

POSTANOWIENIE
z dnia 17 października 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Monika Szymanowska
Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 17 października 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2019 roku przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (1) Hogan Lovells (Warszawa) LLP (Spółka partnerska) Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie oraz (2) Hogan Lovells (Paris) LLP z siedzibą w Londynie w Wielkiej Brytanii**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **(1) W. Eversheds Sutherland Sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz (2) C&K Kancelaria Doradztwa Gospodarczego Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego**

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (1) Hogan Lovells (Warszawa) LLP (Spółka partnerska) Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie oraz (2) Hogan Lovells (Paris) LLP z siedzibą w Londynie w Wielkiej Brytanii** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie – prowadzi na podstawie przepisów określonych w Rozdziale 6 „Zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi”, art. 138o ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, zwanej dalej „ustawą pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług doradczych o charakterze prawnym dla projektów drogowych – model Partnerstwa Publiczno-Prywatnego. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się na witrynie internetowej Zamawiającego oraz w Biuletynie Informacji Publicznej w dniu 16 lipca 2019 roku. Wartość zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 750 000,00 euro.

W dniu 4 października 2019 roku została przekazana wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu oraz zamieszczona na stronie Biuletynu Informacji Publicznej GDDKiA informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 9 października 2019 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (1) Hogan Lovells (Warszawa) LLP (Spółka partnerska) Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie oraz (2) Hogan Lovells (Paris) LLP z siedzibą w Londynie w Wielkiej Brytanii (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ustawy Pzp, wobec:

a) bezpodstawnego wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie pkt. 6.1. ppkt 1) Ogłoszenia o Zamówieniu - pomimo iż Wykonawca spełnił warunek udziału, o którym mowa w pkt. 5.1. 1) ppkt b), bl) dla Lidera Zespołu Doradczego, w szczególności z uwagi na błędną wykładnię Zamawiającego co do interpretacji tego zapisu ogłoszenia o Zamówieniu dla świadczenia usług doradczych o charakterze prawnym dla projektów drogowych - model Partnerstwa Publiczno – Prywatnego;

b) zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy - konsorcjum firm: W. Eversheds Sutherland Sp. k. oraz C&K Kancelaria Doradztwa Gospodarczego Sp. z o.o. Sp.k. (dalej „Konsorcjum” lub „Przystępujący”) z udziału w postępowaniu na podstawie pkt. 6.1 ppkt 5) oraz 6) Ogłoszenia o Zamówieniu w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 17 PZP, pomimo sytuacji w której wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd co do okoliczności podlegających ocenie w ramach warunków udziału w postępowaniu - w szczególności, iż faktycznie nie dysponuje on zasobem w postaci radcy prawnego A. O., która w rzeczywistości pracuje dla warszawskiego biura kancelarii W. T. - na zasadzie wyłączności,

c) a w konsekwencji zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie pkt. 13.4. Ogłoszenia o Zamówieniu w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 5) PZP w zw. z art. 138r ust. 1 PZP,

d) czynności Zamawiającego polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum, który to wykonawca podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a jego oferta podlegała odrzuceniu;

e) a nadto błędnej konstrukcji czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż Zamawiający jedynie wykluczył ofertę Odwołującego się z postępowania, a nie dokonał także czynności odrzucenia oferty (co było wymagane zgodnie z pkt. 13.4. Ogłoszenia o Zamówieniu).

Czynnościom tym Odwołujący zarzucał naruszenie:

a) pkt. 6.1. ppkt 1) Ogłoszenia o Zamówieniu w zw. z pkt 5.1.1) ppkt b), bl) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12) PZP, przez bezpodstawne wykluczenie z postępowania Odwołującego się - pomimo iż w rzeczywistości spełniał on warunki udziału, a jego oferta była zdecydowanie lepsza niż oferty innych wykonawców (przy praktycznie tej samej cenie),

b) pkt. 6.1 ppkt 5) oraz 6) Ogłoszenia o Zamówieniu w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 PZP, przez nieuzasadnione zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum w sytuacji, w której wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd co do rzekomego dysponowania przez niego zasobem w postaci radcy prawnego A. O.;

c) pkt. 13.4. Ogłoszenia o Zamówieniu w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 5) PZP w zw. z art. 138r ust. 1 PZP art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, przez nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum, pomimo spełnienia się przesłanki obligatoryjnego wykluczenia z udziału w postępowaniu - wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do okoliczności mającej istotny wpływ na rozstrzygnięcie postępowania;

d) art. 91 ust. 1 PZP w zw. z pkt. 8 oraz 13 Ogłoszenia o Zamówieniu, poprzez:

i. poddanie ocenie Zamawiającego oferty wykonawcy Konsorcjum podlegającej odrzuceniu,

ii. bezpodstawne pominięcie oferty Odwołującego się - jako wykluczonego z postępowania (pomimo braku decyzji o odrzuceniu jego oferty).

W związku z tym, że interes Odwołującego doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego zapisów Ogłoszenia o Zamówieniu oraz przepisów PZP, żądał On:

a) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania,

b) unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 4 października 2019 r. polegającej na ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej,

c) nakazania Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Konsorcjum,

d) nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum,

e) nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z wyłączeniem oferty Konsorcjum.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Do postępowania odwoławczego przystąpienie w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **(1) W. Eversheds Sutherland Sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz (2) C&K Kancelaria Doradztwa Gospodarczego Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie**. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia.

