

Sygn. akt: KIO 2561/18

## POSTANOWIENIE

z dnia 21 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 21 grudnia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 12 grudnia 2018 roku przez wykonawcę **F. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Ratownictwo Wodne F. O., ul. Dolina 5b/19, 61-551 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Miasto Poznań Pływalnia Miejska Atlantis z siedzibą w Poznaniu, os. Stefana Batorego 101, 60-687 Poznań**

przy udziale:

- A. wykonawcy: **Ratownictwo Wodne Rzeczypospolitej Oddział w Poznaniu, ul. Romana Dmowskiego 37, 60-222 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- B. wykonawcy: **Fundacja Wodna Służba Ratownicza z siedzibą we Wrocławiu, ul. Kleczkowska 50, 50-227 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. **Odrzuca odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **F. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Ratownictwo Wodne F. 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.

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 w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Miasto Poznań – Pływalnia Miejska Atlantis (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne, którego przedmiotem jest świadczenie usługi ratownictwa wodnego na krytej Pływalni Miejskiej Atlantis na os. Stefana Batorego 101 w Poznaniu (numer sprawy: PMA/231-214/18). Wartość zamówienia nie przekracza kwoty 750 000 Euro. Jak wynika z ogłoszenia o zamówieniu z dnia 16 października 2018 r. oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), opublikowanych na stronie bip.poznań.pl, postępowanie prowadzone jest na podstawie art. 138o ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”).

W dniu 12 grudnia 2018 r. wykonawca F. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Ratownictwo Wodne F. O. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. w zw. pkt. 2.3.4 SIWZ oraz zasadami: uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności, przejrzystości, obiektywizmu i niedyskryminacji poprzez:
  - a) wybór oferty wykonawcy, który nie jest podmiotem uprawnionym do wykonywania ratownictwa wodnego w rozumieniu art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 18 sierpnia 2011 roku o bezpieczeństwie osób przebywających na obszarach wodnych (Dz.U. 2011 Nr 208, poz. 1240, t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1482);
  - b) niesprecyzowanie warunku udziału w postępowaniu, w taki sposób, aby o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się tylko wykonawcy posiadający odpowiednie uprawnienia do wykonywania określonej działalności tj. działalności w zakresie ratownictwa wodnego, co w konsekwencji doprowadziło do sytuacji, w której nie można było w warunkach porównywalnych dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) naruszenie pkt 2.3.4 SIWZ w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. art. 138o ustawy Pzp poprzez wybór błędnego trybu postępowania tj. „zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi”, podczas gdy w opisie przedmiotu zamówienia (doprecyzowanego w opisie przedmiotu umowy - § 1 ust. 4) znajdują się usługi nieobjęte kodem CPV:75250000-3 Usługi straży pożarnej oraz ratownicze, co prowadzi do sytuacji, w której nie można było przeprowadzić postępowania, w tym trybie.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 7 grudnia 2018 r.;

2) wykluczenie z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie oferty wykonawcy: Ratownictwo Wodne Rzeczpospolitej Oddział w Poznaniu;

4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego

ewentualnie unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący zauważył, iż odwołanie zostało wniesione w postępowaniu prowadzonym w trybie art. 138o ustawy Pzp. W związku z tym przytoczył argumentację przemawiającą, jego zdaniem, za uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej. Odwołujący podniósł również m.in., iż Zamawiający dla usług objętych przedmiotem zamówienia jako właściwy wskazał kod CPV: 75250000-3 (usługi straży pożarnej oraz ratownicze). Natomiast zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, który został doprecyzowany w umowie, od wykonawcy wymaga się również: zarządzania dostępnością do przestrzeni basenowej dostępnej dla klientów, nadzoru nad ruchem osób w obrębie (...) szatni, natrysków i trybun, pomocy w organizacji zajęć grupowych (współpracy z prowadzącymi zajęcia) obsługi i konserwacji sprzętu basenowego (liny, drabinki, sprzęt sportowy, dydaktyczny i rehabilitacyjny) i nadzoru i obsługi zjeżdżalni, wanny do hydromasażu, aromaterapii oraz sauny. Usługi te, w ocenie Odwołującego, nie mieszczą się w zakresie kodu: CPV: 75250000-3, ani w żadnym innym kodzie uprawniającym do przeprowadzenia postępowania na usługi społeczne i inne szczególne usługi.

