

Sygn. akt: KIO 1051/18

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 12 czerwca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Artur Szmigiel**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 12 czerwca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 28 maja 2018 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Agencja Ochrony K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Bielsku Białej**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Time Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, Sky One Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

1. Odrzuca odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Agencja Ochrony K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Agencja**

**Ochrony K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Agencja  
Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** 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 **Bielsku-Białej**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Bielsku-Białej – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne na podstawie art. 138o ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm., dalej – ustawa P.z.p.), których przedmiotem jest całodobowa ochrona osób i mienia.

Zamówienie jest realizowane w procedurze na usługi społeczne o wartości poniżej 750 000 euro.

W dniu 28 marca 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec:

- 1) odrzucenia oferty odwołujących z powodu niezgodności z wymaganiami określonymi w Instrukcji,
- 2) zaniechania odrzucenia oferty przystępujących, choć oferta ta jest sprzeczna z przepisami ustawy i rozporządzenia wykonawczego dotyczącego się płacy minimalnej dla pracownika, a także zawiera cenę rażąco niską, tj., nierealistyczną i niewiarygodną,
- 3) zaniechania wyboru oferty odwołujących jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 7 ust. 1 w związku z art. 138o ust. 2 ustawy P.z.p. w związku z art. 130 § 1, 2 i 3 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks Pracy Dz. U. 1974 nr 24 poz. 141 z późn. zm. poprzez złamanie zasady przejrzystego udzielenia zamówienia publicznego przejawiające się wprowadzeniem normy czasu pracy niezgodnej z obowiązującymi przepisami w przeliczaniu ilości pracowników skierowanych do realizacji zamówienia na pełne etaty, wprowadzające w błąd wykonawców składających ofertę w Postępowaniu
2. Art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 138o ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez złamanie zasady niedyskryminowania uczestników postępowania, przejawiającego się w zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Time ze względu na niską cenę, przy jednoczesnym odrzuceniu wszystkich innych ofert złożonych w postępowaniu, np. oferty firmy „INTERGOS” Sp. z o.o. ze

względu na „cenę rażąco niską tj. nierealistyczną i niewiarygodną”, pomimo, iż przywołana oferta jest o 10% wyższa od oferty konsorcjum Time, oferty odwołującego pod pretekstem „niezgodności z wymaganiami określonymi w instrukcji”, pomimo wyraźnego oświadczenia składanego wraz z ofertą, stanowiącego iż wykonawca wykona zamówienie zgodnie z wymaganiami stawianymi w Instrukcji.

3. Art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., w związku z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę w związku z § 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r. (rozporządzenie) poprzez nienależyte zbadanie i oceny ofert, a co za tym idzie nieodrzuconie oferty konsorcjum Time.

Odwołujący wniesli o nakazanie zamawiającemu:.

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
2. zaniechania odrzucenia oferty odwołującego
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem:
  - 3.1 odrzucenia oferty konsorcjum Time oraz oferty konsorcjum ERA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, w związku z art. 6 ust 1 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, w związku z § 1 rozporządzenia
4. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Time Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, Sky One Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach.

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

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług ochrony osób i mienia. Przedmiotowe usługi zostały opisane przez zamawiającego kodem CPV - 79710000-4 usługi ochroniarskie, określonym 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.). Wartość zamówienia wynosi 2 074 104,07 zł, co stanowi równowartość 481 040,90 euro. Oznacza to, iż przedmiotem zamówienia są usługi społeczne o wartości poniżej 750 000 euro.

O zakwalifikowaniu zamówienia jako usług społecznych rozstrzyga bowiem 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 natomiast z treścią tego załącznika, usługi o kodach CPV 79700000-1 do 79721000-4 są usługami społecznymi.

Stosownie do art. 138g ust. 1 ustawy P.z.p., przepisy ustawy P.z.p. dział III rozdział 6, 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. Zgodnie z art. 138l ustawy P.z.p., który należy odnosić, 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 P.z.p., który w ust. 1 stanowi, iż zamawiający udzielający zamówienia na usługi społeczne o wartości poniżej kwot określonych w art. 138g ustawy P.z.p., ma możliwość udzielenia zamówienia zgodnie z określoną przez siebie procedurą, stosując wymogi określone w art. 138o ust. 2-4 ustawy P.z.p. 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 P.z.p. 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. Oznacza to, że procedura udzielania zamówień publicznych na usługi społeczne w oparciu o art. 138o ustawy P.z.p. tworzona jest przez zamawiającego, a nie ustawę P.z.p. Z tego względu brak jest podstaw do oceny przez Izbę czynności zamawiającego, bowiem ocenie Izby mogą być poddane jedynie czynności i zaniechania zamawiającego, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 1 ustawy P.z.p., 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 zatem przyjąć, iż przysługuje odwołanie, z ustawy muszą wynikać określone obowiązki dla zamawiającego. *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) - postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 169/18.*

Ustawa P.z.p., w odniesieniu do usług społecznych o wartości poniżej progów określonych w art. 138g ust. 1 ustawy P.z.p., 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 kwoty, o których mowa w art. 138g ustawy Pzp. Uwzględniając powyższe, uznać należy, że wykonawcy uczestniczącemu w takim postępowaniu nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. W przypadku postępowań prowadzonych w oparciu o art. 138o ustawy Pzp zamawiającego nie wiążą przepisy ustawy Pzp, z wyjątkiem reguł wskazanych w ust. 2-4 powyższego artykułu, a co za tym idzie zasadnym wydaje się twierdzenie, że wykonawca nie ma możliwości skorzystania ze środków odwoławczych przewidzianych w dziale VI ustawy Pzp.* (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, z wykorzystaniem możliwości przewidzianej w art. 138o ust. 1 ustawy P.z.p., zostały podjęte przez zamawiającego na podstawie samodzielnie ustalonych procedur, a nie procedur określonych w ustawie P.z.p.

Z tych względów odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p., który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p. 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.) stosownie do jego wyniku.

**Przewodniczący:** .....