

Sygn. akt: KIO 168/18

POSTANOWIENIE
z dnia 5 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Członkowie: Paweł Trojan

Rafał Zadrożny

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 5 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Vendi Servis sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz „Izan +” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Płocki Zakład Opieki Zdrowotnej Sp. z o.o.**

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Vendi Servis sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz „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 tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579, 2018) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Płocku**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Płocki Zakład Opieki Zdrowotnej Sp. z o.o.– prowadzi na podstawie art. 138 o ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „*Świadczenie usług związanych z przygotowaniem całodziennego wyżywienia z uwzględnieniem diet i kaloryczności dla pacjentów Szpitala Świętej Trójcy oraz Zakładu Pielęgnacyjno – Opiekuńczego w Płocku*”, Nr sprawy: PZOZ/DZP/382/01US/18.

W dniu 29 stycznia 2018 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Vendi Servis sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz „Izan +” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – dalej Odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 stycznia 2018 r. udzielonego przez prezesa zarządu Vendi Servis sp. z o.o. oraz prezesa zarządu „Izan +” sp. z o.o. uprawnionych do reprezentacji zgodnie z KRS. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 29 stycznia 2018 r. drogą elektroniczną (via e-mail). Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy R. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Firma Usługowo-Handlowa “Ol-Maró” R. L. z siedzibą w Skępe oraz zaniechania odrzucenia tej oferty, a także zaniechania wezwania tego Wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 138o ust. 2 ustawy pzp, art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 138o ust. 2 ustawy pzp oraz art. 26 ust. 3 w zw. z art. 138o ust. 2 ustawy pzp, a także art. 7 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 w zw. z art. 138o ust. 2 ustawy pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazania odrzucenia oferty Wykonawcy R. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Firma Usługowo-Handlowa “Ol-Maró” R. L. z siedzibą w Skępe i nakazania powtórzenia dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący zaznaczył, że w wypadku zawarcia przez Zamawiającego umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego przed dniem wydania wyroku w wyniku rozpatrzenia niniejszego odwołania, żąda unieważnienia umowy. Odwołujący wskazał, że posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i została ona sklasyfikowana przez Zamawiającego na drugim miejscu. W wyniku uwzględnienia odwołania oferta Wykonawcy R. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Firma

Usługowo-Handlowa "OI-Maró" R. L. z siedzibą w Skępe będzie podlegała odrzuceniu, a zamówienie powinno zostać udzielone Odwołującemu.

W dniu 30 stycznia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania zamieszczając jego kopię na swojej stronie internetowej i wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że w terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania żaden Wykonawca nie zgłosił przystąpienia w trybie art. 185 ust. 2 ustawy pzp do postępowania odwoławczego.

Przedmiotem zamówienia jest usługa związana z przygotowaniem całodziennego wyżywienia, co oznacza że zalicza się do katalogu usług społecznych i innych usług szczególnych. Usługi przygotowywania, gotowania i dostarczania posiłków 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 - Usługi hotelowe i restauracyjne.

Zamawiający niniejsze postępowanie prowadzi w trybie art. 138o ustawy pzp. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Informacji Publicznej Zamawiającego z dnia 9 stycznia 2018 r. i odbywa się na zasadach w nim określonych. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi nie przekracza kwoty określonej w art. 138 g ust. 1 ustawy pzp i została ustalona na kwotę 898 662,06 zł, co stanowiło 215 253,55 euro.

Zamawiający w pkt 18 ogłoszenia zawarł pouczenie o środkach ochrony prawnej, a mianowicie przewidział, że Wykonawcy który złożył ofertę, przysługuje możliwość złożenia zażalenia na decyzję Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty najkorzystniejszej w terminie 3 dni od dnia przekazania przez Zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 24 stycznia 2018 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej i przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej Wykonawcy R. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Firma Usługowo-Handlowa "OI-Maró" R. L. z siedzibą w Skępe.

Izba stwierdziła, że niniejsze odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, bowiem w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Izba zauważa, że uregulowania dotyczące udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi została wyodrębniona w ustawie pzp w dziale III rozdziale 6 ustawy. 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 dyspozycją art. 138h ustawy pzp. W ramach tego rodzaju zamówień Ustawodawca przewidział niejako dwie procedury w zależności od wartości udzielanego zamówienia.

Mianowicie, przepisy rozdziału 6 ustawy stosuje się do zamówień na usługi społeczne, których wartość 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. 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, a przepisy art. 22-22d, art. 24, art. 29-30b oraz art. 32-35 stosuje się odpowiednio.

Jednocześnie, w przypadku gdy wartość zamówienia na usługi społeczne jest mniejsza od wymienionych wyżej kwot Zamawiający może udzielić zamówienia stosując przepisy art. 138o ust. 2-4 ustawy pzp. W takim przypadku Zamawiający jest zobowiązany udzielić zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący (art. 138o ust. 2 ustawy pzp). Ponadto, zamieszcza na swojej stronie 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 jest zobligowany zamieścić 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).

W ocenie Izby uregulowania zawarte w art. 138o ustawy pzp stanowią odrębną procedurę udzielania zamówienia na usługi społeczne, na co wskazuje analiza treści oraz chronologia przywołanych przepisów. Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego ustalenia i opisanie szczegółowej procedury, w ramach której udzieli zamówienia na usługi

społeczne o wartości mniejszej niż wskazana w art. 138g ust. 1 ustawy pzp, mając na względzie minimalne wymagania opisane w art. 138o ust. 2-4 ustawy pzp. Tym samym Zamawiającego nie wiążą przepisy ustawy, w tym również przepisy odnoszące się do środków ochrony prawnej. Zauważenia wymaga, że Ustawodawca nie odsyła w tym artykule do stosowania przepisów działu VI ustawy pzp, tak jak ma to miejsce w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro – w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz 1 000 000 euro – w przypadku zamówień sektorowych (w tych przypadkach odwołanie przysługuje, zgodnie z art. 138l ustawy pzp).

Odnosząc wskazane rozważania do niniejszego zamówienia, Zamawiający poinformował w ogłoszeniu zamieszczonym w Biuletynie Informacji Publicznej, że prowadzi postępowanie w trybie procedury określonej w art. 138o ustawy pzp, bowiem jest to zamówienie o wartości mniejszej niż wskazana w art. 138g ust. 1 ustawy pzp. W konsekwencji wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie, o którym mowa w art. 138o ustawy pzp, nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 1 ustawy pzp Izba rozstrzyga spory dokonując oceny czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, nie zaś w oparciu o postanowienia ogłoszenia stanowiącego uregulowania własne Zamawiającego, nawet jeśli stanowią pośrednio odzwierciedlenie instytucji przewidzianych ustawą.

Izba podkreśla również, 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 ze zm.), 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.

Izba stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega zatem odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, jako że w niniejszej sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Mając na względzie powyższe, 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 ustawy 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.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....