Przedmiotem zamówienia jest usługa związana ze świadczeniem usług doradczych o charakterze prawnym dla projektów drogowych – model PPP, co oznacza że zalicza się do katalogu usług społecznych i innych usług szczególnych – usługi prawne, niewyłączone na mocy art. 10 lit.d. Zamawiający określił kody CPV 79100000-5 Usługi prawnicze, 79111000-5 Usługi w zakresie doradztwa prawnego. 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 w zakresie doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej.

Zamawiający niniejsze postępowanie prowadzi na podstawie przepisów określonych w Rozdziale 6 „Zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi”, w trybie art. 138o ustawy Pzp, co wynika z opisu znajdującym się w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Informacji Publicznej Zamawiającego w dniu 16 lipca 2019 roku. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi nie przekracza kwoty określonej w art. 138 g ust. 1 ustawy Pzp, tj. kwoty 750 000 euro. Powyższe ustalenia potwierdza informacja przekazana Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej przez Zamawiającego w dniu 11 października 2019 roku.

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

Izba zauważa, że uregulowania dotyczące udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi zostały wyodrębnione w ustawie Pzp w dziale III rozdziale 6 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 ustawy pzp. W ramach tego rodzaju zamówień Ustawodawca przewidział niejako dwie procedury w zależności od wartości udzielanego zamówienia.

Mianowicie, przepisy rozdziału 6 ustawy 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. Zgodnie z art. 138l ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne jest prowadzone z zastosowaniem przepisów działu I rozdział 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.

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 ustawy Pzp. W takim przypadku zamawiający jest zobowiązany udzielić zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący (art. 138o ust. 2 ustawy 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 (ust. 3 art. 138o ustawy 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 (ust. 4 art. 138o ustawy pzp).

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

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 ustawy Pzp, mając na względzie co najmniej minimalne wymagania opisane w art. 138o ust. 2-4 ustawy 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 ustawy 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. Zauważenia wymaga, że Ustawodawca nie odsyła w artykule 138o ustawy Pzp do stosowania przepisów działu VI ustawy Pzp, 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 ustawy Pzp). Ustawodawca nie odsyła także do treści art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zakreślającego katalog czynności, od których przysługuje odwołanie w postępowaniach poniżej progów.

Odnosząc wskazane rozważania do niniejszego zamówienia, Zamawiający poinformował w ogłoszeniu, że prowadzi postępowanie w trybie procedury określonej w art. 138o ustawy Pzp, wskazał także, że jest to zamówienie o wartości mniejszej niż wskazana w art. 138g ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie, o którym mowa w art. 138o ustawy Pzp, nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Co więcej, Zamawiający w SIWZ przekazanej Wykonawcom nie wskazał i nie przywołał, że w postępowaniu będzie miał zastosowanie dział VI ustawy Pzp dotyczący środków ochrony prawnej. 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 ustawy 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 ustawy Pzp do ściśle określonych jej elementów, nie ujmując w tym zakresie środków ochrony prawnej.

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 1 ustawy 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 ustawy, zatem Izba nie posiada kognicji w zakresie czynności czy zaniechań zamawiającego w sytuacji, gdy te czynności nie mają oparcia w ustawie. Tym samym Izba nie może rozpoznawać odwołań opartych na wzorcu stworzonym wyłącznie przez Zamawiającego. Ustawa 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 ustawa Pzp ureguluje sposób rozstrzygania sporów w postępowaniu.

Izba podkreśla 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; dalej rozporządzenie), 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.

Izba stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega zatem odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, jako że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Skład orzekający w tym zakresie podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej prezentowane m.in. w postanowieniach: z dnia 9 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2283/17, z dnia 13 listopada 2017 r., KIO 2339/17, z dnia 4 stycznia 2018r., sygn. akt KIO 2697/17, z dnia 5 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 168/18, z dnia 6 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 169/18, z dnia 12 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 638/18, z dnia 25 maja 2018 r., sygn. akt KIO 973/18, z dnia 12 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 1051/18; z dnia 3 października 2018 r., sygn. akt KIO 1933/18, z dnia 9 października 2018 r. sygn. akt KIO 1917/18; z dnia 29 października 2018r., sygn. akt KIO 1917/18; z dnia 6 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2249/18, z dnia 21 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2356/18, z dnia 6 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 159/19, z dnia 6 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 160/19; z dnia 15.05.2019 r., sygn. akt: KIO 868/19, z dnia 7

czerwca 2019 roku, sygn. akt KIO 998/19; z dnia 10.06.2019 r., sygn. akt: KIO 1008/19, z dnia 21 sierpnia 2019 roku, sygn. akt KIO 1582/19.

Dodatkowo wskazać należy, że ustawodawca nie odsyła w artykule 138o ustawy Pzp do stosowania przepisów działu VI ustawy Pzp (środki ochrony prawnej) w przypadku zamówień na usługi społeczne o wartości mniejszej niż określona w art. 138g ustawy Pzp, tak jak ma to miejsce w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej kwoty wskazane w art. 138g (w tych przypadkach odwołanie przysługuje, zgodnie z art. 138l ustawy Pzp). Ustawodawca nie odsyła także do treści art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zakreślającego katalog czynności, od których przysługuje odwołanie w postępowaniach poniżej progów. Co więcej postępowania poniżej określonych progów prowadzone są na podstawie ogólnych zasad i przepisów ustawy Pzp, z zawężeniem jedynie katalogu czynności, od których przysługuje odwołanie, podczas gdy w art. 138o i następnych ustawy Ustawodawca wprost określa, że przy postępowaniach na usługi społeczne stosuje się jedynie wybrane regulacje ustawy Pzp, ściśle określając zakres i nie ma wśród nich odesłania do przepisów o środkach ochrony prawnej.

Mając na względzie powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2, art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia o kosztach. 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 ustawy Pzp.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....