

POSTANOWIENIE

z dnia 12 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron - w dniu **12 marca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 marca 2015 r.** przez **K. K.** prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą **Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K., pl. Solidarności 1/3/5 lok. 232, 53-661 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Urząd Pracy w Opolu, ul. Głogowska 25c, 45-315 Opole**,

- A. zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca - **Instytut Badawczo-Szkoleniowy Sp. z o.o. ul. Artyleryjska 3k, 10-165 Olsztyn**,

orzeka:

1. **Odrzuca odwołanie**,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **K. K.** prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą **Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K., pl. Solidarności 1/3/5 lok. 232, 53-661 Wrocław**,
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **K. K.** prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą **Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K., pl. Solidarności 1/3/5 lok. 232, 53-661 Wrocław**, tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonanie usługi działań aktywizacyjnych mających na celu podjęcie i utrzymanie przez osoby długotrwale bezrobotne odpowiedniej pracy lub działalności gospodarczej”, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr: 2013/S 240-422418 z dnia 12.12.2014 r., w dniu 2 marca 2015 r. zostało złożone w formie elektronicznej odwołanie przez K. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K. z siedzibą we Wrocławiu, w kopii przekazane faksem zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołanie zostało wniesione wobec podjętych czynności zamawiającego - Wojewódzkiego Urzędu Pracy w Opolu, o których to czynnościach odwołujący dowiedział się z wiadomości zamawiającego przekazanej drogą elektroniczną w dniu 19 lutego 2015 r., polegających na wyborze oferty wykonawcy Instytut Badawczo-Szkoleniowy Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej zwanej „ustawą Pzp”, tj.:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem postanowień SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, przez co została zaniżona punktacja przyznana ofercie odwołującego i zawyżona punktacja wykonawcy Instytut Badawczo-Szkoleniowy Sp. z o.o., co w konsekwencji stanowi naruszenie zasady równego traktowania,
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niewezwanie odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w sytuacji kiedy zamawiający miał wątpliwości co do jej treści.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu :

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności oceny ofert;
3. dokonania ponownej czynności oceny ofert w sposób zgodny z postanowieniami SIWZ z uwzględnieniem punktacji wynikającej z uzasadnienia odwołania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że w wyniku analizy otrzymanych od zamawiającego dokumentów z oceny ofert przez Komisję Przetargową; dalej w skrócie KP, powziął wątpliwość, czy ocena ofert przez członków KP została dokonana zgodnie, z postanowieniami SIWZ w zakresie sposobu oceny ofert określonymi w poszczególnych rozdziałach SIWZ.

Zdaniem odwołującego, z protokołu KP nie wynika bowiem, iż ocena została dokonana zgodnie z postanowieniami SIWZ. Pomimo faktu, iż ocena ofert w kryterium nr 3 została oparta na zakresowym sposobie przyznawania punktów, a nie na sposobie 0-1, co powoduje, iż dopuszczalne są pewne różnice w przyznawanej punktacji, to odwołujący wskazywał, iż w tym przypadku, mimo złożenia ofert zbliżonych różnica sięgająca kilkudziesięciu procent może nasunąć przypuszczenia, co do błędów, których dopuściła się KP. Tak znaczne różnice w przyznawanej punktacji, w ocenie odwołującego mogą świadczyć o tym, że niektórzy członkowie KP dokonywali oceny ofert w danym kryterium niezgodnie z postanowieniami SIWZ. Stosowanie bowiem zakresowego sposobu przyznawaniu punktów - indywidualizacja oceny ofert nie oznacza dowolności w ocenie ofert, a na taką dowolność i niezgodność z postanowieniami SIWZ według odwołującego wskazuje różnica w ocenie w kryterium nr 3.

