

Sygn. akt: KIO 2633/19

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 8 stycznia 2020 r**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący:     Bartosz Stankiewicz  
Członkowie:           Ewa Sikorska  
                              Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 8 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **Centrum Medyczne G. Sp. z o.o.** z siedzibą w Bydgoszczy przy ul. Leśnej 9a (85-676 Bydgoszcz) w postępowaniu prowadzonym przez **11 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Bydgoszczy** z siedzibą w Bydgoszczy przy ul. Gdańskiej 147 (85-915 Bydgoszcz

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Centrum Medyczne G. Sp. z o.o.** z siedzibą w Bydgoszczy i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Bydgoszczy**.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....

## Uzasadnienie

11 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Bydgoszczy zwany dalej: „zamawiającym” prowadzi na podstawie Regulaminu udzielania zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane – rozdział 11 § 2 (Regulamin udzielenia zamówień publicznych na usługi społeczne i inne szczególne usługi), zgodnie z przepisem art. 138o ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843, zwanej dalej: „Pzp” lub „ustawą”) postępowanie, którego podmiotem jest *świadczanie usług z zakresu medycyny pracy* (nr sprawy 66/ZP/U/MED/2019), zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego w dniu 27 listopada 2019 r.

Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej na podstawie art. 138g ust. 1 Pzp, tj. równowartości kwoty 750 000,00 euro.

Zamawiający w dniu 20 grudnia 2019 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty przez wysłanie im wiadomości za pomocą poczty elektronicznej, a ponadto zamieścił zawiadomienie na swojej stronie internetowej oraz wysłał je za pośrednictwem poczty.

W dniu 24 grudnia 2019 r. wykonawca Centrum Medyczne G. Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, zwany dalej: „odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności (zaniechań) zamawiającego polegających na:

- dokonaniu wyboru oferty złożonej przez 10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SP ZOZ w Bydgoszczy;
- zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez 10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SP ZOZ w Bydgoszczy;
- zaniechaniu dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) bezpodstawnie, na skutek błędnej interpretacji i zaniechania zastosowania art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 6), art. 91 ust. 1 i 2 i 138o ust. 2 Pzp, co z kolei doprowadziło do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu, który powinien być mu przyznany.

Odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez 10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SP ZOZ w Bydgoszczy;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- odrzucenia oferty złożonej przez 10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SP ZOZ w Bydgoszczy;
- dokonania wyboru oferty odwołującego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:**

Izba stwierdziła, że do momentu wydania niniejszego postanowienia, do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia w trybie art. 185 ust. 2 Pzp żaden wykonawca.

Przedmiotem zamówienia jest usługa związana ze świadczeniem usług z zakresu medycyny pracy, co oznacza że zalicza się do katalogu usług społecznych i innych usług szczególnych. Zamawiający określił kody CPV w następujący sposób: 85120000-6 usługi medyczne i podobne oraz 85121100-4 ogólne usługi lekarskie. Usługi te mieszczą się więc w katalogu zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi określone w Załączniku XIV do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE – usługi zdrowotne, społeczne i pokrewne.

Zamawiający przedmiotowe postępowanie prowadzi w trybie art. 138o Pzp oraz zgodnie z Regulaminem udzielania zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane w 11 WOG – rozdział 11 (Regulamin udzielenia zamówień publicznych na usługi społeczne i inne szczególne usługi) co wynika z pkt 3 ogłoszenia o zamówieniu. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w dniu 27 listopada 2019 r. na stronie internetowej zamawiającego: [www.11wog.wp.mil.pl](http://www.11wog.wp.mil.pl). Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi nie przekracza kwoty określonej w art. 138 g ust. 1 Pzp, tj. kwoty 750 000 euro i wynosi według informacji podanej w protokole zamówienia 338 583,37 euro (łącznie z prawem opcji). Dodatkowo należy stwierdzić, że odwołujący nie kwestionował okoliczności zakwalifikowania przez zamawiającego przedmiotowego postępowania jako usługi społecznej o wartości zamówienia poniżej wyrażonej w złotych równowartości kwoty 750.000 euro, o której mowa w art. 138o Pzp.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp, bowiem w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Izba zauważyła, że uregulowania dotyczące udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi zostały wyodrębnione w Pzp w dziale III rozdziale 6 tejże ustawy. Przedmiotem zamówienia na usługi społeczne są usługi wymienione w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE oraz załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE, zgodnie z dyspozycją art. 138h Pzp. W ramach tego rodzaju zamówień ustawodawca przewidział niejako dwie procedury w zależności od wartości udzielanego zamówienia.

