Sygn. akt: KIO 180/16

WYROK
z dnia 25 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2016 r. przez **wykonawcę M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „PPHU LASPOL" M. P. z siedzibą w Kniei** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: TAURON Dystrybucja S. A. z siedzibą w Będzinie**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części IV zamówienia, unieważnienie czynności oceny ofert w części IV zamówienia, powtórzenie czynności oceny ofert w tej części i nieprzyznanie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: T. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „TRAWTOM" T. K. oraz S. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kompleksowe Usługi Leśne S. T. z siedzibą w Jaworzu** Średnim, **w kryterium „posiadany potencjał" punktów za potencjał, który nie został w ofercie jednoznacznie przyporządkowany do tej części zamówienia;**
2. **W pozostałej części odwołanie oddala;**
3. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego: TAURON Dystrybucja S. A. z siedzibą w Będzinie** i:

---

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „PPHU LASPOL" M. P. z siedzibą w Kniei** tytułem wpisu od odwołania;
2) zasądza od **Zamawiającego: TAURON Dystrybucja S. A. z siedzibą w Będzinie** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy: M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „PPHU LASPOL" M. P. z siedzibą w Kniei,** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 180/16

Uzasadnienie

Zamawiający – TAURON Dystrybucja S. A. z siedzibą w Będzinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) (zwanej dalej również „ustawą Pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Wykonanie usługi serwisowej wycinki drzew,*

krzewów, podrostów i gałęzi w pasie czynnych linii elektroenergetycznych SN i WN na obszarze dziania TAURON Dystrybucja S. A. ".

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „PPHU LASPOL" M. P. z siedzibą w Kniei (zwany dalej „Odwołującym") w dniu 11 lutego 2016 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec nieprzyznania Odwołującemu maksymalnej punktacji w zakresie kryterium – „posiadany potencjał" (maksymalnie 10 pkt) oraz wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „TRAWTOM" T. K. oraz S. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Kompleksowe Usługi Leśne S. T. z siedzibą w Jaworzu Średnim do wyjaśnienia w zakresie załączonych do oferty wykazów, w sytuacji gdy żądanie wyjaśnień stanowiło negocjacje z wykonawcą , bowiem dało możliwość dokonywania przesunięć pomiędzy poszczególnymi zadaniami, co w konsekwencji umożliwiło wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: T. K. prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą „TRAWTOM" T. K. oraz S. T. prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Kompleksowe Usługi Leśne S. T. z siedzibą w Jaworzu Średnim zmianę treści oferty w sposób wpływający na ilość uzyskanych punktów w poszczególnych zadaniach, zarzucając naruszenie art. 7, 26 ust. 4, art. 87, art. 91 oraz art. 7 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 25 lutego 2016 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz oferty wykonawców: M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „PPHU LASPOL" M. P. z siedzibą w Kniei oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą

„TRAWTOM" T. K. oraz S. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Kompleksowe Usługi Leśne S. T. z siedzibą w Jaworzu Średnim, **jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 11 lutego 2016 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia – w terminie przewidzianym w ustawie – żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający – TAURON Dystrybucja S. A. z siedzibą w Będzinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „ustawą *Pzp"),* postępowania o udzielenie zamówienia pn: „Wykonanie *usługi serwisowej wycinki drzew, krzewów, podrostów i gałęzi w pasie czynnych linii elektroenergetycznych SN i WN na obszarze dziania TAURON Dystrybucja S. A.".* Przedmiot zamówienia został podzielony na 11 części.

/dokumentacja postępowania: Rozdział 2 „Przedmiot zamówienia", pkt „Opis przedmiotu zamówienia", ppkt 2.1.1., str. 6/

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ") zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Rozdział 3: „Warunki udziału Wykonawców w postępowaniu". Pkt 3.1 Warunki udziału w Postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Ppkt 3.1.1.:

O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ustawy Pzp oraz spełniają warunki o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp m. in. dotyczące:
Ppkt 3.1.1.3 „Dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia":
Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia, jeżeli:

3.1.1.3.1 Wykonawca wykaże, że dysponuje do realizacji każdej części postępowania oddzielnie, co najmniej 8 sztukami pilarek ręcznych oraz co najmniej 1 sztuką rębaka o minimalnej średnicy rozdrabnianego materiału wynoszącej 16 cm.

3.1.1.3.2 Wykonawca wykaże, że dysponuje do realizacji każdej części postępowania oddzielnie co najmniej 10 osobami, z czego co najmniej 4 osobami posiadającymi ważne świadectwo kwalifikacyjne „E" uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci w zakresie urządzeń, instalacji i sieci o napięciu znamionowym powyżej 1kV, mogących pełnić kierującego zespołem lub nadzorującego zgodnie z wymogami instrukcji Organizacji Bezpiecznej Pracy Przy Urządzeniach Energetycznych TAURON Dystrybucja S. A. oraz co najmniej 1 osobą posiadającą przeszkolenie z zagadnień prawnych, związanych z procesem wycinki drzew pod liniami elektroenergetycznymi.

