

Sygn. akt: KIO 36/12

Sygn. akt: KIO 46/12

## WYROK

z dnia 17 stycznia 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2012 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 5 stycznia 2012 roku przez wykonawcę **Daniela Grzelaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Daniel Grzelak F.H.U.P. „MICHLAS”, 72-200 Nowogard, Czernica 4**
- B. w dniu 7 stycznia 2012 roku przez wykonawcę **Jana Żebielowicza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Jan Żebielowicz Zakład Usługowo – Transportowy, 72-113 Krępsko, ul. Leśna 3**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Goleniów, 72-100 Goleniów, ul. Parkowa 1**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Jana Żebielowicza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Jan Żebielowicz Zakład Usługowo – Transportowy, 72-113 Krępsko, ul. Leśna 3** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 36/12 po stronie Zamawiającego
- B. wykonawcy **Daniela Grzelaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Daniel Grzelak F.H.U.P. „MICHLAS”, 72-200 Nowogard, Czernica 4** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 46/12 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1.
  - A. uwzględni odwołanie o sygn. akt KIO 36/12 i nakazuje unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w części 7 zamówienia – pakiet 7 i powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym pakiecie, z uwzględnieniem okoliczności wynikających z uzasadnienia wyroku
  - B. oddała odwołanie o sygn. akt KIO 46/12
2. kosztami postępowania obciąża
  - A. **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Goleniów, 72-100 Goleniów, ul. Parkowa 1** (odwołanie o sygn. akt KIO 36/12)
  - B. **Jana Żebielowicza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Jan Żebielowicz Zakład Usługowo – Transportowy, 72-113 Krępsko, ul. Leśna 3** (odwołanie o sygn. akt KIO 46/12) i:
    - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Daniela Grzelaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Daniel Grzelak F.H.U.P. „MICHLAS”, 72-200 Nowogard, Czernica 4** i **Jana Żebielowicza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Jan Żebielowicz Zakład Usługowo – Transportowy, 72-113 Krępsko, ul. Leśna 3** tytułem wpisów od odwołań,
    - 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasów Państwowych Nadleśnictwa Goleniów, 72-100 Goleniów, ul. Parkowa 1** na rzecz **Daniela Grzelaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Daniel Grzelak F.H.U.P. „MICHLAS”, 72-200 Nowogard, Czernica 4** 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 **Jana Żebielowicza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Jan Żebielowicz Zakład Usługowo – Transportowy, 72-113 Krępsko, ul. Leśna 3** na rzecz **Skarbu Państwa Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasów Państwowych Nadleśnictwa Goleniów, 72-100 Goleniów, ul. Parkowa 1** kwotę **4 307 zł 72 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta siedem złotych siedemdziesiąt dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed KIO.

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 **Szczecinie**.

**Przewodniczący:**

Sygn. akt: KIO 36/12

KIO 46/12

## Uzasadnienie

KIO 36/12

W dniu 5 grudnia 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwana dalej „ustawą Pzp” odwołanie złożył wykonawca **Daniel Grzelak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Daniel Grzelak F.H.U.P. „MICHLAS” z siedzibą w Nowogardzie.**

Postępowanie prowadzone jest przez **Zamawiającego Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Goleniów** w trybie przetargu nieograniczonego na *„Usługi z zakresu gospodarki leśnej i szkółkarskiej w Nadleśnictwie Goleniów w 2012 roku w części Pakiet Nr 7 - Wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej w Leśnictwie Niewiadowo”*

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1, art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez:

1. wybór w części zamówienia - Pakiet nr 7 jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Jana Żebielowicza Zakład Usługowo Transportowy pomimo tego, że nie była to oferta najkorzystniejsza;
2. zaniechanie wyboru w części zamówienia Pakiet nr 7 jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego Daniela Grzelaka F.H.U.P. „MICHLAS”;
3. zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących kwalifikacji Krzysztofa J. co uznać należy za niedochowanie należytej staranności przy ocenie ofert a co spowodowało nieuwzględnienie go w ramach kryterium oceny ofert – „Potencjał ludzki”, a w konsekwencji błędnej oceny złożonych ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że złożył ofertę na część zamówienia - Pakiet nr 7 Wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej w Leśnictwie Niewiadowo. Zgodnie z pkt 17.5, 17.6, 17.7 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający miał stosować kryteria oceny ofert składające się z 95 % ceny usługi i 5 % potencjału ludzkiego. W kryterium „potencjał ludzki” oceniana była liczba osób zatrudnionych przez wykonawcę w ramach umowy o pracę z wykształceniem leśnym, za które to wykształcenie uznano wyższe studia o kierunku leśnictwo, wykształcenie średnie o kierunku leśnictwo, studium zawodowe świadczenia usług na rzecz leśnictwa. Ocena punktowa według kryterium „potencjał ludzki” miała zostać

dokonana na podstawie danych zawartych w „Wykazie osób” sporządzonym według załącznika nr 5 do SIWZ.