Mianowicie zgodnie z art. 138g Pzp przepisy rozdziału 6 Pzp stosuje się do zamówień na usługi społeczne, których wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:

- 1) 750 000 euro – w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa,
- 2) 1 000 000 euro – w przypadkach zamówień sektorowych.

W takim przypadku, zgodnie z art. 138l Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne jest prowadzone z zastosowaniem przepisów działu I rozdziału 2a, działu 2a, działu II rozdziału 5, działu V rozdziału 3 oraz działu VI, a przepisy art. 22-22d, art. 24, art. 29-30b oraz art. 32-35 stosuje się odpowiednio.

*A contrario*, z art. 138 g Pzp wynika, że w razie nieosiągnięcia ww. progu kwotowego przepisów rozdziału 6 Pzp nie stosuje się. Tym samym nie stosuje się także znajdującego się wszak w rozdziale 6 przepisu art. 138l Pzp, który zawiera odwołanie do działu VI Pzp (środki ochrony prawnej), przyznającego wykonawcy prawo do wniesienia odwołania. W szczególności zaś nie znajduje zastosowania art. 180 ust. 2 Pzp. Odmienna interpretacja przepisów Pzp byłaby zatem interpretacją *contra legem*.

Jednocześnie, w przypadku gdy wartość zamówienia na usługi społeczne jest mniejsza od wymienionych wyżej kwot, zamawiający może udzielić zamówienia stosując przepisy art. 138o ust. 2-4 Pzp. W takim przypadku zamawiający jest zobowiązany udzielić zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący (art. 138o ust. 2 Pzp). Ponadto, zamieszcza na swojej stronie Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, na stronie internetowej, ogłoszenie o zamówieniu, które zawiera informacje niezbędne z uwagi na okoliczności jego udzielenia w szczególności:

- 1) termin składania ofert uwzględniający czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty,
- 2) opis przedmiotu zamówienia oraz określenie wielkości lub zakresu zamówienia,
- 3) kryteria oceny ofert (art. 138o ust. 3 Pzp).

Niezwłocznie po udzieleniu zamówienia zamawiający jest zobligowany zamieścić na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej na stronie internetowej, informację o udzieleniu zamówienia, podając nazwę albo imię i nazwisko podmiotu, z którym zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. W razie nieudzielenia zamówienia zamawiający niezwłocznie zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej na stronie internetowej, informację o nieudzieleniu zamówienia (art. 138o ust. 4 Pzp).

W ocenie Izby uregulowania zawarte w art. 138o Pzp stanowią odrębną procedurę udzielania zamówienia na usługi społeczne, na co wskazuje analiza treści oraz chronologia przywołanych przepisów.

W tej sytuacji, zamawiający jest uprawniony do samodzielnego ustalenia i opisanie szczegółowej procedury, w ramach której udzieli zamówienia na usługi społeczne o wartości mniejszej niż wskazana w art. 138g ust. 1 Pzp, mając na względzie co najmniej minimalne wymagania opisane w art. 138o ust. 2-4 Pzp, to jest zachowanie zasad przejrzystości, obiektywności i niedyskryminacji wykonawców.

Zauważenia również wymaga, że procedura udzielania zamówień publicznych na usługi społeczne w oparciu o art. 138o Pzp, tworzona jest przez samego zamawiającego, tym samym nie jest procedurą opartą na ustawie *Prawo zamówień publicznych*, choć zamawiający uprawniony jest do zastosowania instytucji przewidzianych w ustawie, jednak owa procedura stosowana przez zamawiającego nie będzie procedurą określoną ustawą - a jedynie procedurą własną zamawiającego. Tym samym zamawiającego nie wiążą inne przepisy ustawy, w tym również przepisy odnoszące się do środków ochrony prawnej.

Podkreślenia wymaga, że ustawodawca nie odsyła w artykule 138o Pzp do stosowania przepisów działu VI Pzp (środki ochrony prawnej), tak jak ma to miejsce w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro – w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz 1 000 000 euro – w przypadku zamówień sektorowych (w tych przypadkach odwołanie przysługuje, zgodnie z art. 138l Pzp). Ustawodawca nie odsyła także do treści art. 180 ust. 2 Pzp, zakreślającego katalog czynności, od których przysługuje odwołanie w postępowaniach poniżej progów.

