

Sygn. akt: KIO 924/20

POSTANOWIENIE
z dnia 14 maja 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 14 maja 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę **Catermed S.A. w Łodzi**

w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny z siedzibą w Olsztynie**

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Catermed S.A. w Łodzi** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Catermed S.A. w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Ustalono, że Wojewódzki Szpital Specjalistyczny z siedzibą w Olsztynie, zwany dalej także „zamawiającym”, wszczął i prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest kompleksowa usługa żywienia pacjentów szpitalnych wraz dzierżawą pomieszczenia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego w dniu 24 kwietnia 2020 r. oraz w Biuletynie Informacji Publicznej w tej samej dacie.

W dniu 29 kwietnia 2020 roku wykonawca Catermed S.A. w Łodzi (zwany dalej „odwołującym”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5b pkt 1 w zw. z art. art. 5c ust. 1-2 ustawy Pzp przez dokonanie przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia połączenia zamówień na usługi i roboty budowlane w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, a to przez wskazanie, że przedmiotem zamówienia są usługi gastronomiczne mające status zamówień na usługi społeczne, podczas gdy rzeczywiście przedmiot zamówienia obejmuje trwającą rok usługę gastronomiczną oraz wykonanie robót budowlanych o wartości znacznie przekraczającej wartość usługi gastronomicznej, co powoduje, że w świetle przywołanych przepisów zamówienie powinno zostać udzielone w oparciu o przepisy właściwe dla robót budowlanych, nie zaś dla zamówień na usługi społeczne,
- 2) art. 22 ust. 1a oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez:
 - a) określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w ten sposób, że *„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaze, że w okresie ostatnich 3 lat dokona adaptacji pomieszczeń po byłej pralni znajdującej się na posesji szpitala”*, który to warunek jest dalece niejasny i nieprzejrzysty, w sposób uniemożliwiający odczytanie celu jaki zamawiający miał w jego ustanowieniu, a biorąc pod uwagę że termin składania ofert upływa 30 kwietnia 2020 r., jest niemożliwy do spełnienia: gdyby zaś rozumieć ten warunek w ten sposób, że wykonawca ma wykazać się wykonaniem adaptacji pomieszczeń po byłej pralni znajdującej się na posesji dowolnego szpitala, to warunek ten jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia,
 - b) określenie wymaganych od wykonawców dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i nieprzejrzysty, a to poprzez określenie wymogu przekazania zamawiającemu koncepcji zagospodarowania pomieszczeń w sposób nazbyt ogólny, z brakiem przedstawienia choćby minimalnych wymagań przez zamawiającego w tym względzie, z przedstawieniem w załączeniu do

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”) dokumentów niedostatecznych do ustalenia podstawowych parametrów możliwej do wykonania adaptacji pomieszczeń,

3. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie wykonania robót budowlanych celem przystosowania pomieszczeń szpitalnych na potrzeby kuchni szpitalnej w sposób nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a to przez wskazanie niemożliwego ze względów technicznych i prawnych sposobu wykonania zamówienia, co mogłoby prowadzić do podejmowania przez zwycięskiego wykonawcę działań niezgodnych z prawem celem prawidłowego wykonania zamówienia,
4. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 30 ust. 1 pkt 1 i art. 30 ust. 8 oraz art. 31 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie wykonania robót budowlanych celem przystosowania pomieszczeń szpitalnych na potrzeby kuchni szpitalnej bez opisanie jakichkolwiek minimalnych oczekiwań co do rezultatów przeprowadzonych robót budowlanych, w dodatku bez określenia ich cech technicznych oraz bez opisanie tych robót budowlanych za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego,
5. art. 29 ust. 1 i 2 oraz w zw. z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie wykonania robót budowlanych celem przystosowania pomieszczeń szpitalnych na potrzeby kuchni szpitalnej w sposób nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a także w sposób nieprzewidujący żadnego odrębnego wynagrodzenia za wykonanie tych robót budowlanych, podczas gdy wynagrodzenie za wykonanie zamówienia uzależnione jest od liczby zamówionych posiłków, co może oznaczać, że zamówienie zostanie wykonane nieodpłatnie wbrew regule odpłatności zamówienia publicznego,
6. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 15 i art. 140 ust. 1 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie wykonania robót budowlanych celem przystosowania pomieszczeń szpitalnych na potrzeby kuchni szpitalnej w sposób nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w szczególności w sposób sprzeczny wewnątrznie, a to przez wskazanie w rozdziale XV SIWZ, że zamawiający nie przewiduje wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, podczas gdy w § 11 projektu umowy wskazano na konieczność jego wniesienia, co wprowadza w błąd wykonawców,
7. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 9a ust. 1 ustawy Pzp przez nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia z jednoczesnym uniemożliwieniem odwołującemu zapoznania się na miejscu z przedmiotem zamówienia, w szczególności przez określenie w SIWZ terminu składania ofert nieuwzględniającego czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia

oferty, w szczególności przez umieszczenie ogłoszenia w dniu 24 kwietnia 2020 r. (piątek) z jednoczesnym ustaleniem nieprzekraczalnego terminu wizji lokalnej na godzinę 10:00 dnia 27 kwietnia 2020 r. (poniedziałek) i terminu składania ofert na 30 kwietnia 2020 r. o godzinie 10:30, a także odmówienie w dniu 27 kwietnia 2020 r. odwołującemu zgody na przeprowadzenie wizji lokalnej, w konsekwencji czego odwołujący został pozbawiony możliwości rzetelnego przygotowania oferty,

8. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 11 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia z zaniechaniem umieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych lub w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, podczas gdy z opisu przedmiotu zamówienia wyraźnie wynika, że wartość zamówienia jest wyższa niż 30.000 euro,
9. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 32 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisu art. 138o ustawy Pzp, podczas gdy wartość zamówienia jest wyższa niż 30.000 euro i niż 750.000 euro, co wyraźnie wynika z opisu przedmiotu zamówienia, lecz zamawiający celem uniknięcia stosowania przepisów ustawy zaniżył wartość zamówienia,
10. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 138o ust. 1-3 ustawy Pzp przez jego błędne zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu, gdyż zamawiający opisując przedmiot zamówienia błędnie przyjął, że usługi gastronomiczne są głównym przedmiotem zamówienia i podlegają łączeniu z zamówieniem na roboty budowlane, a w konsekwencji wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza 750.000 euro, podczas gdy powyższe zostało dokonane sprzecznie z prawem i postępowanie nie może być procedowane w oparciu o art. 138o ustawy Pzp z pominięciem przepisów właściwych dla robót budowlanych.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. zmiany SIWZ w następującym zakresie:
 - a) zmiany warunku udziału w postępowaniu rozdział V. 1.1. o następującej treści:

"1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, w zakresie w jakim zostały określone przez zamawiającego i dotyczą:

1.1. Zdolności technicznej lub zawodowej — Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w . okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert:

1.1.1. wykonał należycie co najmniej jedną kompleksową usługę żywienia polegającą na przygotowaniu posiłków, dystrybucji do miejsca spożycia oraz odbiór naczyń dla min. 150 osób.

1.1.2. *dokona adaptacji pomieszczeń po byłej pralni znajdującej się na posesji szpitala.*" na treść następującą:

"1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, w zakresie w jakim zostały określone przez zamawiającego i dotyczą:

1.1. Zdolności technicznej lub zawodowej - Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert:

1.1.1. wykonał należycie co najmniej trzy usługi kompleksowego świadczenia usług żywienia polegającą na przygotowaniu posiłków dla pacjentów szpitali, dystrybucji do miejsca spożycia oraz odbiór naczyń dla min. 150 osób. "

1.1.2. Wykonał należycie co najmniej jedną usługę remontu obiektu kuchni"

b) jednoznacznego wskazania w SIWZ zakresu: co powinna zawierać koncepcja zagospodarowania pomieszczeń wymagana na spełnienie warunków udział w postępowaniu rozdział VI SIWZ,

c) zmiany SIWZ w pkt. VII.3 przez dopisanie słów *„Jeśli przedstawiciel wykonawcy nie był obecny na wyznaczonym terminie wizji lokalnej, Zamawiający zobowiązuje się umożliwić temu wykonawcy odbycie wizji lokalnej w terminie jednego dnia roboczego od otrzymania wniosku o przeprowadzenie wizji lokalnej”*,

2. uzupełnienia § 7 ust. 4 projektu umowy dzierżawy w ten sposób, że zamawiający poda termin rozpoczęcia prac modernizacyjnych, o których mowa w tym postanowieniu,

