

Sygn. akt: KIO 169/18

POSTANOWIENIE
z dnia 5 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik
Członkowie: Barbara Bettman
Katarzyna Brzeska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 5 lutego 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 29 stycznia 2018 roku przez wykonawcę **Vendi Servis Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowieckie Centrum Neuropsychiatrii Sp. z o.o. z siedzibą w Zagórz,**

przy udziale wykonawcy **Super Buffet Sp. z o.o. z siedzibą w Karczewie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Vendi Servis Sp. z o.o. 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;
 - 2.2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej nadpłacony wpis.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Mazowieckie Centrum Neuropsychiatrii Sp. z o.o. – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przygotowanie i dostarczanie posiłków dla pacjentów Mazowieckiego Centrum Neuropsychiatrii Sp. z o.o. w Zagórz II.*

W dniu 29 stycznia 2018 r. wykonawca Vendi Servis Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Super Buffet Sp. z o.o. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Super Buffet Sp. z o.o. i dokonanie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, pomimo niezgodności tej oferty SIWZ, która polega na zaoferowaniu w ofercie przygotowywania i dostarczania rodzaju posiłku nieuwzględnionego w SIWZ (tj. zupy regeneracyjnej) i braku zaoferowania dwóch rodzajów posiłków uwzględnionych w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia (tj. posiłku regeneracyjnego i zupy obiadowej), a także objęcie treścią oferty jedynie części przedmiotu zamówienia;
- art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Super Buffet Sp. z o.o. i dokonanie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, pomimo błędów w obliczeniu ceny, które polegają na przyjęciu za podstawę do obliczenia ceny pozycji cenowej nieuwzględnionej w SIWZ i formularzu cenowym – załączniku nr 2 do SIWZ (tj. zupy regeneracyjnej) oraz braku uwzględnienia w obliczeniu ceny dwóch pozycji cenowych, które stanowią podstawę do obliczenia ceny w ofercie zgodnie z SIWZ oraz załącznikiem nr 2 do SIWZ (tj. posiłku regeneracyjnego i zupy obiadowej);
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez niedostateczną weryfikację oferty ocenionej jako najkorzystniejsza i wybór tej oferty, pomimo że jest ona niezgodna z treścią SIWZ i zawiera błąd w obliczeniu ceny, co uniemożliwia porównanie ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty wykonawcy Super Buffet Sp. z o.o. oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są usługi przygotowania i dostarczanie posiłków dla pacjentów Mazowieckiego Centrum Neuropsychiatrii Sp. z o.o., oznaczone w ogłoszeniu o zamówieniu kodem CPV 55321000.

Wartość zamówienia oszacowana została na kwotę 2.505.875,40 zł, co stanowi równowartość 600.224,05 euro.

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 przepis ustawy. Izba ustaliła bowiem, że przedmiotem zamówienia są usługi społeczne o wartości poniżej 750 000 euro.

Podkreślenia wymaga, że o zakwalifikowaniu zamówienia jako usług społecznych rozstrzyga nie decyzja zamawiającego, ale przedmiot zamówienia i postanowienia załącznika nr XIV do Dyrektywy 2014/24/UE. W niniejszej sprawie nie ma wątpliwości, że przedmiotem zamówienia są usługi, które w załączniku nr XIV do Dyrektywy 2014/24/UE zostały zakwalifikowane jako usługi społeczne. Zgodnie bowiem z treścią tego załącznika wszystkie usługi o kodach CPV od 55100000-1 do 55410000-7 są usługami społecznymi. Jednocześnie wartość zamówienia nie przekracza kwoty 750 000 euro określonej w art. 138g ust. 1 ustawy Pzp, od której uzależniony jest obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp. Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że w niniejszej sprawie odwołanie nie przysługuje.

Zgodnie z art. 138g ust. 1 ustawy Pzp, przepisy działu III rozdział 6 ustawy stosuje się do zamówień na usługi społeczne, jeżeli wartość zamówienia 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 przypadku zamówień sektorowych. Wśród przepisów tego rozdziału, stosowanych do zamówień o wartości przekraczającej ww. progi, jest przepis art. 138l ustawy, stanowiący, że postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne jest prowadzone m.in. z zastosowaniem przepisów działu VI ustawy (Środki ochrony prawnej). Przepisy ustawy Pzp, w tym dotyczące środków ochrony prawnej, nie znajdują natomiast zastosowania do postępowań dotyczących zamówień o wartości nieprzekraczającej tych progów. Gdyby ustawodawca przewidział możliwość stosowania środków ochrony prawnej dla zamówień na usługi społeczne o wartości nieprzekraczającej progów, powyższe przewidziałby w sposób wyraźny w przepisach ustawy Pzp, analogicznie jak w przypadku zamówień na usługi społeczne powyżej progów (art. 138l w zw. z art. 138g ustawy Pzp).

W odniesieniu do udzielania zamówień na usługi społeczne o wartości poniżej progów jedynie art. 138o ustawy Pzp określa obowiązki zamawiającego. Zgodnie ust. 1 tego artykułu zamawiający udzielający zamówienia na usługi społeczne o wartości poniżej progów określonych w art. 138g ustawy Pzp, ma możliwość udzielenia zamówienia zgodnie z określoną przez siebie procedurą, spełniającą minimalne wymogi określone w art. 138o ust. 2-4 ustawy Pzp. Tym samym charakter i przebieg procedury udzielenia zamówienia na takie usługi jest określany przez zamawiającego samodzielnie, przy uwzględnieniu specyfiki usługi, okoliczności towarzyszących jej udzieleniu oraz własnych potrzeb i preferencji. Przepisy art. 138o ust. 2-4 ustawy Pzp nakazują zamawiającemu jedynie prowadzenie postępowania w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący (ust. 2), sposób publikacji i minimalną treść ogłoszenia o zamówieniu (ust. 3) oraz obowiązki w zakresie publikacji informacji o udzieleniu zamówienia (ust. 4). Zauważenia wymaga, że procedura udzielania zamówień publicznych na usługi społeczne w oparciu o art. 138o ustawy Pzp tworzona jest przez samego Zamawiającego, nie jest zaś procedurą regulowaną ustawowo.

W ocenie Izby brak obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp nie pozwala na wypełnienie norm regulujących zasady udzielania zamówień treścią pozwalającą na ocenę działań podmiotu zamawiającego. Zgodnie bowiem z treścią 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. Z powyższej regulacji wynika, że w stosunku do działań zamawiającego istnieć muszą ściśle zdefiniowane obowiązki w postaci nakazów lub zakazów określonego postępowania. Brak obowiązku stosowania w podprogowych zamówieniach na usługi społeczne ściśle określonych regulacji powoduje, że nie możemy mówić o istnieniu dookreślonych norm i zasad postępowania dla wybranej przez podmiot zamawiający procedury udzielenia zamówienia. Izba zatem nie posiada kognicji w zakresie czynności czy zaniechań zamawiającego w sytuacji, gdy te czynności nie mają oparcia w ustawie, nie może bowiem rozpoznawać odwołań opartych na wzorcu stworzonym wyłącznie przez Zamawiającego (nawet stosującym rozwiązania oparte na instytucjach ustawowych). W ocenie Izby, nawet jeżeli zamawiający prowadzi postępowanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp, to taka czynność nie może kreować po stronie wykonawcy prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż prawo to nie zostało mu przyznane mocą przepisu prawnego.

Tym samym analiza przepisów Rozdziału 6 zawartego w Dziale III ustawy Pzp zatytułowanego „Przepisy szczególne” wraz z przepisami odnoszącymi się do środków ochrony prawnej pozwala na przyjęcie, że w postępowaniach dotyczących usług

społecznych o wartości mniejszej niż kwoty wskazane w treści art. 138g ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp wykonawcom nie przysługują środki ochrony prawnej.

Wobec powyższego 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.). W związku z faktem, że wartość zamówienia nie przekracza tzw. progów unijnych określonych dla usług społecznych, Izba nakazała zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7.500 zł, stanowiącej nienależnie uiszczoną część wpisu. Zgodnie bowiem z § 1 ust. 1 pkt 1 wskazanego wyżej rozporządzenia, wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wynosi 7 500 zł. Zgodnie § 1 pkt 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej próg ten dla usług społecznych wynosi 750 000 euro.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....