

Sygn. akt: KIO 2697/17

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 4 stycznia 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**  
**Członkowie: Anna Wojciechowska**  
**Rafał Zadrożny**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 4 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2017 r. przez **wykonawcę B. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: Centrum Aktywizacji Zawodowej – ATUT B. K. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Szczebrzeszyn z siedzibą w Szczebrzeszynie**

**orzeka:**

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę B. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: Centrum Aktywizacji Zawodowej – ATUT B. K. z siedzibą w Warszawie** 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 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zamościu**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Gmina Szczepieszyn z siedzibą w Szczepieszynie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Usługę w zakresie prowadzenia kursów i szkoleń dla uczniów i nauczycieli.*

W dniu 20 grudnia 2017 r. wykonawca B. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Centrum Aktywizacji Zawodowej – ATUT B. K. z siedzibą w Warszawie wniosła odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy P. S. z Lublina jako nieodpowiadającej treści ogłoszenia oraz wyboru oferty ww. wykonawcy w postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 138o ust. 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3, 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru wykonawcy w części I, III i V zamówienia, odrzucenia oferty ww. wykonawcy w części I, III i V zamówienia oraz dokonania ponownej oceny ofert.

Ponadto na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp Izba nie potwierdziła skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy P. S. z Lublina, z uwagi na zgłoszenie przystąpienia po upływie terminu wynikającego z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

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

Przedmiotem zamówienia jest usługa prowadzenia kursów i szkoleń dla uczniów i nauczycieli, co oznacza że zalicza się do katalogu usług społecznych i innych usług szczególnych. Usługi prowadzenia kursów i szkoleń dla uczniów i nauczycieli mieszczą się w katalogu zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi określone w Załączniku XIV do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 56.286,83 euro, zatem jest mniejsza niż kwoty określone w art. 138g ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (poniżej 750 000 euro).

Zamawiający niniejsze postępowanie prowadzi w trybie art. 138o ustawy Pzp, co zostało wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu na usługi społeczne z dnia 17 listopada 2017 r.

Odwołujący wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P. S. z Lublina jako nieodpowiadającej treści ogłoszenia oraz wyboru oferty ww. wykonawcy w postępowaniu.

W pierwszej kolejności chcąc udzielić odpowiedzi czy w postępowaniach na usługi społeczne poniżej progów mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp dotyczące środków ochrony prawnej należy uwzględnić następujące przepisy ustawy z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Zgodnie z ust. 1 art. 138g przepisy niniejszego działu stosuje się do zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, zwanych dalej „zamówieniami 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 przypadkach zamówień sektorowych.

Ponadto zgodnie z art. 138h ustawy Pzp 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 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.

Ponadto zgodnie z art. 138o ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wartość zamówienia na usługi społeczne jest mniejsza niż kwoty określone w art. 138g ust. 1, zamawiający może udzielić zamówienia stosując przepisy ust. 2-4. Zgodnie z ust. 2 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: 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 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 (ust. 4 art. 138o ustawy Pzp).

Dokonując analizy treści przywołanych przepisów ustawy Pzp wnioskować należy, że art. 138o ustawy Pzp stanowi odrębną podstawę udzielania zamówienia na usługi społeczne poniżej progów, o których mowa w art. 138g ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji powyższego Zamawiającego w żaden sposób nie wiążą przepisy ustawy - w tym również przepisy odnoszące się do środków ochrony prawnej - a Zamawiający ma swobodę w określaniu szczegółowych rozwiązań w ramach prowadzonej procedury. 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.

Pamiętać należy, że Krajowa Izba Odwoławcza może rozstrzygać spory pomiędzy stronami wyłącznie w granicach art. 180 ust. 1 ustawy, to jest dokonując oceny czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie 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 (nawet stosującym rozwiązania oparte na instytucjach ustawowych).

Ponadto istotnym argumentem mającym znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego problemu ma również to, że przepis art. 138o ustawy Pzp nie zawiera odesłania do stosowania przepisów działu VI ustawy Pzp – a odnoszących się do środków ochrony prawnej. Gdyby Ustawodawca przewidział możliwość stosowania środków ochrony prawnej dla zamówień na usługi społeczne o wartości nieprzekraczającej progów, powyższe przewidziałyby w sposób wyraźny w przepisach ustawy Pzp – analogicznie jak w przypadku zamówień na usługi społeczne powyżej progów, co wynika z art. 138l w zw. z art. 138g ustawy Pzp.

Dodatkowo – co również nie może umknąć uwadze Izby – Ustawodawca w pierwszej kolejności – uwzględniając chronologię przepisów ustawy Pzp odnoszących się do usług społecznych – uregulował procedurę odnoszącą się do postępowań na usługi społeczne powyżej progów, a w następnej kolejności w przepisie art. 138o ustawy wprowadził regulacje dotyczące zamówień na usługi społeczne poniżej progów, zatem nie można zgodzić się z argumentacją, że do usług społecznych poniżej progów mógłby mieć zastosowanie przepis art. 138l ustawy Pzp – odnoszący się do zamówień powyżej progów.

Zauważenia również wymaga, że przepis art. 138o ustawy Pzp reguluje w sposób szczególny procedurę odnoszącą się do zamówień na usługi społeczne poniżej progów, nie przewidując możliwości stosowania przepisów odnoszących się do środków ochrony

prawnej. Nie może również umknąć uwadze Izby to, że dział VI odnoszący się do środków ochrony prawnej zawiera nie tylko przepisy umożliwiające odwołującemu wniesienie środka ochrony prawnej, ale również przepisy nakładające na zamawiającego szereg obowiązków w związku z wniesionym przez wykonawcę odwołaniem. Zatem wobec braku wyraźnej regulacji Ustawodawcy nieuprawnionym byłoby nakładanie na Zamawiającego obowiązków, które nie zostały wprost przewidziane w ustawie.

Nadmienić również należy, 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 2010 r., Nr 41, poz. 238) 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.

W konsekwencji jeszcze raz podkreślenia wymaga to, że Zamawiającego w przypadku postępowań prowadzonych w oparciu o art. 138o ustawy Pzp, wiążą bezwzględnie przepisy ustawy Pzp, tylko w zakresie reguł wskazanych w ust. 2 – 4 powyższego artykułu i tym samym w przypadku tego postępowania, wykonawca, wobec zakresu wyznaczonego przez Zamawiającego, nie ma możliwości skorzystania ze środków odwoławczych określonych w dziale VI ustawy Pzp.

Wobec powyższego przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi iż w niniejszej sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

W związku z powyższym, 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 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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. 238z późn. zm.). 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 (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....