Jak wynika z przesłanego przez Zamawiającego powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty na Pakiet nr 7 złożono dwie oferty: Odwołującego oraz Jana Żebielowicza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo - Transportowy. Obie oferty otrzymały jedynie ocenę za kryterium „cena usługi” odpowiednio: 93.51 % i 95.00 %. Żadna z ofert nie otrzymała natomiast punktów za kryterium „potencjał ludzki”.

Odwołujący podnosi, że w załączniku nr 5 do SIWZ - Wykaz osób pod pozycją 5 wskazał Krzysztofa J. oraz załączył Zaświadczenie Nr 31/98 wydane przez Regionalną Dyрекcję Lasów Państwowych w Krośnie. Zaświadczenie to wydane zostało na podstawie zarządzenia nr 10 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych z dnia 17 marca 1998 roku w sprawie praktyk zawodowych absolwentów wyższych i średnich szkół w jednostkach organizacyjnych Lasów Państwowych oraz Decyzji nr 2 Dyrektora Regionalnej Dyrektcji Lasów Państwowych w Krośnie z dnia 01 kwietnia 1998 roku w sprawie powołania Komisji egzaminacyjnej w RDLP Krosno i zaświadcza, że Pan Krzysztof J. zdał w dniu 22 maja 1973 roku egzamin i spełnia warunki określone w § 4 ust. 1 zarządzenia Ministra Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa z dnia 14 marca 1995 roku w sprawie stanowisk, wymagań kwalifikacyjnych, zasad wynagradzania i stopni zawodowych Służby Leśnej (M.P. nr 15, poz. 179).

Złożony przez Odwołującego „wykaz osób” oraz wskazane zaświadczenie, a także oświadczenie o posiadanych uprawnieniach (Załącznik Nr 7 do SIWZ) wskazują na to, że Pan Krzysztof J. posiada wykształcenie leśne o kierunku leśnictwo, a zatem skutkować winno przyznaniem dodatkowych punktów w ramach kryterium „potencjał ludzki”. W przypadku wątpliwości Zamawiającego winien skorzystać z uprawnienia określonego w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i zażądać od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści oferty. Odwołujący powołał się na stanowisko doktryny i orzecznictwo KIO. Zatem Zamawiający w sposób wadliwy ocenił ofertę Odwołującego nie uwzględniając kwalifikacji Pana Krzysztofa J. jako wykształcenia leśnego. W przypadku natomiast uwzględnienia jego wykształcenia i ujęcia go w kryterium oceny - „potencjał ludzki” oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą i mogłaby otrzymać łącznie 98.31 punktów.

Odwołujący podnosi, że Pan Krzysztof J. jest zatrudniony u niego na podstawie umowy o pracę i posiada wykształcenie leśne. Ukończył bowiem Technikum Leśne im. prof. Jana Miklaszewskiego w Rzepinie i uzyskał tytuł - technik leśnik o specjalności gospodarka leśna. Wskazał, że pracownicze akta osobowe Krzysztofa J. zostaną przedstawione na rozprawie jako dowód w sprawie.

Działania Zamawiającego naruszają zatem przepisy ustawy Pzp w ten sposób, że przeprowadzone postępowanie naruszyło zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez niedochowanie należytej staranności przy ocenie ofert w stosunku do Odwołującego uniemożliwiając udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy tj. temu którego oferta na podstawie kryteriów określonych w SIWZ jest ofertą najkorzystniejszą. W przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący posiada interes w udzieleniu zamówienia. Wskazywane przez Odwołującego naruszenie prawa polegające na wyborze oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą powoduje szkodę u Odwołującego polegającą na niemożności realizacji zamówienia publicznego i uzyskaniu zysku w wyniku jego realizacji.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty jako najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Jana Żebielowicza Zakład Usługowo Transportowy w części zamówienia - Pakiet nr 7;
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została przesłana przez Zamawiającego w dniu 22 grudnia 2011 roku pocztą, a wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, a zatem odwołanie zostało wniesione w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dnia 4 stycznia 2012 roku z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust 5 ustawy Pzp.