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 1 Pzp Izba rozstrzyga spory dokonując oceny czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, nie zaś w oparciu o postanowienia ogłoszenia stanowiącego uregulowania własne zamawiającego, nawet jeśli stanowią pośrednio odzwierciedlenie instytucji przewidzianych ustawą. Pamiętać należy, że Krajowa Izba Odwoławcza może rozstrzygać spory pomiędzy stronami wyłącznie w

granicach art. 180 ust. 1 Pzp, zatem Izba nie posiada kognicji w zakresie czynności czy zaniechań zamawiającego w sytuacji, gdy te czynności nie mają oparcia w ustawie.

W konsekwencji wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie, o którym mowa w art. 138o Pzp, nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Dodać warto, że przyjęcie odmiennej interpretacji prowadziłoby do możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej także w przypadku zamówień, których wartość szacunkowa nie przekracza równowartości kwoty określonych w art. 11 pkt 8 Pzp, a przeprowadzane są takie postępowania na podstawie regulaminów wewnętrznych zamawiających. Tymczasem w przypadku tzw. zamówień bagatelnych stanowisko doktryny i orzecznictwa, w tym sądów wyższej instancji jest jednolite i jednoznacznie wskazuje się, że w takich przypadkach wykonawcom odwołanie nie przysługuje. Oznacza to, że w przypadku postępowań na usługi społeczne poniżej progów, podobnie jak w każdym innym postępowaniu poniżej progów, od których stosowanie ustawy jest obowiązkowe, nie ma możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. Ustawodawca unijny pozostawił bowiem do kompetencji ustawodawcy krajowego uregulowanie systemu odwoławczego w przypadku postępowań o wartości poniżej progów. W przypadku postępowań na usługi społeczne polski ustawodawca do równowartości kwoty 750 000,00 euro ograniczył stosowanie przepisów Pzp do ściśle określonych jej elementów, nie ujmując w tym zakresie środków ochrony prawnej.

Wskazać należy także, że Izba nie może rozpoznawać odwołań opartych na wzorcu stworzonym wyłącznie przez zamawiającego. Pzp zawiera bowiem wzorce uniwersalne, które muszą znaleźć odzwierciedlenie w każdym postępowaniu, podczas gdy zamawiający związany jest jedynie trzema podstawowymi zasadami, a pozostałe elementy postępowania może ukształtować w sposób dowolny. Można sobie wyobrazić sytuację, w której zamawiający w sposób odmienny niż zakłada Pzp ureguluje sposób rozstrzygania sporów w postępowaniu.

Izba stwierdziła również, że przepisy 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. z 2018 r., poz. 972), nie regulują wysokości wpisu od odwołania w postępowaniu na usługi społeczne o wartości poniżej progów, co potwierdza intencje ustawodawcy, że w takich przypadkach odwołanie nie przysługuje.

Dostrzeżenia wymaga także, że Krajowa Izba Odwoławcza nie może – wbrew wyraźnemu brzmieniu Pzp - domniemywać swych kompetencji, biorąc pod uwagę fakt, że właściwość Izby jest wyjątkiem od zasady sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez organy o charakterze sądowym.

Izba stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega zatem odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp, jako że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Skład orzekający w tym zakresie podziela identyczne stanowisko już wielokrotnie prezentowane przez Krajową Izbę Odwoławczą m.in. w postanowieniach: z 9 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2283/17, z 13 listopada 2017 r., KIO 2339/17, z 4 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2697/17, z 5 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 168/18, z 6 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 169/18, z 12 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 638/18, z 25 maja 2018 r., sygn. akt KIO 973/18, z 12 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1051/18; z 3 października 2018 r., sygn. akt KIO 1933/18, z 9 października 2018 r., sygn. akt KIO 1917/18; z 29 października 2018 r., sygn. akt KIO 1917/18; z 6 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2249/18, z 21 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2356/18, z 6 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 159/19, z 6 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 160/19; z 15 maja 2019 r., sygn. akt: KIO 868/19, z 7 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 998/19; z 10 czerwca 2019 r., sygn. akt: KIO 1008/19, z 21 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1582/19 oraz z 17 października 2019 r., sygn. akt KIO 2013/19.

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powyższego przepisu wynika zakaz wydawania orzeczeń o charakterze merytorycznym, do jakich zalicza się oddalenie czy uwzględnienia odwołania, w innej formie aniżeli wyrok. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnej części nie miało jednak charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2, art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 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 (t. j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie tak Izby jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).



Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 189 ust. 3 zd. 1 Pzp.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....