w zakresie wykonania zamówienia, nie mające w związku z tym charakteru kryteriów udzielenia zamówienia. Analizując dokumenty przetargowe, w szczególności załącznik nr 4 pt. Wykaz osób, możemy jednoznacznie stwierdzić, iż w tym przypadku rozdzielone zostały warunki udziału w postępowaniu od kryteriów oceny oferty najkorzystniejszej. Wartym podkreślenia jest zapis zawarty w załączniku - bez powtarzania osób - odnoszący się zgodnie z dyspozycją Zamawiającego właśnie do treści wykazu (całego wykazu, nie zaś jakiejś jego części). Wyjaśnienia udzielane wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na pytania każdego z nich w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią zarówno rodzaj wykładni autentycznej wiążącej

zamawiającego i uczestników przetargu; stanowią też rodzaj zmiany, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego zmodyfikowania SIWZ. (wyrok SO w Warszawie z dnia 18 grudnia 2002 r. sygn. akt: V Ca 1311/02). Taką wykładnię prezentowała do tej pory również KIO, wskazując, że: zmiany siwz, w tym w postaci wyjaśnień, wiążą i zamawiającego, i wykonawców, a wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wobec zastosowania się do wyjaśnień zamawiającego (wyrok KIO z 10 maja 2010 r., KIO/UZP 687/10); przekazując wyjaśnienia do siwz (również w trakcie zebrania), zamawiający nie musi wyraźnie stwierdzić, że w powyższym zakresie dokonuje ich zmiany, ponieważ wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do siwz są wiążące dla wykonawców i stanowią ze swojej istoty uzupełnienie treści siwz, które wykonawcy muszą brać pod uwagę, sporządzając ofertę (wyrok KIO z 12 maja 2010 r., KIO/UZP 729/10). Udzielając wyjaśnień, zamawiający nie musi za każdym razem pisać, że w danym zakresie modyfikuje postanowienia specyfikacji, gdyż i bez takich formuł wykonawcy i zamawiający muszą się stosować do wyjaśnień (wyrok KIO z 2 czerwca 2010 r., KIO/UZP 917/10). Wydaje się zatem, że przekazanie wyjaśnień przez Zamawiającego czyni je powszechnie obowiązującymi dla wykonawców przygotowujących oferty. W świetle powyższego, niezrozumiałym jest, zdaniem odwołującego, sposób dokonania oceny oferty konsorcjum firm Usługi Leśne ATUT C. Zbigniew, Usługi Leśne Rafał B. Sydzyna całkowicie odmienny od ustalonej w trakcie postępowania zasady oceny oferty w kryterium - dysponowania potencjałem kadrowym zatrudnionym na umowę o pracę. Konsorcjum firm Usługi Leśne ATUT C. Zbigniew, Usługi Leśne Rafał B. w przedmiotowym kryterium winno uzyskać 5 pkt. Konsekwentnie wartość punktowa oferty wynosi 95 pkt. (kryterium cena - 80 pkt., kryterium dysponowanie ciągnikami do zrywki - 10 pkt., kryterium dysponowanie potencjałem kadrowym zatrudnionym na umowę o pracę - 5 pkt.). Natomiast oferta Odwołującego uzyskała (zgodnie z oceną Zamawiającego) wynik 98,45 pkt. (w tym kryterium cena - 78,45 pkt., kryterium dysponowanie ciągnikami do zrywki - 10 pkt., kryterium dysponowanie potencjałem kadrowym zatrudnionym na umowę o pracę - 10 pkt.). Reasumując za ofertę najkorzystniejszą Zamawiający winien uznać ofertę Odwołującego.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:**

W rozdziale 5 siwz Zamawiający podał, że w przypadku wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia na części 1-5, zamawiający uzna warunek za spełniony, gdy wykonawca wykaże, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym co najmniej 6 osobami posiadającymi uprawnienia pilarza, 1 osobą, która posiada wykształcenie minimum średnie leśne jako nadzór merytoryczny i organizacyjny ze strony wykonawcy nad wykonawstwem usług. Celem potwierdzenia spełniania tego warunku wykonawcy winni złożyć wraz z ofertą Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia przy wykorzystaniu załącznika nr 4, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia (...).