W dniu 5 stycznia 2012 roku Zamawiający zawiadomił pozostałych uczestników postępowania o wniesieniu odwołania.

7 stycznia 2012 roku do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Jan Żebielowicz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Jan Żebielowicz Zakład Usługowo-Transportowy.

Wskazał, że ma interes prawny i faktyczny w uwzględnieniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, z uwagi na fakt uznania za najkorzystniejszą jego oferty.

**KIO 46/12**

W dniu 7 stycznia 2012 roku, na ESP, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca **Jan Żebielowicz**

**prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Jan Żebielowicz Zakład Usługowo-Transportowy z siedzibą w Krępku.**

Zamawiającego zarzucono naruszenie art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 65 § 1 Kodeksu Cywilnego. Naruszenie powyższych przepisów prawa nastąpiło między innymi poprzez:

1. zaniechanie przyznania punktów dla oferty Odwołującego w zakresie wynikającym z kryterium oceny ofert zapisanym w punkcie 17.6 ppkt 2 SIWZ, kryterium „potencjał ludzki” co powoduje, iż jego interes jest zagrożony z uwagi na możliwość nie podpisania ze umowy na zadanie będące przedmiotem odwołania;
2. prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej; a także zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów ewentualnego zastępstwa procesowego.

Odwołanie zostaje wniesione w terminie przewidzianym w art. 182 ustawy- Pzp. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 06.01.2012 roku w sposób umożliwiający zapoznanie się z odwołaniem przy zachowaniu terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Wpis uiszczono zgodnie z art. 187 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu wskazał, że jego oferta w części 7 postępowania uznana za najkorzystniejszą. Zamawiający w punkcie 17 SIWZ opisał dwa kryteria oceny ofert:

- a) cena - nadając temu kryterium wagę 95%
- b) potencjał ludzki - nadając temu kryterium wagę 5%.

Jak wynika z powiadomienia o wyporze oferty najkorzystniejszej żaden z wykonawców nie otrzymał punktów za kryterium „potencjał ludzki”. Odwołujący podnosi, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił ofertę Odwołującego, mianowicie zgodnie z zapisami SIWZ powinien ją ocenić zgodnie z pkt. 17.6 ppkt 2 SIWZ w zakresie liczby osób zatrudnionych przez wykonawcę w ramach umowy o pracę z wykształceniem leśnym (wyższe studia o kierunku leśnictwo, wykształcenie średnie o kierunku leśnictwo, studium zawodowe świadczenia usług na rzecz leśnictwa), w badanej ofercie. Ocena punktowa miała zostać dokonana na podstawie danych zawartych w „Wykazie osób” sporządzonym wg załącznika nr 5 do SIWZ.

Odwołującemu nie przyznano punktów za osobę, którą wskazał wykazie osób w poz. 7 - Żebielowicza Mariusza, posiadającego kwalifikacje „leśne”, jak to oczekiwał Zamawiający. Złożony przez Odwołującego wykaz osób w sposób oczekiwany przez Zamawiającego wyczerpuje przesłanki do przyznania punktów w kryterium „potencjał ludzki”. Odwołującemu nie przedstawiono uzasadnienia faktycznego powodu z jakiego nie przyznano punktów

w kryterium cena. Trudno więc polemizować z Zamawiającym skoro według Odwołującego jednoznacznie wynika z treści oferty, że spełnione są wszystkie zapisy umożliwiające przyznanie punktów dotyczących kryterium oceny ofert „potencjał ludzki”.

Zamawiający na podstawie złożonych dokumentów powinien przynajmniej mieć wątpliwości co do tego czy treść oferty Odwołującego nie zawiera oczekiwanych warunków z zakresu kryterium oceny ofert. Zgodnie z art. 14 Pzp Zamawiający powinien choćby kierując się art. 65 § 1 KC, na podstawie art. 87 ustawy Pzp przynajmniej zażądać wyjaśnień do złożonej oferty. Dzięki wyjaśnieniom Zamawiający mógł uniknąć błędów.