Odwołujący stwierdził także, iż Zamawiający w sposób jednoznaczny opisał w SIWZ przedmiot zamówienia. Niemniej jednak nie doprecyzował wymogów udziału w postępowaniu dotyczących posiadania przez wykonawcę wymaganych prawem uprawnień oraz sposobu ich weryfikacji, podczas gdy ma to istotne znaczenie w przedmiotowej sprawie. Zdaniem Odwołującego wybrany wykonawca nie jest podmiotem uprawnionym do wykonywania ratownictwa wodnego.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, zaistniała niemożliwa do usunięcia wada postępowania, polegająca na przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi oraz na braku żądania przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających uprawnienia wykonawcy, uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia.

Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2018 r. kopia odwołania została przekazana wykonawcom za pomocą środków komunikacji elektronicznej w dniu 14 grudnia 2018 r. W terminie ustawowym, tj. w dniach: 15 grudnia 2018 r. i 17 grudnia 2018 r., przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili wykonawcy: po stronie Zamawiającego – Ratownictwo Wodne Rzeczpospolitej Oddział w Poznaniu, wnosząc o oddalenie odwołania

jako bezprzedmiotowego, zaś po stronie Odwołującego - Fundacja Wodna Służba Ratownicza z siedzibą we Wrocławiu, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

W dniu 19 grudnia 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie ewentualnie o oddalenie odwołania oraz o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in. iż z treści SIWZ wynika, że zakres usług objętych przedmiotem zamówienia obejmuje usługi ratownictwa wodnego oraz będące nierozłączną częścią tej usługi, w tym wskazany przez Odwołującego w odwołaniu zakres czynności, który jest wypełnieniem obowiązków wynikających z przepisów ustawy o bezpieczeństwie osób przebywających na obszarach wodnych. Zamawiający wskazał również, że zgodnie z wytycznymi Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji zapewnienie bezpieczeństwa polega w szczególności na: oznakowaniu i zabezpieczeniu terenów, obiektów i urządzeń przeznaczonych do pływania, kąpania się, uprawiania sportu lub rekreacji na obszarach wodnych; objęciu nadzorem, miejsc niebezpiecznych, w tym miejsc zwyczajowo wykorzystywanych do kąpieli; uświadamianiu zagrożeń związanych z wykorzystywaniem obszarów wodnych, w szczególności prowadzeniu akcji edukacyjnych wśród dzieci i młodzieży szkolnej. Zamawiający stwierdził, iż ww. przedmiot zamówienia obejmuje usługi wymienione w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE oraz załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE. W związku z tym był uprawniony prowadzić postępowanie stosownie do art. 138o ustawy Pzp, co wiąże się z brakiem zastosowania w tym postępowaniu przepisów dotyczących środków ochrony prawnej przewidzianych w dziale VI ustawy Pzp. Zamawiający przywołał w tym zakresie stanowisko zaprezentowane przez Izbę w postanowieniu z dnia 4 stycznia 2018 r., sygn. akt: KIO 2697/17. Zamawiający wskazał również, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego wybrany wykonawca posiada wymagane przepisami prawa uprawnienia do wykonywania ratownictwa wodnego.

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

Nie jest kwestionowane przez Odwołującego, iż głównym przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług ratownictwa wodnego, objętych kodem CPV: 75250000-3. Kwestionowane jest natomiast to, iż w ramach realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca jest zobowiązany również do świadczenia dodatkowych usług, dla których ten kod nie ma zastosowania i z tego Odwołujący wywodzi, iż Zamawiający nie miał uprawnienia do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania jako zamówienia na usługi społeczne.

Jak wynika ze stanowiska Zamawiającego, zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie, również kod CPV: 75252000-7 (Służby ratownicze), ma zastosowanie do usług objętych

przedmiotem zamówienia. Nadto zauważenia wymaga, iż stosownie do art. 5c ust. 2 ustawy Pzp jeżeli zamówienie, o którym mowa w ust. 1, obejmuje usługi, określone w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE lub w załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE oraz inne usługi albo usługi i dostawy, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tych usług lub dostaw, których szacowana wartość jest większa. Zgodnie z wyrokiem TSUE z 21 lutego 2008 r. (*Komisja v. Włochy*, C-412/04, Legalis), celem ustalenia, co stanowi główny przedmiot zamówienia mieszanego, należy zbadać zasadnicze zobowiązania wykonawcy w ramach zamówienia i przeciwstawić je zobowiązaniom mającym jedynie charakter dodatkowy, poboczny.(...)

O zakwalifikowaniu zamówienia jako usług społecznych rozstrzyga przedmiot zamówienia i postanowienia załącznika nr XIV do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65). Zgodnie z treścią tego załącznika do usług społecznych zalicza się m.in. usługi o kodach od 75240000-0 do 75252000-7, określonych w rozporządzeniu (WE) Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2195/2002 z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz.Urz. WE L 340 z 16.12.2002, str. 0001-0562; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 5, str. 3, z późn. zm.).

W tych okolicznościach należy uznać, iż przedmiotowe odwołanie zostało wniesione w postępowaniu, do udzielenia którego zastosowanie mają przepisy dotyczące zamówień na usługi społeczne.

Dział III (Przepisy szczególne) Rozdział 6 (Zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi) ustawy Pzp zawiera przepisy szczególne, jakie należy zastosować w przypadku zamówień na usługi społeczne. Stosownie do art. 138g ust. 1 przepisy te 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, natomiast w przypadku zamówień sektorowych - jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 1 000 000 euro.

Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 67 258 euro.

Postępowania na usługi społeczne o wartości poniżej ww. progów dotyczy art. 138o ustawy Pzp, który w ust. 1 stanowi, iż w takim przypadku zamawiający ma możliwość udzielenia zamówienia stosując jedynie wymogi określone w art. 138o ust. 2-4 ustawy Pzp, które stanowią: *Zamawiający udziela zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący. Zamawiający zamieszcza na stronie podmiotowej 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: termin składania ofert uwzględniający czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty; opis przedmiotu zamówienia oraz określenie wielkości lub zakresu zamówienia; kryteria oceny ofert. Niezwłocznie po udzieleniu zamówienia zamawiający zamieszcza 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. Z przepisu tego wynika, iż zamawiający, udzielający zamówienia na usługi społeczne o wartości poniżej progów określonych na podstawie art. 138g ustawy Pzp, ma możliwość jego przeprowadzenia zgodnie z określoną przez siebie procedurą, spełniającą minimalne wymogi określone w art. 138o ust. 2 - 4 ustawy Pzp, przy uwzględnieniu m.in. specyfiki usługi, okoliczności towarzyszących jej udzieleniu oraz własnych potrzeb.*

*Stosownie 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. Zgodnie natomiast z ust. 2 tego artykułu, w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, obowiązuje katalog czynności, od których przysługuje prawo wnoszenia środków ochrony prawnej. W ocenie Izby z przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp nie wynika, że dotyczy również innych czynności, niż określone w ust. 1 tego artykułu, a zatem należy rozumieć, iż chodzi w nim o czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, a ograniczenie ich katalogu następuje jedynie z uwagi na wartość zamówienia.*

Art. 138l ustawy Pzp, który odnosi się do zamówień o wartości określonej w art. 138g ustawy Pzp, stanowi, iż postępowanie na usługi społeczne jest prowadzone z zastosowaniem przepisów działu I rozdziału 2a, działu II rozdziału 5, działu V rozdziału 3 oraz działu VI, który zawiera przepisy dotyczące środków ochrony prawnej. W przypadku tych usług społecznych usługodawca przewidział potrzebę wprowadzenia przepisu, który przewiduje możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej, pomimo regulacji zawartej w art. 180 ust. 1 ustawy Pzp. Takiego unormowania nie zawiera natomiast art. 138o ustawy Pzp, dający zamawiającym, w przypadku zamówień o mniejszych wartościach, możliwość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób przez siebie określony.

Zarzuty odwołania dotyczą czynności lub zaniechań Zamawiającego będących następstwem skorzystania przez niego z możliwości przewidzianej w art. 138o ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem procedura udzielania zamówień publicznych na usługi społeczne w oparciu o ten przepis tworzona jest przez zamawiającego, którego nie wiążą nakazy i zakazy określone w ustawie Pzp, z wyjątkiem reguł określonych w ust. 2-4 tego artykułu. Z tego względu brak jest podstaw do oceny przez Izbę czynności zamawiającego, bowiem, jak wyżej zaznaczono, stosownie do art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, ocenie Izby mogą być poddane jedynie czynności i zaniechania zamawiającego, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Za postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 169/18 należy wskazać, iż *„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). (...) 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)”*

Zauważenia również wymaga, iż Odwołujący nie wniósł odwołania na treść ogłoszenia i SIWZ w terminie wynikającym z przepisów Działu VI ustawy Pzp, który zważywszy na wartość zamówienia wynosił 5 dni od daty ogłoszenia o zamówieniu, a zatem upływał 21 października 2018 r., lecz (podobnie jak wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego) złożył ofertę w postępowaniu, licząc na zawarcie umowy. Należy zatem przyjąć, iż Odwołujący uznawał, że postępowanie nie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie skutecznie umowy.

Mając powyższe na uwadze 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.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.*

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania orzeczono 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) stosownie do jego wyniku.

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

**Przewodniczący:** .....