W rozdziale 13 siwz Zamawiający podał, że przy wyborze oferty na każdą z części zamówienia będzie kierował się następującymi kryteriami:

1. cena – 80%,
2. dysponowanie ciągnikami do zrywki – 10 pkt,
3. dysponowanie potencjałem kadrowym zatrudnionym na umowę o pracę – 10 pkt.

W ramach kryterium dysponowanie potencjałem kadrowym zatrudnionym na umowę o pracę zamawiający opisał następujący sposób oceny:

- więcej niż 9 pilarzy i więcej niż 6 robotników na każdą część zamówienia, na którą wykonawca składa ofertę 10 pkt.
- 9 pilarzy oraz 6 robotników na każdą część zamówienia, na którą wykonawca składa ofertę 5 pkt.

Ocena punktowa miała być dokonana na podstawie danych zawartych w "wykazie osób" sporządzonym według załącznika nr 4 do SIWZ.

Na część 2 zamówienia wpłynęły dwie oferty. Oferta wybrana - Konsorcjum firm Usługi Leśne ATUT C. Zbigniew, Usługi Leśne Rafał B. uzyskała łącznie 100 pkt., w tym w kryterium cena 80 pkt, kryterium dysponowanie ciągnikami do zrywki 10 pkt, kryterium dysponowanie potencjałem kadrowym 10 pkt. Oferta odwołującego uzyskała łącznie 98,45 pkt., w tym cena 78,45 pkt, dysponowanie ciągnikami do zrywki 10 pkt., dysponowanie potencjałem kadrowym 10 pkt.

**Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:**

**Odwołanie podlega oddaleniu.**

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, ponadto na skutek działań zamawiającego może doznać uszczerbku w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Istota sporu między stronami sprowadza się do sposobu oceny ofert w kryterium dysponowanie potencjałem kadrowym zatrudnionym na umowę o pracę i ocenie czy dla przyznania punktacji w tym kryterium dopuszczalnym było przyjęcie łącznej ilości osób wykazanych w części dotyczącej spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz w części dotyczącej kryterium oceny ofert, co w konsekwencji spowodowało przyznanie w tym kryterium 10 pkt ofercie złożonej przez Konsorcjum firm Usługi Leśne ATUT C. Zbigniew, Usługi Leśne Rafał B..

Zadaniem Izby sposób oceny ofert i przyznana przez zamawiającego punktacja w kryterium dysponowanie potencjałem kadrowym zatrudnionym na umowę o pracę jest zgodna z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącymi opisu sposobu oceny tego kryterium. Zamawiający przyjął bowiem, że w przypadku wykazania, że wykonawca zatrudniać będzie na umowę o pracę więcej niż 9 pilarzy i więcej niż 6 robotników na każdą część zamówienia, na którą wykonawca składa ofertę, przyzna tej ofercie 10 pkt. W przypadku zaś wykazania, że wykonawca zatrudniać będzie na umowę o pracę 9 pilarzy oraz 6 robotników na każdą część zamówienia, na którą wykonawca składa ofertę, przyzna ofercie 5 pkt. Sytuacja, w której wykonawca wykazał, że będzie zatrudniał na umowę o pracę mniej niż 9 pilarzy i mniej niż 6 robotników skutkowałą brakiem przyznania punktów w kryterium dysponowanie potencjałem kadrowym zatrudnionym na umowę o pracę.

Z literalnego brzmienia postanowień dotyczących opisu sposobu oceny i przyznania punktacji w tym kryterium, wynika niewątpliwie, że celem uzyskania 10 pkt w kryterium dysponowanie potencjałem kadrowym zatrudnionym na umowę o pracę należało wykazać, że wykonawca zatrudniać będzie na umowę o pracę więcej niż 9 pilarzy oraz więcej niż 6 robotników. Podkreślić należy, że zamawiający nie poczynił żadnego zastrzeżenia, że osoby wykazane celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu zatrudnione na umowę o pracę nie będą czy nie mogą być wliczone do ilości osób wykazanych celem uzyskania punktacji w kryterium dysponowanie potencjałem kadrowym zatrudnionym na umowę o pracę. Zamawiający nie określił w kryterium dysponowanie potencjałem kadrowym zatrudnionym na umowę o pracę, że dodatkowa punktacja będzie przyznawana wyłącznie w

przypadku wykazania określonej ilości osób ponad minimum wymagane w warunku udziału w postępowaniu. Odmienne zastrzeżenie poczynił w drugim pozacenowym kryterium oceny ofert - dysponowanie własnymi ciągnikami do zrywki, gdzie przez użycie sformułowania „więcej niż wymagane minimum” wskazał, że punktacja przyznana będzie za ilość ciągników własnych ponad ilości wymaganą w warunkach minimalnych.