3. uzupełnienia projektu umowy dzierżawy w jego § 1 ust. 3 przez podanie terminu przekazania dzierżawcy pomieszczeń będących przedmiotem tej umowy,

4. zastąpienia treści postanowienia § 8 ust. 3 projektu umowy dzierżawy w brzmieniu: *„Z chwilą rozwiązania lub wygaśnięcia umowy Wyzierżawiający zachowa ulepszenia wprowadzone przez Dzierżawcę w przedmiocie dzierżawy, bez obowiązku zapłaty równowartości ulepszeń”* treścią następującą:

"W przypadku rozwiązania niniejszej umowy Wyzierżawiający zwróci Dzierżawcy wartość udokumentowanych i zaakceptowanych przez Wyzierżawiającego nakładów na roboty budowlane, wyposażenie i inne w przedmiocie dzierżawy, a za podstawę będzie przyjęta kwota ustalona na podstawie ust. 4, oraz wartość innych nakładów na przedmiot dzierżawy, na dokonanie których wyraził zgodę na piśmie, za okres do końca okresu, na który niniejsza umowa została zawarta. Płatność zostanie dokonana na podstawie wystawionej faktury przez Wyzierżawiającego (w terminie do 30 dni po zakończeniu okresu dzierżawy) z terminem płatności — 90 dni. Wysokość faktur pokryje różnice poniesionych nakładów inwestycyjnych, a kompensowanym czynszem."

5. uzupełnienia projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego przez określenie odrębnego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych, o których mowa w § 2 projektu umowy dzierżawy,
6. wykreślenia § 11 projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
7. dokonania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie robót budowlanych, o których mowa w § 2 projektu umowy dzierżawy, w sposób zgodny z art. 31 ust. 2 Pzp, tj. z wykorzystaniem programu funkcjonalno-użytkowego, przy czym podstawowe dane jakie powinien Zamawiający przekazać w tym dokumencie to:
 - a) oznaczenie nieruchomości według księgi wieczystej oraz katastru nieruchomości,
 - b) powierzchnię nieruchomości,
 - c) opis nieruchomości,
 - d) przeznaczenie nieruchomości w planie miejscowym i sposób jej zagospodarowania, termin zagospodarowania nieruchomości,
 - e) informację o obciążeniach nieruchomości,
 - f) wstępna dokumentacja projektowa potwierdzająca możliwość adaptacji pomieszczeń pod kuchnię cateringową,
 - g) opis zakresu prac modernizacyjnych – remontowych,
 - h) wyznaczenie etapów realizacyjnych,
 - i) wskazanie odbioru budynku oraz pomieszczeń
8. ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powyższego, dokonania czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp,
9. jeżeli do dnia rozpatrzenia odwołania zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej - nakazania zamawiającemu unieważnienia dokonania tej czynności, ewentualnie w przypadku zawarcia umowy przez zamawiającego z wybranym wykonawcą - unieważnienia tej umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest kompleksowa usługa żywienia pacjentów szpitalnych wraz z adaptacją pomieszczeń, sklasyfikowana pod kodami Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) 55.30.00.00-3 – usługi restauracyjne i podawania posiłków, 55.32.10.00-6 – usługa przygotowania posiłków, 55.52.11.00-9 – usługa rozwożenia posiłków, 15.89.42.20-9 – posiłki szpitalne (por. pkt III, str. 3 SIWZ). Usługi te zostały wymienione w załączniku nr XIV do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE, a zatem, zgodnie z art. 138 h ustawy Pzp, są tzw. „usługami społecznymi i innymi szczególnymi usługami”.

Powyższej kwalifikacji nie zmienia okoliczność, że zgodnie z postanowieniami SIWZ zamawiający odda dodatkowo wyłonionemu wykonawcy w dzierżawę pomieszczenie, w