Odwołujący zaznaczał, że Opis koncepcji współpracy z Pracodawcami na rzecz utrzymania zatrudnienia został przedstawiony kompleksowo i zgodnie z pro-aktywnym działaniem na rzecz pozyskania Pracodawców do współpracy. Zaproponowany dwutorowy model współpracy: pozyskiwanie ofert pracy i przygotowywanie szkoleń zawodowych zgodnie z zapotrzebowaniem pracodawców, ma być gwarancją odpowiedzi na potrzeby rynku pracy i długotrwałego utrzymania zatrudnienia przez Uczestników Programu. Dodatkowo koncepcja zawierała analizę zapotrzebowania na poszczególne typy stanowisk w oparciu o Prognozę zatrudnienia 2015 - 2020, co pozwoliło ustalić branże, do których skierowane zostaną badania CATI. Opisany system zarządzania zespołem Job Factory ma gwarantować sondowanie rynku pracy poprzez indywidualne kontakty z lokalnymi pracodawcami, dedykowany dla nich Program działań, który ma uzupełniać standardowe pozyskiwanie ofert

Z przedstawionej powyżej argumentacji odwołujący wywiódł, że indywidualne oceny członków KP mogły być wielokrotnie oparte o inne przesłanki oceny niż te wynikające z opisu sposobu oceny ofert, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zaznaczał, że z uzasadnienia lub też braku uzasadnienia ocen członków KP nie wynika jednoznacznie, lub nie wynika wcale w jaki sposób oceniający dokonywali oceny. Z uwagi na przyjęty zakresowy system oceny ofert, z uzasadnień członków KP

powinno wynikać, jakie elementy składały się na przyjęty system ocen (w jaki sposób oceniali i dlaczego przyznali taką a nie inną wartość punktową). Brak szczegółowych uzasadnień może wskazywać i potwierdzać, że oceny poszczególnych członków KP zostały dokonane w sposób dowolny i nie znajdują oparcia o kryteria oceny ofert.

W odniesieniu do postawionego zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący argumentował, że w sytuacji kiedy zamawiający ma wątpliwość co do treści oferty, w tym przypadku co treści koncepcji, to winien w pierwszej kolejności zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty w tym zakresie.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 3 marca 2015 r. drogą elektroniczną, w dniu 5 marca 2015 r. złożył pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (w kopii przekazane stronom) wykonawca Instytut Badawczo-Szkoleniowy Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, który powołał się na swój interes w utrzymaniu w mocy skarżonych czynności zamawiającego, polegających na wyborze oferty zgłaszającego przystąpienie. Przystąpienie zostało podpisane przez p. M. W. . Z załączonego odpisu KRS nr 000025009 dla Instytutu Badawczo-Szkoleniowego Sp. z o.o., ul. Artyleryjska 3k, 10-165 Olsztyn, według stanu na 03.03.2015 r. wynika, że spółkę reprezentuje prezes zarządu samodzielnie lub każdy inny członek zarządu łącznie z prokurentem lub dwóch prokurentów łącznie. W skład organu uprawnionego do reprezentacji podmiotu wchodzi p. Mirosław Hiszpański, jako prezes zarządu. Prokurentów nie ujawniono.

Izba postanowiła nie dopuścić zgłaszającego przystąpienie jak wyżej wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym, gdyż nie dołączono dowodu potwierdzającego umocowanie p. M. W. do złożenia przystąpienia w imieniu wykonawcy Instytut Badawczo-Szkoleniowy Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie.

W odpowiedzi na odwołanie złożonej 11 marca 2015 r. zamawiający wnosił:

- 1) na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp o odrzucenie odwołania Pani K. K. z powodu wniesienia odwołania przez podmiot nieuprawniony,
- 2) a w wypadku nieuwzględnienia wniosku opisanego w pkt 1) o oddalenie odwołania.

W formularzu oferty jako wykonawca zostało oznaczone konsorcjum w składzie:

- 1) Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K., pl. Solidarności 1/3/5 lok. 232, 53-661 Wrocław (lider) oraz
- 2) K. K. Centrum Rozwoju Zawodowego Eureka, Żółtnica Drawieńska 12, 78-400 Szczecinek (partner konsorcjum).

