

Sygn. akt: KIO 3478/20

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 14 stycznia 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 14 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 28 grudnia 2020 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Catermed S.A., ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź i Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Postęp” Sp. z o.o., ul. Portowa 16G, 44-100 Gliwice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Cieszynie, ul. Bielska 4, 43-400 Cieszyn**

**orzeka:**

1. Odrzuca odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Catermed S.A., ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź i Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Postęp” Sp. z o.o., ul. Portowa 16G, 44-100 Gliwice** i 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: Catermed S.A., ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź i Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Postęp” Sp. z o.o., ul. Portowa 16G, 44-100 Gliwice** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i art. 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz.1843) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020 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:** .....

## Uzasadnienie

Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Cieszynie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest świadczenie usług w zakresie przygotowania i dostarczania posiłków stanowiących całodzienne wyżywienie dla pacjentów Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Cieszynie. Postępowanie prowadzone jest w oparciu o art. 138o ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz.1843), a jego wartość została oszacowana na kwotę nie przekraczającą 750 000 euro.

W dniu 28 grudnia 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Catermed S.A. i Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Postęp” Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wnieśli odwołanie od czynności Zamawiającego – wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”):

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 138o ust. 1-4 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy P.H.U. „TIKA” I. L., podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”), gdyż stanowiące treść oferty jadłospisy są niezgodne z wymogami opisu przedmiotu zamówienia.
2. art. 138o ust. 2 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy P.H.U. „TIKA” I. L., podczas gdy Zamawiający nieprawidłowo przyznał tej ofercie maksymalną ilość punktów w ramach kryterium oceny ofert „jakość” i nieprawidłowo nie przyznał maksymalnej ilości punktów w ramach tego kryterium ofercie Odwołującego, na skutek czego wynik postępowania jest nieprawidłowy, a procedura oceny ofert - nieprzejrzysta, nieobiektywna i dyskryminująca Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty wykonawcy P.H.U. „TIKA” I. L.,

- alternatywnie, w razie nieuznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że oferta w/w wykonawcy podlega odrzuceniu - ponowienia czynności oceny ofert, w tym przez przyznanie ofercie w/w wykonawcy mniejszej ilości punktów,

3. ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z art. 138o ustawy Pzp dotyczącym zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, na zasadach określonych w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 3 grudnia 2020 r. W piśmie z dnia 8 stycznia 2021 r. skierowanym do Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający oświadczył, że wartość zamówienia jest nie przekracza w złotych równowartości kwoty 750 000 euro.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

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 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.

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 Pzp, z uwzględnieniem wytycznych opisanych w art. 138o ustawy Pzp. Określone w art. 138o ustawy Pzp zasady prowadzenia tego typu postępowania są jedynymi wytycznymi ustanowionymi przez ustawodawcę.

W pozostałym zakresie zamawiający nie jest związany regulacjami ustawy Pzp. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują odesłania do stosowania przepisów działu VI ustawy Pzp w przypadku zamówień na usługi społeczne o wartości mniejszej niż określona w art. 138g ustawy Pzp, tak jak czynią to w przypadku takich postępowań o wartości równej lub przekraczającej wskazane w art. 138g ustawy Pzp kwoty (art. 138l ustawy Pzp). Ustawodawca przyjął odmienny sposób uregulowania tych dwóch grup postępowań. Z powyższego należy wywieść, że wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie, o którym mowa w art. 138o ustawy Pzp nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na czynności zamawiającego.

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., poz. 972), 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 Pzp. 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 Pzp.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający, działając zgodnie z wytycznymi zawartymi w art. 138o ustawy Pzp, stworzył własną procedurę udzielenia zamówienia z uwzględnieniem norm wskazanych w ww. przepisie. 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 ustawy Pzp). Jak stwierdzono powyżej, przepisy art. 138o ustawy Pzp, do których zastosowania zobowiązany jest Zamawiający nie odsyłają do stosowania przepisów działu VI ustawy Pzp, tak, jak jest to w przypadku zamówień na usługi społeczne o wartościach przekraczających kwoty, o których mowa w art. 138g ustawy Pzp. Jednoznacznie zatem ustawodawca nie dał wykonawcom ubiegającym się o zamówienie na usługi społeczne o wartości poniżej kwot wskazanych w art. 138g ustawy Pzp możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w dziale VI ustawy Pzp, 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 Pzp, 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. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:** .....