Istotnie załącznik nr 4 „wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia” wprowadził rozróżnienie na warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria, ale sama forma załącznika nie może świadczyć o sposobie oceny ofert w danym kryterium, który to sposób został w sposób jasny opisany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Sformułowanie, jakie zamawiający zamieścił w załączniku nr 4 o treści: „bez powtarzania osób” należy, zdaniem Izby odnosić do całego wykazu i dotyczy ono zakazu powtarzania tych samych osób w przypadku składania oferty na więcej niż jedną część zamówienia. Uwagę tą można rozumieć także jako brak konieczności powtarzania osób w części załącznika nr 4 dotyczącego warunków udziału i części dotyczącej kryterium.

Odwołujący w toku rozprawy przyznał, że w zakresie sposobu oceny ofert w kryterium dysponowanie potencjałem kadrowym a także sposobu wypełnienia załącznika nr 4 zamawiający nie udzielał w toku postępowania o zamówienie publiczne żadnych pisemnych wyjaśnień w trybie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp. Okoliczność ta powoduje, że argumentacja odwołującego zawarta w treści odwołania dotycząca udzielonych przez zamawiającego w toku postępowania wyjaśnień i konsekwencji z tym związanych jest bezprzedmiotowa. W oparciu o wyjaśnienia stron złożone do protokołu rozprawy uznać także należy, że spotkanie z przedstawicielami Zakładów Usług Leśnych, które odbyło się w dniu 27 listopada 2013 roku nie miało charakteru zebrania wszystkich wykonawców, zwołanego w trybie art. 38 ust. 3 ustawy Pzp. Niezależnie do charakteru spotkania, jakie odbyło się w Nadleśnictwie Staszów, wskazać należy, że odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, że w jego toku zamawiający udzielał wiążących wyjaśnień dotyczących sposobu oceny w kryterium dysponowanie potencjałem kadrowym czy sposobu wypełnienia załącznika nr 4. Okoliczność ta z całą pewnością nie wynika ze złożonego przez odwołującego wydruku prezentacji, jaka została przedstawiona w toku spotkania dnia 17 listopada 2013 roku. Przeciwnie, z notatki z dnia 28 listopada 2013 roku sporządzonej przez zamawiającego, załączonej do odpowiedzi na odwołanie wynika, że w toku spotkania kwestia dotycząca sposobu wypełnienia załącznika nr 4 oraz oceny ofert w kryterium dysponowanie potencjałem kadrowym, nie była poruszana.

Izba uznała także, że powoływanie się przez odwołującego na odmienne rozumienie przez zamawiającego sposobu oceny ofert w kryterium dysponowanie potencjałem kadrowym w prowadzonych w latach ubiegłych postępowaniach na usługi leśne pozostaje bez znaczenia



dla oceny prawidłowości przyznanej punktacji w analizowanym postępowaniu o zamówienie publiczne.

Reasumując, skoro wykonawca Konsorcjum firm Usługi Leśne ATUT C. Zbigniew, Usługi Leśne Rafał B. wykazał w załączniku nr 4, że będzie zatrudniał na umowę o pracę 10 pilarzy, 1 osobę posiadającą wykształcenie średnie leśne jako nadzór merytoryczny i organizacyjny oraz 7 robotników leśnych, to tym samym potwierdził zarówno spełnienie warunku udziału w postępowaniu, opisanego w rozdziale 5 siwz jaki i spełnienie niezbędnych wymagań celem uzyskania 10 pkt w kryterium dysponowanie potencjałem kadrowym zatrudnionym na umowę na pracę.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O K.ztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów K.ztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....