

POSTANOWIENIE
z dnia 13 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki

Katarzyna Odrzywolska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 13 lipca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2020 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **CATERMED Spółka Akcyjna** z siedzibą w Łodzi przy ul. Traktorowej 126, lok. 201 (91-204), **Jol-Mark Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Gliwicach, ul. Portowa 16G (44-100 Gliwice), „**IZAN+**” **Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Krakowie, ul. Żabieniec 46 (31-215 Kraków) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Opolskie Centrum Onkologii im. prof. Tadeusza Koszarowskiego w Opolu**, ul. Katowicka 66a (45-061 Opole)

orzeka:

- 1 Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: CATERMED S.A. z siedzibą w Łodzi, Jol-Mark Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, „IZAN+” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i 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 (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Opolu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1530/20

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – SPZOZ Opolskie Centrum Onkologii im. prof. Tadeusza Koszarowskiego w Opolu, którego przedmiotem jest usługa społeczna pn. *Przygotowanie i dostawa całodziennych posiłków dla pacjentów Opolskiego Centrum Onkologii w Opolu oraz odbiór resztek pokonsumpcyjnych w okresie od 1.07.2020 r. do 3.06.2021 r. (12 miesięcy)* – nr postępowania 19/US/2020, wobec czynności polegającej na odrzuceniu oferty własnej, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: CATERMED S.A. z/s w Łodzi, Jol-Mark Sp. z o.o. z/s w Gliwicach, „IZAN+” Sp. z o.o. z/s w Krakowie wniósł w dniu 6 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 1530/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 w zw. z art. 138k w zw. z art. 138o w zw. z art. 138r ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 6 k.c., przez dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego w sytuacji, gdy była ona zgodna z treścią Opisu Istotnych Warunków Zamówienia oraz zawierała najniższą cenę, w związku z czym oferta powinna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym bez udziału stron Izba dokonała czynności formalno sprawdzających, w tym obejmujących badanie dopuszczalności wniesienia odwołania w postępowaniu o zamówienie publiczne w przedmiocie usługi społecznej o wartości poniżej wyrażonej w złotych równowartości 750.000 Euro. Odwołujący podnosił, iż czynność objęta odwołaniem mieści się w katalogu czynności wskazanych w art. 180 ust. 1 i 2, dla których przewidziano możliwość złożenia odwołania przy wartości zamówienia niższej od kwoty 750 000 euro (dla zamówień na usługi społeczne), co stanowi jedyne ograniczenie dla korzystania z środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp.

Na gruncie przepisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/WE z dnia 26 lutego 2014 r., w tym art. 122, wynikać ma konieczność określenia procedur odwoławczych, a w przypadku gdy nie było dostępu do tych procedur, to w sposób inny niż przez system odwoławczy na mocy dyrektywy 89/665/EWG i bez konieczności występowania przed sądem lub trybunałem – należy zapewnić prawo zgłaszania ewentualnych naruszeń do właściwego organu lub struktury.

Ponieważ przepisy ustawy Pzp nie zawierają wprost wyłączenia prawa do ochrony prawnej w określonych rodzajach postępowań, to nie można pozbawić Wykonawcy prawa do

weryfikacji czynności zamawiającego przez niezależny organ. Przepisem wyłączającym prawo do ochrony prawnej nie jest art. 138o Pzp, w którym brak jest wyłączenia stosowania działu VI Pzp, jak również nie stanowi o nieprzysługiwaniu w tym postępowaniu jego uczestnikom środków ochrony prawnej. Środki ochrony prawnej przysługują w postępowaniach o udzielenie zamówienia na usługi społeczne o wartości równej lub przekraczającej wartości 750.000 euro – co ustawodawca podkreślił w art. 138l Pzp. przy braku wyłączenia prawa do środków ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi społeczne w wartości mniejszej, takie prawo przysługuje. Zakaz zawężającej wykładni prawa do sądu został potwierdzony przez Trybunał Konstytucyjny w wyrokach przywołanych przez Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wskazał na orzeczenia Sądu Okręgowego w Olsztynie z 25.08.2017 r., sygn. akt IX CA 807/17 oraz Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z 8.06.2018r., sygn. akt IV Ca 361/18, w których przesądzono, iż przepis art. 138o Pzp nie stanowi przeszkody do wnoszenia odwołania w postępowaniu o zamówienie na usługi społeczne. Art. 138o Pzp odnosi się wyłącznie do „udzielania zamówienia”, tj. znosi obowiązek pewnych czynności zamawiającego przed zawarciem umowy (przed udzieleniem zamówienia). Nie znosi kompetencji organów – prawa Prezesa UZP do kontroli oraz kognicji KIO.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Ustawy. Zgodnie ze wskazaną podstawą prawną, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

W przedmiotowej sprawie nie ulega wątpliwości, że przedmiotem zamówienia są usługi społeczne, których wartość Zamawiający oszacował na kwotę nie przekraczającą kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba zważyła, że w dziale III rozdział 6 ustawy Pzp ustawodawca zawarł przepisy dotyczące zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi ustanawiając specjalną procedurę udzielania tych zamówień, jeżeli ich wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe

lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz kwoty 1 000 000 euro w przypadku zamówień sektorowych. W art. 138g wskazano wprost, iż przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, zwanych dalej „zamówieniami na usługi społeczne”, jeżeli ich wartość przekracza równowartość wskazanych powyżej kwot. W procedurze udzielania ww. zamówień zastosowanie znajdują zasady równego traktowania i konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności, przepisy art. 17 i 18, działu I rozdziału 2a, działu II rozdziału 5, działu V rozdziału 3, działu VI, zaś odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy art. 22-22d, art. 24, art. 29-30b, art. 32-35 i art. 93 ustawy Pzp (art. 138k, art. 138l, art. 138m).