Odwołujący wskazał, że może przedstawić dokumenty potwierdzające, że oświadczenie złożone w ofercie dotyczące zatrudnianych osób spełnia oczekiwane warunki pozwalające przyznać punkty za „potencjał ludzki”, w tym dyplom ukończenia Akademii Rolniczej w Szczecinie wraz z informacjami o treści studiów, z których jednoznacznie wynika, iż pan Żebielowicz Mariusz posiada wykształcenie „leśne”; umowę o pracę z panem Żebielowiczem Mariuszem.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że na powyższe nieprawidłowości zwracał uwagę Zamawiającemu ale nie w formie odwołania, ponieważ w momencie wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej popełniony błąd przez Zamawiającego w zakresie zastosowania art. 91 ust 1 ustawy Pzp nie miał wpływu na wynik postępowania. W sytuacji jednak wniesienia odwołania przez firmę Daniel Grzelak, FH.UP „Michlas” i braku ze strony Zamawiającego zaistniała sytuacja może doprowadzić naruszenia interesów Odwołującego w zakresie możliwości podpisania umowy w postępowaniu.

Odwołujący podniósł dodatkowo, że naczelnym celem ustawy Pzp jest zapewnienie racjonalnego i sprawnego wydatkowania środków publicznych. Zasady oceny i interpretacji ofert nie przekreślają formalne i materialne przewidziane ustawą ograniczenia swobody umów, w szczególności wymóg pisemności oferty. Oznacza to zatem, że w przypadku wątpliwości co do treści czy znaczenia oświadczenia woli jest możliwą ich interpretacja i wyjaśnienie z uwzględnieniem innych okoliczności, niż sama treść czy oznaczenie dokumentu zawierającego oświadczenie woli. Tym samym przy ocenie skuteczności danego oświadczenia woli stosowane mogą być ogólne reguły wykładni oświadczeń woli nakazujące uwzględnienie zarówno zasad współżycia społecznego jak i kontekstu sytuacyjnego, w jakim oświadczenie jest składane Biorąc pod uwagę powyższe zasadnym jest zatem odwołanie się do zasad wynikających z przepisów prawa cywilnego (art. 14 ustawy Pzp).

Z treści oferty Odwołującego jednoznacznie wynika, że spełnia on warunki przyznania punktów w kryterium oceny ofert dotyczącym „potencjał ludzki”, odmiennie jak oferta firmy Daniel Grzelak, P.H.U.P. „Michlas”.



W dniu **9 stycznia 2012 roku** Zamawiający zawiadomił pozostałych uczestników postępowania o wniesieniu odwołania.

W dniu **13 stycznia 2012 roku**, po otrzymaniu wezwania w dniu 10 stycznia 2012 roku, do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca F.H.U.P Daniel Grzelak, wskazując, że w wyniku wniesionego odwołania oferta odwołującego, a nie oferta zgłaszającego przystąpienie może uzyskać większą liczbę punktów i być korzystniejsza w prowadzonym postępowaniu.

Kopie przystąpień zostały przekazane stronom postępowania.

Zamawiający nie przedłożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie wnosił o oddalenie obu odwołań. Pozostałe strony i uczestnicy postępowania podtrzymali stanowiska wyrażone pisemnie.

**Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, odwołań oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron i uczestników postępowania zaprezentowanych w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołania na rozprawę.

Nie uwzględniono wniosku Przystępującego w sprawie o sygn. akt KIO 46/12 o odrzucenie odwołania z powodu niedotrzymania terminu przekazania Zamawiającemu kopii odwołania. Izba zauważyła, iż domniemanie określone w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp oznacza, że przyjmuje się, iż Zamawiający mógł zapoznać się z kopią odwołania przed upływem terminu na wniesienie środka ochrony prawnej jeżeli przekazanie kopii odwołania nastąpiło za pomocą środków przekazu określonych w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, tj. za pomocą faksu lub drogą elektroniczną. W rozpoznawanym przypadku Odwołujący Jan Żebielowicz przekazał za pomocą e-maila kopię odwołania w przedostatnim dniu upływu terminu na wniesienie odwołania, tj. w dniu 6 stycznia 2012 roku. Jest to fakt bezsporny między stronami. Bezsporne jest także, że istotnie, dni 6 i 7 stycznia 2012 roku były dla Zamawiającego dniami wolnymi od pracy. Powyższe nie ma jednak wpływu na skuteczność przekazania kopii i obalenie domniemania z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Jeżeli bowiem przekazanie kopii odwołania nastąpiło za pomocą e-maila, to przyjąć należało, że Zamawiający przed upływem terminu na wniesienie odwołania mógł zapoznać się z jego treścią. Faktu przeciwnego Przystępujący nie wykazał i nie udowodnił.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że obaj Wykonawcy wnoszący odwołania posiadają interes w ich złożeniu. Środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania z drogi odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu i są w stanie wykazać szkodę lub możliwość jej poniesienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uznano, że interes Odwołujących w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniach przepisów ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poprawnego zbadania ofert i przyznanie punktów w kryterium oceny ofert określonym mianem „potencjału ludzkiego”. Tego rodzaju działanie Zamawiającego stanowiłoby naruszenie ustawy Pzp i mogłoby grozić powstaniem uszczerbku u Odwołujących w toku postępowania, skutkując utrudnieniem lub uniemożliwieniem uzyskania zamówienia wobec nieprzyznania odpowiedniej liczby punktów, która w tym momencie decydować będzie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Tym samym, wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

W rozdziale 7 SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu oceny spełniania tych warunków. W zakresie pakietu 7 wskazał, że wykonawca powinien dysponować (lub będzie dysponował) co najmniej 2 osobami z zaświadczeniem o odbyciu z wynikiem pozytywnym szkolenia uprawniającego do pracy z użyciem piłarki (§ 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 roku w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej). W ramach wymaganych dokumentów, zgodnie z rozdziałem 8 SIWZ, wykonawcy mieli przedłożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakres wykonywanych przez nich czynności oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami (według wzoru – załącznika nr 5 do SIWZ), a także oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wymienione w wykazie osób, posiadają wymagane uprawnienia (według wzoru – załącznika nr 7 do SIWZ).

Zgodnie z rozdziałem 17 – *Ocena ofert. Kryterium oceny ofert - Zamawiający* wyznaczył dwa kryteria oceny ofert, cenę i ocenę potencjału ludzkiego. W ramach kryterium cena podlegać ocenie miała cena łączna brutto podana w formularzu oferty sporządzonym według załącznika nr 1 do SIWZ. Wartość kryterium określono na 95%.

W kryterium potencjał ludzki oceniać miano liczbę osób zatrudnionych przez wykonawcę w ramach umowy o pracę z wykształceniem „leśnym” (wyższe studia o kierunku leśnictwo, wykształcenie średnie o kierunku leśnictwo, studium zawodowe świadczenia usług na rzecz leśnictwa). Ocena punktowa miała być dokonana na podstawie danych zawartych w „wykazie osób” sporządzonym według załącznika nr 5 do SIWZ. Wysokość kryterium określono na 5%.

Za najkorzystniejszą miała być uznana oferta, która uzyska największą liczbę punktów (cena usługi + potencjał ludzki = ilość punktów przyznanych ofercie). Ocena ofert była dokonywana oddzielnie dla każdej z części zamówienia.

W ofercie złożonej przez wykonawcę Jana Żebielowicza znajduje się wykaz osób liczący 7 pozycji, z którego wynika, że wykonawca dysponuje 4 osobami posiadającymi uprawnienia operatora pilarki, 2 osobami będącymi operatorami maszyn (jedna o wykształceniu zawodowym, jedna o wykształceniu średnim) oraz 1 osobą, która ukończyła Akademię Rolniczą – „Informatyka i doradztwo w technice rolniczej i leśnej” Wyższą Szkołę Zawodową Oeconomicus w Szczecinie i posiadającą zaświadczenie do stosowania środków ochrony roślin sprzętem mechanicznym, która w ramach zamówienia pełniła będzie funkcję doradcy na zasadzie umowy o współpracę.

W ofercie wykonawcy Daniela Grzelaka znajduje się wykaz osób liczący 5 pozycji, z którego wynika, że dysponuje on 4 osobami zatrudnionymi w ramach umowy o pracę posiadającymi uprawnienia operatora pilarki oraz jedną osobą – pracownikiem leśnym (także umowa o pracę), dla którego załączono zaświadczenie nr 31/98, z którego wynika, że na podstawie zarządzenia nr 10 Dyrektora Generalnego LP z dnia 17.03.1998r. w sprawie praktyk zawodowych absolwentów wyższych i średnich szkół w jednostkach organizacyjnych Lasów Państwowych oraz Decyzji nr 2 Dyrektora Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Krośnie z dnia 01.04.1998r. w sprawie powołania Komisji egzaminacyjnej w RDLP Krosno osoba ta zdała w dniu 29.06.1998r. egzamin i spełnia warunki określone w § 4 ust. 1 zarządzenia Ministra Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa z dnia 14.03.1995r w sprawie stanowisk, wymagań kwalifikacyjnych, zasad wynagradzania i stopni zawodowych Służby Leśnej /M.P. nr 15, poz. 179/.