Oferta została podpisana przez p. K. K., na podstawie załączonego pełnomocnictwa z dnia 16 stycznia 2015 r. udzielonego przez p. K. K. Centrum Rozwoju Zawodowego Eureka – upoważniającego wyłącznie do złożenia oferty wspólnej.

Z treści odwołania wynika, że zostało ono wniesione przez K. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K., pl. Solidarności 1/3/5 lok. 232, 53-661 Wrocław.

Jak wyżej została oznaczona strona postępowania odwoławczego. Ponadto odwołujący podał, że *„Działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) wnoszę odwołanie od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego (...).* Odwołanie zostało podpisane przez p. Katarzynę Książek i opatrzone pieczęcią imienną Katarzyna K. W. oraz nagłówkową o treści ENTERPRISE INVESTMEN Zarządzanie Ryzykiem K. K., 53-661 Wrocław, pl. Solidarności 1/3/5 lok. 232, NIP 894-243-48-38, REGON 932036901. Do odwołania nie zostało dołączone jakiegokolwiek pełnomocnictwo.

Jak wynika z formularza ofertowego - wykonawcą w rozumieniu art. 23 ustawy Pzp jest konsorcjum w składzie: 1) Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K., pl. Solidarności 1/3/5 lok. 232, 53-661 Wrocław (lider) oraz K. K. Centrum Rozwoju Zawodowego Eureka, Żółtnica Drawieńska 12, 78-400 Szczecinek (partner konsorcjum).

W związku z powyższym należało stwierdzić, że odwołanie zostało wniesione wyłącznie w imieniu i na rzecz K. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K., pl. Solidarności 1/3/5 lok. 232, 53-661 Wrocław, nie zaś w imieniu wszystkich podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie, którym zgodnie z art. 23 ust. 3 Pzp jedynie łącznie przysługuje status wykonawcy i legitymacja do wniesienia odwołania w oparciu o art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto, pełnomocnictwo konsorcjalne zawarte w dokumentacji oferty nie upoważnia lidera do wnoszenia środków ochrony prawnej.

Skoro status wykonawcy przysługuje uczestnikom konsorcjum, odwołanie mogło zostać wniesione wyłącznie w imieniu całego konsorcjum, a nie w imieniu własnym firmy K. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K. .

W ocenie Izby odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony. Art. 179 ust. 1 ustawy Pzp określa krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania i są to:

wykonawca, uczestnik konkursu, a także inny podmiot jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Przedsiębiorca K. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K. nie jest wykonawcą, gdyż wykonawcą zgodnie ze złożoną ofertą są wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: 1) K. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K. z siedzibą we Wrocławiu (lider) oraz K. K. Centrum Rozwoju Zawodowego Eureka z siedzibą w Szczecinku (konsorcjant).

W postępowaniu samodzielnie nie została złożona oferta przez wykonawcę K. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K. nie może ona zatem uzyskać zamówienia, skoro nie składała oferty, zatem nie jest także innym podmiotem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W tej sytuacji należało uznać, że K. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K. z siedzibą we Wrocławiu, nie jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania.

Izba nie jest władna weryfikować oznaczenia strony przez ustalanie treści zawartych w ofertach. Nie jest także uprawniona do uzupełniania w tym zakresie braku formalnego, gdyż takiej podstawy brak w treści art. 187 ust. 3 ustawy, oraz w § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48 poz. 280 ze zm. z 2013 r. poz. 232), w taki sposób, aby nadać nieuprawnionemu podmiotowi wnoszącemu odwołanie, charakter wykonawcy. Izba na podstawie wniesionego odwołania nie była w stanie określić, że K. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K. działa także w imieniu innego podmiotu, tj. K. K. Centrum Rozwoju Zawodowego Eureka z siedzibą w Szczecinku. Nie wynika to ani z oznaczenia strony, ani z treści niezalączonych do odwołania pełnomocnictw, ani z treści samego odwołania.

W tej sytuacji Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Zaistnienie którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które są ustalane z urzędu, obliuguje Izbę do odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. W oparciu o § 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 zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczoną kwotę wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....