Jak ustalono powyżej, zamówienie będące przedmiotem niniejszej sprawy zostało oszacowane przez Zamawiającego na kwotę mniejszą niż wskazane powyżej progi. Dla tego typu zamówień na usługi społeczne ustawodawca dał zamawiającym możliwość udzielenia zamówienia zgodnie z określoną przez danego zamawiającego procedurą spełniającą minimalne wymogi określone w art. 138o ust. 2-4 ustawy Pzp. Przepisy te zobowiązują zamawiających do udzielenia zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący (ust. 2), do zamieszczenia na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, na stronie internetowej, ogłoszenia o zamówieniu, które zawiera informacje niezbędne z uwagi na okoliczności jego udzielenia, w szczególności termin składania ofert, opis przedmiotu zamówienia oraz określenie wielkości i zakresu zamówienia, a także kryteria oceny ofert (ust. 3). Art. 138o ust. 4 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego po udzieleniu zamówienia do niezwłocznego zamieszczenia na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, na stronie internetowej, informacji o udzieleniu zamówienia z podaniem nazwy albo imienia i nazwiska podmiotu, z którym zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. W razie nieudzielenia zamówienia zamawiający zobowiązany został do niezwłocznego zamieszczenia na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, na stronie internetowej, informacji o nieudzieleniu zamówienia. Co za tym idzie, zamawiający uprawniony jest do samodzielnego określenia szczegółowej procedury, w ramach której udzieli zamówienia na usługi społeczne o wartości mniejszej niż wskazana w art. 138g ust. 1 Ustawy, z uwzględnieniem wytycznych opisanych w art. 138o. Określone w tym artykule zasady prowadzenia tego typu postępowania są jedynymi wytycznymi ustanowionymi przez ustawodawcę dla zamówień na usługi społeczne o wartości mniejszej niż 750 000 euro.

W pozostałym zakresie zamawiający nie jest związany regulacjami Ustawy. Z uwagi na brak odesłania do stosowania przepisów działu VI w przypadku zamówień na usługi społeczne o

wartości mniejszej niż określona w art. 138g Ustawy, tak jak czyni się to w przypadku postępowań o wartości równej lub przekraczającej wskazane w art. 138g Ustawy kwoty (art. 138l Ustawy), nie ma podstaw do przyjęcia, iż przepisy działu VI mają zastosowanie do tej grupy zamówień. Ustawodawca przyjął odmienny sposób uregulowania tych dwóch grup postępowań na usługi społeczne. Z powyższego należy wywieść, że wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie, o którym mowa w art. 138o Ustawy nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na czynności zamawiającego. Odwołujący w oderwaniu od przepisów opisujących postępowanie na usługi społeczne (dział III, Rozdział 6 Ustawy) rozszerzył w drodze wykładni stosowanie przepisów działu VI na zamówienia o wartości nie przekraczającej kwoty 750 000 euro, chociaż przepisy Ustawy takiego odesłania nie zawierają.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w przepisach 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 2010 r., nr 41, poz. 238 ze zm.), które regulują kwestię wysokości wpisu od odwołania wnoszonego od czynności podjętych w postępowaniu na usługi społeczne o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy. Przepisy ww. rozporządzenia nie określają kwoty wpisu należnego w postępowaniach na usługi społeczne o wartości mniejszej niż kwoty wskazane w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający, działając zgodnie z wytycznymi zawartymi w art. 138o Ustawy, stworzył własną procedurę udzielenia zamówienia z uwzględnieniem norm wskazanych w ww. przepisie, której przestrzeganie stanowi podstawę zarzutów podniesionych w odwołaniu. Tym samym Izba rozpoznając odwołanie oceniałaby czynność zamawiającego pod kątem zgodności z procedurą, która stanowi odrębną od przewidzianej w Ustawie i znajdującą zastosowanie w postępowaniu o wartości powyżej kwoty 750 000 euro. Brak jest zatem podstaw do oceny czynności Zamawiającego, bowiem ocenie Izby mogą być poddane jedynie czynności i zaniechania Zamawiającego, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy (art. 180 ust. 1).

Jak stwierdzono powyżej, przepisy art. 138o Ustawy, do których zastosowania zobowiązany jest Zamawiający nie odsyłają do stosowania przepisów działu VI Ustawy, tak, jak jest to w przypadku zamówień na usługi społeczne o wartościach przekraczających kwoty, o których mowa w art. 138g Ustawy. Ustawodawca nie dał zatem wykonawcom ubiegającym się o zamówienie na usługi społeczne o wartości poniżej kwot wskazanych w art. 138g Ustawy możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w dziale VI ustawy, co

jest spójne z treścią ww. rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Ustawy, jako że do przedmiotowej sprawy nie mają zastosowania przepisy ustawy.

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.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....