

Sygn. akt: KIO 3151/20

## POSTANOWIENIE

z dnia 15 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 15 grudnia 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 30 listopada 2020 roku przez wykonawcę **SED-HUT Spółka Akcyjna** z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Gospodarki Komunalnej „Bolesław” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą w Bolesławiu**

**orzeka:**

1. **Odrzuca odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego **SED-HUT Spółka Akcyjna** z siedzibą w Krakowie, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Krakowie.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zakład Gospodarki Komunalnej „Bolesław” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Ochrona fizyczna osób i mienia Zakładu Gospodarki Komunalnej „Bolesław” Sp. z o.o. w Bolesławiu, numer referencyjny 22/ZP/2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 23 października 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 601453-N-2020.

W dniu 23 listopada 2020 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ACTUS sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i P.U. TOMBOR C. T. J. T. sp. j. z siedzibą w Katowicach. Na powyższą czynność w dniu 30 listopada 2020 r. wykonawca SED-HUT Spółka Akcyjna (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum ACTUS sp. z o.o. w Katowicach (lider i P.U. TOMBOR C. T., J. T. sp. j. w Katowicach (partner), pomimo że Wykonawca ten podlegał wykluczeniu z uwagi na niespełnienie warunku określonego w pkt 3.7.7.i 3.7.8. SIWZ, czyli nie mógł gwarantować ulgi na PFORN, ani nie jest zakładem pracy chronionej, ani podmiotem, którego działalność, lub działalność wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych;
- 2) art. 23 ust. 1 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp i art. 83 § 1 kc i art. 58 § 1 kc poprzez brak przyjęcia, że w realiach niniejszego postępowania ubieganie się o wspólne wykonanie zamówienia przez w/w konsorcjum ma w istocie charakter pozorny i zmierza do obejścia ustawy, albowiem z wyjaśnień złożonych przez konsorcjum na żądanie Zamawiającego wynika, że w rzeczywistości umowę będzie wykonywał wyłącznie lider konsorcjum, co skłania do wniosku, że drugi jego uczestnik (partner) został „dobrany” do udziału w postępowaniu wyłącznie w celu wypełnienia kryteriów zapisanych w SIWZ,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 Pzp w zw. z art. 22 ust.1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. z 2020 r. poz.426 z późn.zm.) poprzez brak odrzucenia oferty w/w konsorcjum w sytuacji

gdy jego oferta była sprzeczna z ustawą i wymaganiami postawionymi w SIWZ (pkt. 3.7.7. i 3.7.8. SIWZ), tj. sugerowała, że konsorcjum, które wspólnie ubiega się o udzielenie zamówienia może udzielić ulgi na PFRON, choć w realiach niniejszej sprawy nie jest pracodawcą, a jak wynika z powołanego przepisu ustawy o rehabilitacji, ulgi może udzielać wyłącznie pracodawca spełniający kwalifikowane warunki zatrudnienia osób niepełnosprawnych, zaś w/w konsorcjum nie jest (jak samo zadeklarowało) pracodawcą. Pracodawcą który wyłącznie ma prawo do udzielania w/w ulgi na PFRON jest lider konsorcjum, spółka ACTUS sp. z o.o. w Katowicach, a ponadto oferta ta została złożona przez podmiot podlegający wykluczeniu.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności podjętej w postępowaniu nr 22/ZP/2020; wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie wykluczenia z postępowania konsorcjum ACTUS sp. z o.o. i P.U. TOMBOR C. T., J. T. sp. j. w Katowicach oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy, a następnie dokonania ponownej oceny pozostałych ofert według kryteriów zawartych w SIWZ,
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym opłaty od odwołania i opłaty od pełnomocnictwa, a także kosztów zastępstwa prawnego przez adwokata według zestawienia kosztów przedstawionego na dalszym etapie postępowania,
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania - na okoliczności przytoczone w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący nie uzasadnił swojego interesu we wniesieniu odwołania. Podał natomiast, że na etapie poprzedzającym wybór najkorzystniejszej oferty, w trybie art. 181 ustawy Pzp, występował do Zamawiającego informując o stwierdzonych przez siebie uchybieniach.

W ustawowym terminie żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.*

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług ochrony fizycznej osób i mienia Zakładu Gospodarki Komunalnej "Bolesław" Sp. z o.o. w Bolesławiu, które zostały opisane przez Zamawiającego kodem CPV - 79710000-4 usługi ochroniarskie.

Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 3 grudnia 2020 r. wartość zamówienia wynosi 514 809,29 zł, co stanowi równowartość 120 854,00 euro, w tym wartość zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Oznacza to, iż przedmiotem zamówienia są usługi społeczne o wartości poniżej 750 000 euro. O zakwalifikowaniu zamówienia jako usług społecznych, stosownie do art. 138h ustawy Pzp, rozstrzyga bowiem przedmiot zamówienia i postanowienia m.in. załącznika nr XIV do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, gdzie usługi o kodach CPV 79700000-1 do 79721000-4 są wymienione jako usługi społeczne.

Stosownie do art. 138g ust. 1 ustawy Pzp, przepisy działu III rozdział 6 ustawy Pzp, stosuje się do zamówień na usługi społeczne, jeżeli wartość zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro. Zgodnie z art. 138l ustawy Pzp, który odnosi się, do postępowań o ww. wartości, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne jest prowadzone m.in. z zastosowaniem przepisów działu VI ustawy Środki ochrony prawnej.