Za najkorzystniejszą w pakiecie nr 7 została uznana oferta Jana Żebielowicza. Żadnemu z wykonawców nie przyznano punktów w ramach kryterium „potencjału ludzkiego”. Z tego też powodu obaj wykonawcy wnieśli odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

**Izba, odnosząc się do podniesionych w treści odwołań zarzutów, stwierdza, że:**

W zakresie przedstawionych i podlegających rozpatrzeniu zarzutów uznać należało, że odwołanie o sygn. akt KIO 36/12 zasługiwało na uwzględnienie, natomiast odwołanie o sygn. akt KIO 46/12 nie mogło zostać uwzględnione.

Bezspornym jest, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu oceniał oferty w ramach zakreślonych kryteriów biorąc pod uwagę cenę oferty i posiadanie określonego potencjału ludzkiego rozumianego jako dysponowanie pewną liczbą osób zatrudnionych przez wykonawcę w ramach umowy o pracę z wykształceniem „leśnym” (wyższe studia o kierunku leśnictwo, wykształcenie średnie o kierunku leśnictwo, studium zawodowe świadczenia usług na rzecz leśnictwa).

W świetle powyższego należy uznać, że Zamawiający w postępowaniu wymagał złożenia wykazu osób, który podlegał ocenie według przyjętego kryterium potencjału ludzkiego, przy czym rzeczą wykonawców było ów potencjał ludzki zróżnicować i przedstawić odpowiednio do ustanowionego przez Zamawiającego kryterium, tak aby uzyskać maksymalną liczbę punktów.

Wykonawcy wnoszący odwołania zawarli w złożonych ofertach różne pod względem merytorycznym informacje odnoszące się do posiadanego potencjału ludzkiego, opisane szczegółowo w stanie faktycznym sprawy, w zakresie ocenianym. W ocenie składu orzekającego informacje te nie były ze sobą tożsame lub nawet zbieżne, dlatego też musiały podlegać innej ocenie, czy to ze strony Izby, czy to ze strony Zamawiającego.

Zamawiający nie skorzystał z przysługującego mu prawa wyjaśnienia treści ofert w przypadku wątpliwości, uzasadniając swą decyzję stanowiskiem, że informacje, na podstawie których przyznawano punkty, nie stanowią treści oferty, więc art. 87 ustawy Pzp nie ma do nich zastosowania. Wyjaśnienie bądź uzupełnienie tych informacji nie było także możliwe w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp, ponieważ informacje te nie odnoszą się do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Co do zasady należy zgodzić się z twierdzeniem, że skorzystanie z dobrodziejstwa art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest po pierwsze uprawnieniem, nie zaś obowiązkiem Zamawiającego i odnosi się ono do wyjaśnienia informacji stanowiących treść oferty. Podkreślenia w tym miejscu także wymaga, że wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie może doprowadzić do zmiany oferty, musi mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji. Stosownie do przepisu art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp, niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści. Z przytoczonego

przepisu wynika zatem, iż brak jest możliwości zmiany treści oferty na podstawie złożonych wyjaśnień, chyba że zachodzą przesłanki wskazane w przepisie art. 87 ust. 1 a i ust. 2 ustawy Pzp. Stąd w ofercie musi znajdować się jakikolwiek punkt zaczepienia, który pozwoli uznać, że oferta zawiera wyjaśniane treści. Wyjaśnieniu podlegać może bowiem treść oferty – istniejące w niej informacje i w ramach tej treści wyjaśnienia powinny się zamykać. Nie będzie dopuszczalna sytuacja, że w ramach wyjaśnień udzielonych na podstawie art. 87 ust. 1 ustaw Pzp nastąpi zmiana treści oferty. Jak podkreśla się w orzecznictwie, Zamawiający nie powinien rezygnować z wyjaśnienia niejasnych części oferty z góry zakładając, iż na pewno zmienią one jej treść. Art. 87 ust. 1 zdanie 2. ustawy Prawo zamówień publicznych należy bowiem interpretować tak, iż dopiero ewentualne próby zmiany treści oferty (ceny, przedmiotu, warunków realizacji itp.) w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne/nieważne (tak: wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2009 r. w sprawie KIO/UZP-992/09).