W przypadku składania oferty na więcej niż jedną część Przedmiotu Zamówienia, ilość osób i sprzętu, którymi dysponuje Wykonawca musi być nie mniejsza suma określonych przez Zamawiającego sztuk sprzętu oraz ilość osób wymagana dla poszczególnych części Przedmiotu Zamówienia, na które Wykonawca składa ofertę.
/dokumentacja postępowania: Rozdział 3 „Warunki udziału Wykonawców w Postępowaniu", ppkt 3.1.1.3, 3.1.1.3.2., str. 8-9/

Rozdział 4 „Postępowanie", pkt 4.5 „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert", lit. C) Kryterium Kz: Posiadany potencjał. Waga kryterium – maksymalnie 10 pkt. Sposób oceny ofert dla Kryterium Posiadany potencjał:
- 1-4 osoby, arboryści (uprawnienia pilarza wraz z uprawnieniami do pracy na wysokości – praca na drzewach lub pokrewnymi) – 1 pkt;
- 5-8 osób, arborystów (uprawnienia pilarza wraz z uprawnieniami do pracy na wysokości – praca na drzewach lub pokrewnymi) – 2 pkt;
- powyżej 8 osób, arborystów (uprawnienia pilarza wraz z uprawnieniami do pracy na wysokości – praca na drzewach lub pokrewnymi) – 4 pkt;
- podnośnik montażowy – 3 pkt;

- ciężki sprzęt (t.j. kompletny ciągnik wraz rozdrabniaczami/ mulczer z narzędziami sztywnymi, harvester, inne maszyny pozwalające na usuwanie zadrzewienia pod liniami elektroenergetycznymi) – 3 pkt.
/dokumentacja postępowania: Rozdział 4 „Postępowanie", pkt 4.5., lit C), str. 23/

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w zakresie części 4 zamówienia oferty w niniejszym postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: T. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „TRAWTOM" T. K. oraz S. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kompleksowe Usługi Leśne S. T. z siedzibą w Jaworzu Średnim – kryterium cena: 84,74 pkt, kryterium doświadczenie: 5 pkt,

posiadany potencjał – arboryści – 1 pkt, podnośnik – 3 pkt, ciężki sprzęt: 3 pkt, razem: 96,74 pkt;

2. Wykonawca: M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „PPHU LASPOL" M. P. z siedzibą w Kniei - kryterium cena: 85 pkt, kryterium doświadczenie: 5 pkt, posiadany potencjał – arboryści – 0 pkt, podnośnik – 0 pkt, ciężki sprzęt: 0 pkt, razem: 90 pkt.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 1 lutego 2016 r./

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 16 grudnia 2015 r. wezwał wykonawcę M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „PPHU LASPOL" M. P. z siedzibą w Kniei w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie wykazania warunków udziału, gdyż w ofercie brakowało wymaganych dokumentów.
/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego z dnia 16 grudnia 2015 r./

Wykonawca M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „PPHU LASPOL" M. P. z siedzibą w Kniei złożył stosowne dokumenty w wymaganym przez Zamawiającego terminie.
/dokumentacja postępowania: Uzupełnienie dokumentów złożonych przez wykonawcę M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „PPHU LASPOL" M. P. z siedzibą w Kniei /

Analogicznie Zamawiający pismem z dnia 16 grudnia 2015 r. wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „TRAWTOM" T. K. oraz S. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Kompleksowe Usługi Leśne S. T. z siedzibą w Jaworzu Średnim w

trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do wyjaśnień w zakresie złożonych w ofercie wykazów dla zadania 4 oraz 10, z uwagi iż wykonawcy nie złożyli osobnych wykazów dla poszczególnych zadań (zadania nr 4 i 10).
/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego z dnia 16 grudnia 2015 r./

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: T. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „TRAWTOM" T. K. oraz S. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kompleksowe Usługi Leśne S. T. z siedzibą w Jaworzu Średnim złożyli osobne wykazy – odnoszące się do spełnianych warunków udziału oraz kryteriów oceny ofert – odrębnie dla zadania nr 4 oraz zadania nr 10.
/dokumentacja postępowania: Uzupełnienie dokumentów złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „TRAWTOM" T. K. oraz S. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Kompleksowe Usługi Leśne S. T. z siedzibą w Jaworzu Średnim./

Zamawiający w dniu 1 lutego 2016 r. (w zakresie zadania nr 4) dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „TRAWTOM" T. K. oraz S. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Kompleksowe Usługi Leśne S. T. z siedzibą w Jaworzu Średnim.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 1 lutego 2016 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „PPHU LASPOL" M. P. z siedzibą w Kniei wniósł odwołanie w dniu 11 lutego 2016 r.
/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „PPHU LASPOL" M. P. z siedzibą w Kniei z dnia 11 lutego 2016 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia

i stanowiska stron postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

7

Izba - oceniając zarzut dotyczący wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „TRAWTOM" T. K. oraz S. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Kompleksowe Usługi Leśne S. T. z siedzibą w Jaworzu Średnim do wyjaśnienia w zakresie załączonych do oferty wykazów, co w konsekwencji umożliwiło wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: T. K. prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą „TRAWTOM" T. K. oraz S. T. prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Kompleksowe Usługi Leśne S. T. z siedzibą w Jaworzu Średnim zmianę treści oferty w sposób wpływający na ilość uzyskanych punktów w poszczególnych zadaniach - uznała, że zarzut ten potwierdził się w zebranym przez Izbę materiale dowodowym.

