

Sygn. akt: KIO 973/17

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 25 maja 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:                      Andrzej Niwicki**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 25 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 17 maja 2018 r. przez wykonawcę **Vendi Servis sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy im. Prof. Dr Stanisława Popowskiego w Olsztynie**

**orzeka:**

1. Odrzuca odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Vendi Servis sp. z o.o. 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 **Vendi Servis sp. z o.o. 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 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 Olsztynie**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy im. Prof. dr Stanisława Popowskiego w Olsztynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o nazwie: „Kompleksowe, całodzienne, całodobowe żywienie pacjentów hospitalizowanych w Wojewódzkim Specjalistycznym Szpitalu Dziecięcym w Olsztynie wraz z dzierżawą lokalu użytkowego”, numer zamówienia: SZP-332-36US- 2018, ogłoszonego Biuletynie Informacji Publicznej Zamawiającego w dniu 14 maja 2018 roku.

Wykonawca Vendi Servis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (Odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, tj. wobec treści SIWZ i treści ogłoszenia, tj. określenia warunku udziału w postępowaniu z naruszeniem przepisów ustawy Pzp i w sposób dyskryminujący niektórych Wykonawców.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 138o ust. 2 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego polegającego na dysponowaniu odpowiednio wyposażonej kuchni wraz z zapleczem, zlokalizowanej na terenie administracyjnym m. Olsztyn lub w odległości max. do 20 km do miejsca docelowej dostawy posiłków do Zamawiającego, co jest określeniem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i uniemożliwiającym ocenę minimalnych zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia - co jest określeniem dyskryminującym w stosunku do innych Wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, ale nieposiadających kuchni zlokalizowanej zgodnie z tym wymaganiem;
2. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i z naruszeniem zasady równego traktowania Wykonawców.

Zażądał nakazania Zamawiającemu:

- a) zmianę Rozdziale V lit. B pkt 1.3.2 ppkt 1) lit. a) ogłoszenia o zamówieniu poprzez zastąpienie zapisu „ w odległości do max. 20 km miejsca docelowej dostawy posiłków do Zamawiającego” zapisem: „w odległości do 50 km od siedziby Zamawiającego”; oraz
- b) zmianę w rozdziale V SIWZ lit. B. pkt 1.3.2. ppkt 1) lit. a) poprzez zastąpienie zapisu „ w odległości do max. 20 km do miejsca docelowej dostawy posiłków do Zamawiającego” zapisem: „odległości do 50 km od siedziby Zamawiającego”.

Izba ustaliła co następuje:

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z art. 138o ustawy Pzp, dotyczącym zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w art. 138g ust. 1, do jego udzielenia stosuje się przepisy art. 138o ust. 2-4 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że niniejsze odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Przedmiotem niniejszego zamówienia są usługi społeczne, których wartość Zamawiający oszacował na kwotę 579 011 euro, a zatem 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 odpowiednio 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., 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 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:** .....