Biorąc powyższe wywody natury ogólnej pod uwagę, stwierdzić należało, że charakter informacji zawartych w wykazie osób ocenianych w ramach kryterium „potencjału ludzkiego”, **w tym konkretnym postępowaniu**, jaki wynika z brzmienia SIWZ wskazuje, że stanowią one treść oferty wykonawcy w szerokim ujęciu znaczenia pojęcia „treści oferty”. Zatem możliwe było zastosowanie art. 87 ustawy Pzp w przypadku uzasadnionych wątpliwości odnośnie informacji zawartych w wykazie osób w złożonych ofertach.

Zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie Izby poglądem, treść SIWZ to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz Zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom Zamawiającego. Ich konfrontacja (opisu wymagań Zamawiającego do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ. Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania Zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na gruncie analizowanej sprawy, należy uznać, że przewidziane do oceny dysponowanie w SIWZ osobami o określonym wykształceniu stanowią element oferty wykonawcy w aspekcie materialnym, tj. deklarację wykonawcy (oświadczenie woli) co do

potencjału osobowego zaproponowanego w przedmiotowym postępowaniu, z którego przecież w momencie wykonywania zamówienia wykonawca będzie korzystał. Odpowiedni potencjał osobowy podlegał ocenie jakościowej przez Zamawiającego, przyznaniu odpowiedniej – wedle tej oceny – punktacji. Nie może zatem być podstawą do uznania, że wymagany i oceniany w postępowaniu potencjał osobowy nie stanowił treści oferty samo zamieszczenie tego wymagania w jednostce redakcyjnej SIWZ, która mówi kryteriach oceny ofert (Rozdział 17 specyfikacji). O charakterze wymaganego dokumentu decyduje bowiem jego treść, jego rzeczywiste znaczenie w postępowaniu, a nie umiejscowienie w ramach SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu za nieprawidłowe należało uznać stanowisko Zamawiającego, że elementów podlegających ocenie nie można uznać za elementy nie będące treścią oferty, ponieważ nie stanowią one treści przyszłego zobowiązania wykonawcy. W takim przypadku bowiem za nie stanowiącą treść oferty należałoby uznać cenę zaoferowaną przez wykonawcę za wykonanie usługi, a trudno byłoby przecież zgodzić się ze stanowiskiem, że cena nie jest treścią przyszłego zobowiązania wykonawcy warunkującego zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Także wykazanie dysponowania odpowiednim potencjałem osobowy, który wykorzystywany będzie w realizacji zamówienia publicznego uznać należało za informacje stanowiące treść oferty, które przy spełnieniu przesłanek z art. 87 ustawy Pzp podlegały wyjaśnieniu.

Dostrzeżenia dalej wymaga w rozpoznawanym przypadku różne ujęcie przez poszczególnych Odwołujących informacji zamieszczonych w wykazie osób, które determinowało brzmienie sentencji wyroku przy identyczności zarzutu podniesionego w obu odwołaniach.

O ile w przypadku Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 36/12 stwierdzić należy, że zasób informacji określonych złożonym wykazem osobowym i dokumentami podlegać może wyjaśnieniu w trybie art. 87 ustawy Pzp, o tyle, w przypadku Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 46/12 informacje zawarte w wykazie były jasne i nie wymagały wyjaśnień, nie spełniając jednocześnie przesłanki do przyznania dodatkowych punktów.

Nie ulega żadnej wątpliwości, że Odwołujący Daniel Grzelak (KIO 36/12) wskazał, że osoba wymieniona w wykazie w pozycji 5, którą dysponowanie pozwalało uzyskać dodatkowe punkty przy ocenie oferty jest zatrudniona u wykonawcy w ramach umowy o pracę. Wynika to wprost z oświadczenia wykonawcy, którym jest przedłożony wykaz osób. Powyższego nie kwestionuje także Zamawiający. Spełniony jest zatem jeden z warunków określonych w SIWZ.