W ocenie Izby zgodzić należy się z Zamawiającym, iż niemożliwym było przyznanie punktów Odwołującemu w zakresie kryterium „posiadany potencjał", gdyż dokumentów – na podstawie których Zamawiający uprawniony był do przyznania dodatkowej punktacji – nie zawierała oferta Odwołującego, a uzupełnienie na wezwanie Zamawiającego dotyczyć mogło – w świetle ustawy Pzp – tylko warunków udziału a nie treści oferty na podstawie której możliwa byłaby ocena takiej oferty. Jednocześnie Zamawiający nie był konsekwentny w swoich postępowaniach wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „TRAWTOM" T. K. oraz S. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kompleksowe Usługi Leśne S. T. z siedzibą w Jaworzu Średnim, gdyż wobec złożenia przez tych wykonawców wspólnych wykazów dla obu zadań nr 4 i 10 (w zakresie warunków i kryterium oceny ofert) – wbrew wymaganiom Zamawiającego postawionym w SIWZ – iż składane wykazy należało złożyć odrębnie na poszczególne zadania – wezwał wykonawcę do uzupełnienia i wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Wykonawcy uzupełnili dokumenty w zakresie spełnienia warunków oraz kryterium oceny ofert, w ten sposób, iż złożyli odrębne wykazy dla zadania nr 4 i 10. W ocenie Izby Zamawiający – w zakresie kryterium oceny ofert – uzupełnione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „TRAWTOM" T. K. oraz S. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kompleksowe Usługi Leśne S. T. z siedzibą w Jaworzu Średnim rozdzielone (w wyniku wezwania) wykazy dla zadania nr 4 i 10 – nie powinien brać pod uwagę i punktować, gdyż owe uzupełnione wykazy – w zakresie kryterium oceny ofert mogły doprowadzić do pewnych przesunięć posiadanego potencjału i doprowadzić do manipulacji pomiędzy poszczególnymi zadaniami w przyznawanej punktacji, co w konsekwencji doprowadziło do zmiany treści złożonej oferty – w kryterium oceny ofert. Uzupełnienie ww. wykonawców – w kryterium oceny ofert – było niemożliwe, gdyż jak wskazał sam Zamawiający – oceniając ofertę Odwołującego – wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy

8

Pzp mogło dotyczyć tylko spełniania warunków udziału, nie zaś części dotyczącej treści złożonej oferty. W ocenie Izby Zamawiający uznając uzupełnienie ww. konsorcjum, jednocześnie nie uznając uzupełnienia Odwołującego – w kryterium oceny ofert – złamał zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że sytuacja wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „TRAWTOM" T. K. oraz S. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kompleksowe Usługi Leśne S. T. z siedzibą w Jaworzu Średnim wobec złożenia w ofercie wykazów – niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego – była odmienna od sytuacji Odwołującego. Zamawiający co do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „TRAWTOM" T. K. oraz S. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kompleksowe Usługi Leśne S. T. z siedzibą w Jaworzu Średnim analogicznie jak w przypadku Odwołującego – wobec niezastosowania się do wymogów SIWZ i konieczności rozdzielenia złożonych wykazów – w kryterium oceny ofert nie powinien wykonawcom tym przyznawać punktacji w kryterium „posiadany potencjał" (7 pkt), która to

punktacja odnosiła się do treści złożonej oferty, nie zaś warunków udziału w postępowaniu.

W konsekwencji wobec potwierdzenia się zarzutu dotyczącego bezpodstawnego wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „TRAWTOM" T. K. oraz S. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Kompleksowe Usługi Leśne S. T. z siedzibą w Jaworzu Średnim do wyjaśnień i złożenia osobnych wykazów dla poszczególnych części zamówienia (4 i 10) w zakresie kryterium oceny ofert - Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części IV zamówienia, unieważnienia czynności oceny ofert w części IV zamówienia, powtórzenie czynności oceny ofert w tej części i nieprzyznanie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: T. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „TRAWTOM" T. K. oraz S. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Kompleksowe Usługi Leśne S. T. z siedzibą w Jaworzu Średnim, w kryterium „posiadany potencjał" punktów za potencjał, który nie został w ofercie jednoznacznie przyporządkowany do tej części zamówienia.

Wobec niepotwierdzenia się zarzutu dotyczącego nieprzyznania dodatkowej punktacji Odwołującemu w kryterium „posiadany potencjał" w tej części Izba oddaliła odwołanie.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich

rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w szczególności § 3 ust. 1 pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia.