

Sygn. akt: KIO 467/20

POSTANOWIENIE
z dnia 13 marca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**
Członkowie: **Aleksandra Patyk**
 Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 13 marca 2020 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego w dniu 4 marca 2020 roku przez wykonawcę Catermed spółka akcyjna z siedzibą w Łodzi

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Miasto Kołobrzeg, Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Kołobrzegu

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Catermed spółka akcyjna z siedzibą w Łodzi i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Catermed spółka akcyjna z siedzibą w Łodzi 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 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 Koszalinie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Kołobrzeg, Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Kołobrzegu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Świadczenie usług gastronomicznych dla Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Kołobrzegu na bazie lokalowej dzierżawionej od Zamawiającego”.

4 marca 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby wpłynęło odwołanie wykonawcy Catermed spółka akcyjna z siedzibą w Łodzi.

Działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm. dalej: ustawy), Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, tj. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PPUH G. D. oraz zaniechania odrzucenia oferty PPUH G. D. i zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy BNF sp. z o.o., jako że oferty tych wykonawców zawierają błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 138o ust. 1 i ust. 2 ustawy w związku z Rozdziałem VII "Opis sposobu przygotowania ofert" pkt 19 ppkt 3 ogłoszenia o zamówieniu przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PPUH G. D. i wykonawcy BNF sp. z o.o., w sytuacji gdy oferty tych wykonawców zawierają błędy w obliczeniu ceny, w wyniku czego powinny być odrzucone, zgodnie z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu;
- 2) art. 138o ust. 1 i ust. 2 ustawy przez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy PPUH G. D., która powinna podlegać odrzuceniu, co narusza zasady obiektywizmu, przejrzystości i niedyskryminacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; odrzucenia oferty wykonawcy PPUH G. D.; odrzucenia oferty wykonawcy BNF sp. z o.o.; powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający, co wynika z pisma z dnia 5 marca 2020 roku przesłanego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym samym dniu, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty przekazał wykonawcom w dniu 28 lutego 2020 roku, natomiast kopię odwołania Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 4 marca 2020 roku.

Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do dnia wydania postanowienia nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła:

Postępowanie o zamówienie publiczne pod nazwą: „Świadczenie usług gastronomicznych dla Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Kołobrzegu na bazie lokalowej dzierżawionej od Zamawiającego” prowadzone jest w procedurze przewidzianej dla zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi zgodnie z art. 138o ustawy (co Zamawiający podał w pkt. II *Ogłoszeniem o zamówieniu na usługi społeczne o wartości zamówienia poniżej wyrażonej w złotych równowartości kwoty 750.000 Euro, o której mowa w art. 138o Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn.zm.)*).

Zgodnie z *ww. ogłoszeniem* przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług gastronomicznych dla Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Kołobrzegu na bazie lokalowej dzierżawionej od Zamawiającego przez okres 48 miesięcy.

Oznaczenie wg kodów CPV: 55322000-3 – usługi gotowania posiłków; 55321000-6 – usługi przygotowania posiłków.

W piśmie z dnia 5 marca 2020 roku Zamawiający wskazał wartość zamówienia 925 344 zł netto, oraz wskazał, że postępowanie prowadzone jest w trybie postępowania na usługi społeczne poniżej 750 000 Euro.

9 lutego 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego z tego samego dnia *Odpowiedź Zamawiającego*. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu.

Izba zważyła, biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzone w procedurze przewidzianej dla zamówień na usługi społeczne i inne

szczególne usługi zgodnie z art. 138o ustawy, zgodnie z poczynionymi przez Izbę ustaleniami, 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: 55321000-6, 55322000-3.

Stosownie do art. 138g ust. 1 ustawy, przepisy ustawy 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, który należy odnosić, do postępowań o ww. wartościach, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne jest prowadzone m.in. z zastosowaniem przepisów działu VI ustawy Środki ochrony prawnej.

W przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonej w procedurze przewidzianej dla zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi zgodnie z art. 138o ustawy wartość zamówienia ustalona została na kwotę 925 344 zł (ogłoszenie o zamówieniu) – a więc wartość zamówienia nie przekracza kwoty 750 000 euro.

W przypadku postępowania na usługi społeczne o wartości poniżej ww. progów zastosowanie będzie miał art. 138o ustawy, który w ust. 1 stanowi, że Zamawiający udzielający zamówienia na usługi społeczne o wartości poniżej kwot określonych w art. 138g ustawy, ma możliwość udzielenia zamówienia zgodnie z określoną przez siebie procedurą, stosując wymogi określone w art. 138o ust. 2-4 ustawy. Tym samym charakter i przebieg postępowania o zamówienia na takie usługi jest określany przez Zamawiającego samodzielnie, przy uwzględnieniu m.in. ich specyfiki oraz własnych potrzeb. Przepisy art. 138o ust. 2-4 ustawy Pzp 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 na usługi społeczne w oparciu o art. 138o ustawy tworzona jest przez Zamawiającego, a nie jest procedurą określoną przez ustawę. Z tego względu, w ocenie Izby, brak jest podstaw do poddania pod rozpoznanie Izby czynności czy zaniechań 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 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. Dla przyjęcia, że podmiotowi przysługuje odwołanie niezbędnym i koniecznym jest wskazanie, że z ustawy wynikają określone obowiązki dla Zamawiającego. Zaznaczenia wymaga, że brak obowiązku stosowania w określonych ustawą progach kwotowych dla zamówień na usługi społeczne ściśle określonych regulacji ustawowych powoduje, że nie istnieją dookreślone normy i zasady postępowania dla wybranej przez podmiot zamawiający procedury udzielenia zamówienia.

Izba nie posiada zatem uprawnień (nie ma takiego zakresu swojego działania) w zakresie dokonywania oceny czynności czy zaniechań Zamawiającego w sytuacji, gdy te nie mają oparcia w ustawie. Izba nie ma uprawnienia do rozpoznawania odwołań co do oceny czynności czy zaniechań Zamawiającego opartych na wzorcu stworzonym wyłącznie przez Zamawiającego. Nie uzasadnia również możliwości rozpoznania odwołania przez Izbę stosowanie przez Zamawiającego analogicznych rozwiązań jak w ustawie, czy też nawet odwoływanie się do nich, bowiem przyjęcie danych przepisów nie powoduje automatycznie, że Zamawiający jest obowiązany je stosować, a tym samym, że ocena jego działań czy zaniechań będzie rozpatrywana w kontekście naruszenia ustawy. Zapożyczenie danych rozwiązań nie powoduje, że w danej procedurze zamówieniowej stają się one rozwiązaniami ustawowymi, a ich ocena dokonywana jest jak naruszeń ustawowych z pełnym wykorzystaniem ustawy.

Dopełnienia powyższą argumentację również fakt, że 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 2018 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. 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. Nie sposób uznać, aby racjonalny prawodawca pominął tak ważną kwestię jak wysokość wpisu od odwołania i pozostawił ją nieuregulowaną w ww. przepisach.

Warto również w tym miejscu wskazać na obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu, o których mowa w ustawie – zamówienia prowadzonego zgodnie z przepisami ustawy – w publikatorach określonych ustawą tj. Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej oraz Biuletyn

Zamówień Publicznych, o czym mówi art. 11 ustawy. Natomiast ogłoszenie o zamówieniu na usługi społeczne Zamawiający zobowiązany jest zgodnie z art. 138o ust. 3 ustawy zamieścić jedynie na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej.

Wskazać również należy, że (...) *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. Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że wykonawcy w postępowaniu o zamówienie na usługi społeczne o wartości poniżej ustawowego progu nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. W przypadku postępowań prowadzonych w oparciu o art. 138o ustawy Zamawiającego nie wiążą przepisy ustawy, 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).

W odniesieniu do usług społecznych o wartości poniżej progów określonych w art. 138g ust. 1 ustawy, ustawa nie zawiera regulacji uprawniających wykonawców do skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej, jak również nie zawiera 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. Stanowisko takie prezentowane jest w przeważającej części orzecznictwa Izby.

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

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 2 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. 2018, poz. 972 ze zm.).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....