Zauważyć jednakże trzeba, że wykonawca określił wykształcenie wskazanego pracownika mianem „pracownik leśny” i do informacji tej załączył stosowne zaświadczenie. O ile z wykazu nie wynika wprost jakie wykształcenie posiada dana osoba, o tyle dane zawarte w załączonym zaświadczeniu wskazują, że osoba ta posiada może posiadać wymagane wykształcenie o profilu leśnym. Fakt ten wykazano i udowodniono w toku rozprawy składając stosowne dokumenty w postaci odpisu ukończenia szkoły średniej, z którego wynika, że osoba ta może posługiwać się tytułem technik leśny. Możliwe jest wystąpienie do wykonawcy o wyjaśnienie sytuacji i uzyskanie takich danych, które pozwolą uzyskać mu dodatkowe punkty w ramach ustanowionego kryterium. W ofercie znajduje się jakikolwiek punkt zaczepienia, który pozwoli uznać, że oferta zawiera wyjaśniane treści. Z merytorycznego punktu widzenia nie jest istotne, z którego dokumentu oferty Zamawiający jest w stanie uzyskać istotne dla siebie informacje, gdyż kwestia ta odnosi się do formalnych jej aspektów. Miejsce i sposób wyrażenia określonej przez Zamawiającego i istotnej dla niego treści jest bez znaczenia z punktu widzenia oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Tylko bowiem brak określonych elementów oferty lub ich pojęciowa rozbieżność może stanowić o merytorycznej niezgodności.

W przypadku drugiego z Odwołujących, pana Jana Żebielowicza (KIO 46/12) zastosowanie art. 87 ustawy Pzp nie może mieć miejsca, ponieważ z oferty wynikają wszystkie dane, które podlegały ocenie, nie istnieje potrzeba wyjaśniania jakichkolwiek informacji.

Nie ulega wątpliwości, że wykonawca wpisał w rubrykę tabeli o podstawie dysponowania, że z osobą wymienioną w pozycji 7 łączy go umowa o współpracę. Jak powszechnie wiadomo umowa o współpracę nosi cechy umowy cywilnoprawnej i umową o pracę, której cechy określa kodeks pracy, nie jest. Nie przekonują wyjaśnienia wykonawcy złożone na rozprawie, że takie określenie (umowa o współpracę) wynikało z treści preambuły umowy, która w rzeczywistości jest umową o pracę. Zauważyć bowiem należy, że wykonawca nie miał wątpliwości w przypadku pozostałych osób wymienionych w wykazie, gdzie wpisał „umowa o pracę”. Złożenie właściwej umowy o pracę dla osoby wskazanej w pozycji 7 na rozprawie przed Izbą uznać należało za spóźnione. Prawidłowo postąpił Zamawiający nie wyjaśniając tych informacji w wykonawcą i nie przyznając mu dodatkowych punktów w ramach kryterium.

Podobnie sytuacja przedstawia się odnośnie wykazania odpowiedniego wykształcenia. Skoro bowiem wykonawca w wykazie osób w rubryce tabeli w zakresie wykształcenia i kwalifikacji wpisał „Akademia Rolnicza – „Informatyka i doradztwo w technice rolniczej i leśnej” Wyższa Szkoła Zawodowa Oeconomicus w Szczecinie i posiadanie zaświadczenia do stosowania środków ochrony roślin sprzętem mechanicznym”, natomiast

Zamawiający, w przypadku wykształcenia wyższego, wymagał wyższych studiów o kierunku leśnictwo, uznać należało, że wykonawca taki nie okazał się możliwością dysponowania osobą z niezbędnym wykształceniem, za co uzyskać można było dodatkowe punkty. Potwierdzają to także akty prawne złożone na rozprawie przez Zamawiającego, z których wynika, że leśnictwo i technika rolno-leśna są odrębnymi kierunkami studiów. Zamawiający nadużyłby przysługującego mu prawa, gdyby wezwał takiego wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Rzeczą wykonawców było odpowiedzieć na ogólne wymagania Zamawiającego, poprzez samodzielne zaproponowanie takich osób, czyniących zadość oczekiwaniom Zamawiającego, które następnie miały podlegać ocenie jakościowej Zamawiającego. Powyższemu Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 46/12 nie sprostał.

Powyższe okoliczności determinują wniosek, że zasadnym okazał się zarzut w ujęciu zaprezentowanym przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 36/12, natomiast za niezasadne uznano zarzuty zaprezentowane przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 46/12.

Tym samym wobec faktu stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ustawy Pzp w jednym z odwołań doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Mogło zatem dojść do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji na skutek wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W przedmiotowym stanie faktycznym została zatem wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

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

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



Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 36/12, sygn. akt: KIO 46/12 orzeczenie łączne.

**Przewodniczący:**