Postępowań na usługi społeczne o wartości poniżej ww. progów dotyczy natomiast art. 138o ustawy Pzp, który w ust. 1 stanowi, iż zamawiający udzielający zamówienia na usługi społeczne o wartości poniżej kwot określonych w art. 138g ustawy Pzp, ma możliwość udzielenia zamówienia zgodnie z określoną przez siebie procedurą, stosując wymogi określone w art. 138o ust. 2-4 ustawy Pzp. Charakter i przebieg postępowania o udzielenie zamówienia na takie usługi jest w takim przypadku określany przez zamawiającego samodzielnie, przy uwzględnieniu m.in. ich specyfiki oraz własnych potrzeb. Przepisy art. 138o ust. 2-4 ustawy Pzp nakazują zamawiającemu jedynie prowadzenie postępowania w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący, określają sposób publikacji i minimalną treść ogłoszenia o zamówieniu oraz obowiązki w zakresie publikacji informacji o udzieleniu zamówienia. Procedura udzielania zamówień publicznych na usługi społeczne w oparciu o art. 138o ustawy Pzp jest tworzona przez zamawiającego, a nie ustawę Pzp. Z tego względu w takim przypadku brak jest podstaw do oceny przez Izbę czynności zamawiającego, ponieważ ocenie Izby mogą być poddane jedynie czynności i zaniechania zamawiającego, do których jest on zobowiązany na podstawie ustawy. Stosownie bowiem do art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Aby przyjąć, iż przysługuje odwołanie, z ustawy muszą zatem wynikać określone obowiązki dla zamawiającego.

Ustawa Pzp, w odniesieniu do usług społecznych o wartości poniżej progów określonych w art. 138g ust. 1, nie zawiera postanowień przewidujących dla wykonawców możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej, nie przewiduje również odesłania do stosowania przepisów działu VI ustawy Pzp, tak jak to jest w przypadku zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartościach przekraczających te kwoty. Uwzględniając powyższe, uznać należy, że wykonawcy uczestniczącemu w takim postępowaniu nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. (...) (por. opinia UZP; [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)).

Przedmiotowe odwołanie dotyczy czynności związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem najkorzystniejszej oferty, które to czynności nie zostały podjęte przez Zamawiającego na podstawie procedur, do których był zobowiązany w ustawie Pzp, lecz na podstawie samodzielnie ustalonych procedur. Nie zmienia tego okoliczność, iż Zamawiający wskazał na przepisy ustawy Pzp, a określając wartość szacunkową zamówienia podał wielkość odnoszącą się do zamówień innych niż społeczne, skoro oznaczając przedmiot zamówienia, w tym według CPV, podał oznaczenie wskazujące na to, że przedmiotem zamówienia są usługi społeczne.

Zauważenia również wymaga, że Odwołujący nie zarzuca Zamawiającemu naruszenia zasad określonych w art. 138 o ustawy Pzp ust. 2-4 ustawy Pzp, zaznacza natomiast, iż występował do Zamawiającego w trybie art. 181 ustawy Pzp, który stanowi: *Wykonawca lub uczestnik konkursu może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2, co wskazuje, że zdawał sobie sprawę z braku uprawnienia do wniesienia odwołania w tym postępowaniu z powołaniem się na okoliczności sygnalizowane w piśmie z dnia 25 listopada 2020 r., a mimo to, podniósł je następnie w odwołaniu.*

Odwołanie podlega zatem odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Skład orzekający Izby podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie zaprezentowane m.in. w postanowieniu z dnia 1 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 1102/20 i przywołanych w nim postanowieniach Izby oraz stanowisku doktryny *Środki ochrony prawnej. W postępowaniu na usługi społeczne o wartości niższej niż kwoty określone w art.138g ust. 1 ZamPublU wykonawca nie ma możliwości skorzystania ze środków odwoławczych przewidzianych w Dziale VI ZamPublU (dr hab. Małgorzata Sieradzka, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Wydawnictwo C.H. Beck wydanie 1, Warszawa 2018, Komentarz do art. 138o PZP za pośrednictwem Legalis 11187289).*

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Stosownie do powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie Izby i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania, Odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika Odwołującego o zasądzenie kosztów z tytułu usługi prawnej – kompleksowego doradztwa, przygotowania dokumentacji i odwołania oraz zastępstwa prawnego przed KIO, z uwagi na powyższą zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania. W ocenie Izby nie można uznać za przekonującą argumentacji profesjonalnego pełnomocnika występującego w sprawie, że działał w zaufaniu do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której zostało zamieszczone pouczenie o możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp. Z tej samej specyfikacji wynikało bowiem, że przedmiotem zamówienia są usługi o oznaczeniu CPV wskazującym, że są to usługi społeczne o wartości szacunkowej mniejszej niż 214 000 euro, a tym samym mniejszej niż 750 000 euro, ponadto na posiedzeniu, zostało wyjaśnione, że SIWZ w tym zakresie nie ulegała zmianie. Obecny na posiedzeniu pełnomocnik miał zatem wiedzę, iż do postępowania winny znaleźć zastosowanie przepisy dotyczące usług społecznych i skorzystać z przysługujących mu uprawnień, zwłaszcza w kontekście przywołanego powyżej pisma z dnia 25 listopada 2020 r. wystosowanego w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp. Zauważenia wymaga, iż stosownie do § 5 ust. 3 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku odrzucenia odwołania Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, nie przewidując, także w § 5 ust. 4 rozporządzenia, innego rozstrzygnięcia o kosztach postępowania, jak tylko to, które uwzględnia zasadę, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

**Przewodniczący:** .....