którym będą przygotowywane posiłki, z czym łączy się obowiązek wyposażenia tego pomieszczenia do pełnienia takiej funkcji. Dostrzeżenia wymaga, że oddanie pomieszczeń zamawiającego w dzierżawę wykonawcy wiązać się będzie po stronie wykonawcy z obowiązkiem płacenia zamawiającemu comiesięcznego czynszu w ustalonej wysokości. W § 6 ust. 1 wzoru umowy dzierżawy (załącznik nr 4 do SIWZ) zamawiający zastrzegł, że z tytułu dzierżawy *Dzierżawca płacić będzie Wydzierżawiającemu czynsz miesięczny w wysokości 6,15 zł brutto za m² dzierżawionej powierzchni (słownie: sześć złotych 15/100)*. Powyższe przysporzenie należy kwalifikować jako uzyskiwanie przez zamawiającego korzyści z rzeczy, jaką jest posiadane pomieszczenie. Czerpanie przez zamawiającego korzyści z własnego majątku, polegające na uzyskiwaniu od wykonawcy-dzierżawcy comiesięcznego czynszu, nie jest zamówieniem publicznym. Nie mamy tu bowiem do czynienia z „nabyciem dostaw, usług czy robót budowlanych”, które jest elementem koniecznym dla uznania danego świadczenia za zamówienie publiczne. Dostrzeżenia wymaga bowiem, że pojęcie zamówienia publicznego jest pojęciem unijnym, a jednym z elementów definicji jest właśnie „nabycie robót, dostaw lub usług” (por. 1 ust. 2 dyrektywy nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE). W konsekwencji w analizowanej sprawie o zamówieniu publicznym można mówić jedynie w odniesieniu do usług żywienia pacjentów szpitalnych, które zamawiający będzie nabywał od wyłonionego wykonawcy. Nie zmienia tego również konieczność poniesienia przez dzierżawcę nakładów celem rozpoczęcia świadczenia usług żywienia w dzierżawionym pomieszczeniu. Konieczność przystosowania przedmiotu dzierżawy do świadczenia usług żywienia pacjentów Wydzierżawiającego ale i innych podmiotów jest elementem umowy dzierżawy dopuszczalnym na zasadzie swobody umów (art. 353¹ KC). Nie jest to przy tym obowiązek sztuczny, gdyż pozostaje on w ścisłym związku z celem, dla którego zawierana będzie umowa dzierżawy pomieszczenia, jakim jest świadczenie usług żywienia pacjentów Wydzierżawiającego oraz innych podmiotów. Ponadto, jak wynika z § 8 ust. 4 wzoru umowy dzierżawy, dzierżawcy przysługuje od zamawiającego rekompensata za niezamortyzowane koszty adaptacji. Jest to jeden ze sposobów rozliczenia nakładów na przedmiot dzierżawy, dopuszczalny w ramach swobody umów.

Z związku z powyższym Izba w analizowanej sprawie podzieliła analogiczny pogląd o takiej kwalifikacji usług żywienia wraz z dzierżawą lokalu wyrażony uprzednio w postanowieniu Izby z 15 maja 2018 r. sygn. akt KIO 973/20.

W dalszej kolejności ustalono na podstawie pkt 2.4. protokołu postępowania (w aktach sprawy), że szacunkowa wartość zamówienia publicznego wynosiła 2.592.592,59 zł netto, co stanowi równowartość 607.264,00 euro, a zatem nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 750.000 euro, określonej w art. 138 g ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że złożone 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 zostały wyodrębnione 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.

Po pierwsze ustawodawca wskazał, że 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*. W takim przypadku, 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.

A contrario, z art. 138 g ustawy Pzp wynika, że w razie nieosiągnięcia ww. progu kwotowego przepisów rozdziału 6 ustawy Pzp nie stosuje się. Tym samym nie stosuje się także znajdującego się wszak w rozdziale 6 przepisu art. 138 l ustawy Pzp, który zawiera odwołanie do działu VI ustawy (środki ochrony prawnej), przyznającego wykonawcy prawo do wniesienia odwołania. W szczególności zaś nie znajduje zastosowania art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Odmienna interpretacja przepisów ustawy Pzp byłaby zatem interpretacją *contra legem*.

Jednocześnie, w przypadku gdy wartość zamówienia na usługi społeczne jest mniejsza od wymienionych wyżej kwot, zamawiający może udzielić zamówienia stosując wyłącznie 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 i kompleksową procedurę udzielania zamówienia na usługi społeczne o wartości poniżej progu, na co wskazuje analiza treści oraz chronologia przywołanych przepisów.

W tej sytuacji, 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 co najmniej minimalne wymagania opisane w art. 138o ust. 2-4 ustawy Pzp, to jest zachowanie zasad przejrzystości, obiektywności i niedyskryminacji wykonawców.

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. Tym samym zamawiającego nie wiążą inne przepisy ustawy, w tym również przepisy odnoszące się do środków ochrony prawnej.

Podkreślenia wymaga, że ustawodawca nie odsyła w artykule 138o ustawy Pzp do stosowania przepisów działu VI ustawy Pzp (środki ochrony prawnej), 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). Ustawodawca nie odsyła także do treści art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, określającego katalog czynności, od których przysługuje odwołanie w postępowaniach poniżej progów.

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. Pamiętać

należy, że Krajowa Izba Odwoławcza może rozstrzygać spory pomiędzy stronami wyłącznie w granicach art. 180 ust. 1 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. Ustawa Pzp zawiera bowiem wzorce uniwersalne, które muszą znaleźć odzwierciedlenie w każdym postępowaniu, podczas gdy zamawiający związany jest jedynie trzema podstawowymi zasadami, a pozostałe elementy postępowania może ukształtować w sposób dowolny. Można sobie wyobrazić sytuację, w której zamawiający w sposób odmienny niż zakłada ustawa Pzp ureguluje sposób rozstrzygnięcia sporów w postępowaniu.

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 2018 r., poz. 972; dalej rozporządzenie), 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.

Bezzasadne jest także powoływanie się na rzekomą niezgodność ww. regulacji z prawem unijnym w sprawach zamówień publicznych. Przytoczone uregulowanie w prawie krajowym nie jest przypadkowe. Jak bowiem wynika z motywu 115 *dyrektywy nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE* prawodawca unijny uważa, że takie zamówienia jak w przedmiotowej sprawie (a więc usługi przygotowywania posiłków, usługi restauracyjne o mniejszej wartości) pozostają poza jego uwagą, gdyż nie mają charakteru transgranicznego. *Usługi hotelowe i restauracyjne zazwyczaj świadczone są wyłącznie przez podmioty znajdujące się w konkretnym miejscu świadczenia tych usług, mają zatem również ograniczony wymiar transgraniczny. W związku z tym usługi te powinny być objęte łagodniejszym reżimem dopiero od progu równego 750 000 EUR. Duże zamówienia na usługi hotelowe i restauracyjne powyżej tego progu mogą być przedmiotem zainteresowania różnych wykonawców, takich jak biura podróży i inni pośrednicy, również w ujęciu transgranicznym.*

Dostrzeżenia wymaga także, że Krajowa Izba Odwoławcza nie może – wbrew wyraźnemu brzmieniu ustawy Pzp - domniemywać swych kompetencji, biorąc pod uwagę fakt, że właściwość Izby jest wyjątkiem od zasady sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez organy o charakterze sądowym.

Izba stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega zatem odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, jako że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Skład orzekający w tym zakresie podziela identyczne stanowisko już wielokrotnie prezentowane przez Krajową Izbę Odwoławczą m.in. w postanowieniach: z dnia 4 stycznia

2018 r., sygn. akt KIO 2697/17, z dnia 12 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 638/18, z dnia 25 maja 2018 r., sygn. akt KIO 973/18, z 12 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 1051/18, 3 października 2018 r., sygn. akt KIO 1933/18, z 9 października 2018 r. sygn. akt KIO 1917/18, z 29 października 2018r., sygn. akt KIO 1917/18, z 6 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2249/18, z 21 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2356/18.

O braku możliwości korzystania ze środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie w postępowaniach prowadzonych na podstawie art. 138 o ustawy Pzp wypowiedzieli się także Prezes Urzędu Zamówień Publicznych a także przedstawiciele doktryny i piśmiennictwa.

1. opinia prawna Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczona na stronie internetowej <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/uslugi-spoleczne-i-inne-szczegolne-uslugi>

Procedura udzielania zamówień publicznych na usługi społeczne w oparciu o art. 138o ustawy Pzp, tj. zamówień, których wartość nie przekracza 750 000 euro – w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa lub 1 000 000 euro – w przypadku zamówień sektorowych, tworzona jest przez samego zamawiającego.

Zamawiający zobowiązany jest w tym zakresie jedynie do uwzględnienia norm zawartych w art. 138o ust. 2–4 znowelizowanej ustawy Pzp, które to przepisy nie przewidują 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 Pzp. Uwzględniając powyższe, uznać należy, że wykonawcy uczestniczącemu w takim postępowaniu nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. W przypadku postępowań prowadzonych w oparciu o art. 138o ustawy Pzp zamawiającego nie wiążą przepisy ustawy Pzp, 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.

2.

Dopuszczalność odwołań. Przedmiotowa kwestia może budzić spore wątpliwości, choć zdaniem autorki interpretacja przepisów PrZamPubl nie pozwala na przyjęcie tezy o dopuszczalności odwołań w postępowaniach na usługi społeczne o wartości poniżej progów unijnych. Argumenty wskazujące na zasadność dopuszczalności odwołań, choć w dużej mierze zasadne, nie powinny prowadzić do wykładni przepisów contra legem, a raczej skutkować odpowiednimi zmianami w prawie. (Marzena Jaworska, Prawo Zamówień

Publicznych. Komentarz, Wydawnictwo C.H. Beck wydanie 1, Warszawa 2018, Komentarz do art. 138o PZP za pośrednictwem Legalis 11187289).

3.

Ze względu na ograniczony zakres stosowania przepisów pzp w ramach postępowań na usługi społeczne o wartości poniżej kwot wskazanych w przepisach art. 138g ust. 1 i 2 pzp podjęcie przez KIO kontroli czynności podmiotu zamawiającego byłoby utrudnione a wręcz niemożliwe. Izba ocenia bowiem czynności i zaniechania podmiotu zamawiającego w odniesieniu do skonkretyzowanych w przepisach nakazów i zakazów – nie ma przy tym uprawnień do wypełniania zasad prawa (jak Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) określonymi i nowymi treściami. Izba jest sądem faktów i ocenia te fakty przez pryzmat norm o charakterze ius cogens, które to normy muszą oznaczać ściśle określone wzorce postępowania. Tym samym analiza przepisów rozdziału 6 zawartego w dziale III pzp (zatytułowanym „Przepisy szczególne”) wraz z przepisami odnoszącymi się do środków ochrony prawnej nakazuje przyjąć, że w postępowaniach dotyczących usług społecznych o wartości mniejszej niż kwoty wskazane w treści art. 138g ust. 1 pkt 1 i 2 pzp wykonawcom nie przysługują środki ochrony prawnej” (Paweł Trojan, Zamówienia społeczne a odwołanie, Przetargi Publiczne 2017, Nr 10, s. 54)

4.

Środki ochrony prawnej. W postępowaniu na usługi społeczne o wartości niższej niż kwoty określone w art.138g ust. 1 ZamPublU wykonawca nie ma możliwości skorzystania ze środków odwoławczych przewidzianych w Dziale VI ZamPublU (dr hab. Małgorzata Sieradzka, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Wydawnictwo C.H. Beck wydanie 1, Warszawa 2018, Komentarz do art. 138o PZP za pośrednictwem Legalis 11187289).

5.

Artykuł 138o Pzp wprowadza wyjątek od stosowania przepisów rozdziału VI ustawy, ponieważ określa procedury dla zamówień poniżej ww. progów kwotowych. Skoro więc do „dużych” zamówień na usługi społeczne na mocy art. 138l Pzp stosuje się przepisy o środkach ochrony prawnej, to a contrario wobec zamówień, o których mowa w art. 138o Pzp, trzeba uznać, że środki ochrony prawnej nie znajdą zastosowania. (Piotr Wiśniewski, Spór o możliwość wnoszenia odwołań – opinia praktyka, Monitor Zamówień Publicznych, nr 158, grudzień 2017 r.).

6.

Zasady udzielania podprogowych zamówień na usługi społeczne (...). Do zamówień tych nie ma obowiązku stosowania innych przepisów pzp (przy tym nie przysługują wykonawcom środki odwoławcze określone w dziale VI pzp) (...) Joanna Filipiak, Praktyczne spojrzenie na usługi społeczne, Przetargi Publiczne, grudzień 2016, s. 10).

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Z powyższego przepisu wynika zakaz wydawania orzeczeń o charakterze merytorycznym, do jakich zalicza się oddalenie czy uwzględnienia odwołania, w innej formie aniżeli wyrok. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnej części nie miało jednak charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2, art. 189 ust. 2 pkt 1 orzeczono jak w sentencji.

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

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 (t. j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). 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).

Przewodniczący: