

Sygn. akt: KIO 48/18

POSTANOWIENIE
z dnia 18 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Agnieszka Trojanowska
Członkowie:	Paweł Trojan
	Renata Tubisz
Protokolant:	Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu **18 stycznia 2018r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **8 stycznia 2018r.** przez **wykonawcę Fights on Logistics spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wspólna 62** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Zgierzu, ul. Konstantynowska 85**

postanawia:

- 1. Odrzuca odwołanie**

- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Fights on Logistics spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wspólna 62 i**
 - 2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł. 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Fights on Logistics spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wspólna 62 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 2017r. poz. 1579 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie postępowania na usługi społeczne na organizację kompleksowego szkolenia teoretycznego i symulatorowego dla personelu latającego na symulatorze lotu śmigłowca MI-17 zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym na stronie zamawiającego w dniu 2 stycznia 2018r.

W dniu 8 stycznia 2017r. odwołanie wniósł wykonawca Fights on Logistics spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wspólna 62- dalej odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 stycznia 2018r. udzielonego przez prezesa i członka zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 8 stycznia 2018r.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, tj.:

a. postanowienia, iż wykonawcom nie przysługuje prawo do złożenia odwołania w postępowaniu (pkt XI.7 ogłoszenia o zamówieniu);

b. określenia warunku udziału w postępowaniu o treści: „Ośrodek szkoleniowy znajdujący się poza granicami państwa musi być certyfikowany oraz dopuszczony do szkolenia przez Ministerstwo Obrony Narodowej danego kraju do poziomu certyfikatu minimum FTD poziom 3” (pkt 111.5 ogłoszenia o zamówieniu), w sposób dyskryminujący, nieproporcjonalny do potrzeb zamawiającego, a także nieobiektywny i niejednoznaczny;

c. opisanie przedmiotu zamówienia w następujący sposób: „Ośrodek szkoleniowy oraz symulator znajdujący się poza granicami państwa musi być certyfikowany oraz dopuszczony do szkolenia przez Ministerstwo Obrony Narodowej danego kraju do poziomu certyfikatu minimum FTD poziom 3.” (pkt I ogłoszenia o zamówieniu oraz 51 pkt 2 projektu Umowy stanowiącej Załącznik nr 5 do ogłoszenia o zamówieniu), tj. w sposób dyskryminujący, nieproporcjonalny do potrzeb zamawiającego, a także nieobiektywny i niejednoznaczny.

2. zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

a. art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 2 w zw. z art. 1381 ustawy przez uniemożliwienie wykonawcy złożenia odwołania w postępowaniu;

b. art. 1380 ust. 1 i 2 ustawy przez naruszenie zasady przejrzystości, obiektywizmu i niedyskryminacji przy udzielaniu zamówienia;

c. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz utrudniający uczciwą konkurencję;

d. art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy;

3. wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej jako: „KIO”) niniejszego odwołania oraz uwzględnienie go w całości, jak również nakazanie zamawiającemu:

a. dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu przez wyraźne stwierdzenie, że wykonawcom przysługuje prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu, zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy;

b. dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (warunków udziału w postępowaniu) przez usunięcie wymogu, zgodnie z którym ośrodek szkoleniowy oraz symulator znajdujący się poza granicami państwa musi być certyfikowany oraz dopuszczony do szkolenia przez Ministerstwo Obrony Narodowej danego kraju;

c. dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (opisu przedmiotu zamówienia) przez usunięcie wymogu, zgodnie z którym ośrodek szkoleniowy oraz symulator znajdujący się poza granicami państwa musi być certyfikowany oraz dopuszczony do szkolenia przez Ministerstwo Obrony Narodowej danego kraju;

d. dokonania zmiany treści projektu Umowy stanowiącej Załącznik nr 5 do ogłoszenia o zamówieniu przez usunięcie wymogu, zgodnie z którym ośrodek szkoleniowy oraz symulator znajdujący się poza granicami państwa musi być certyfikowany oraz dopuszczony do szkolenia przez Ministerstwo Obrony Narodowej danego kraju;

4. wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie załączonych dowodów na okoliczności wskazane w treści odwołania;

5. wnoszę o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ zamierza złożyć ofertę w postępowaniu, w celu uzyskania zamówienia. Kwestionowana przez odwołującego treść opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu w praktyce uniemożliwia odwołującemu skuteczne złożenie oferty w postępowaniu, czego konsekwencją byłoby poniesienie przez odwołującego szkody w postaci utraty szansy uzyskania zamówienia. Jednocześnie, postanowienie, zgodnie z którym wykonawcom nie przysługuje prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu — w przypadku braku jego

zakwestionowania przez KIO - ogranicza odwołującemu możliwość podważenia ww. treści opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący stoi na stanowisku, że niezależnie od treści pkt XI.7 ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którym w niniejszym postępowaniu wykonawcy nie przysługuje prawo do złożenia odwołania, dopuszczalność jego wniesienia wynika z samej ustawy. Zamknięcie przez zamawiającego drogi odwoławczej w oparciu o pkt ogłoszenia o zamówieniu jest więc w tym zakresie bezskuteczne, zaś sam pkt powinien zostać przez zamawiającego zmieniony w taki sposób, aby z jego treści wyraźnie wynikała możliwość wniesienia przez wykonawców odwołania zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy. Szczególny, uproszczony reżim udzielania zamówień publicznych na usługi społeczne i inne szczególne usługi, uregulowany w art. 1380 ustawy odnosi się jedynie do sposobu ich udzielania, nie wyłączając przy tym, ani nawet nie ograniczając stosowania przepisów zawartych w dziale VI ustawy, które dotyczą środków ochrony prawnej. Bez znaczenia jest przy tym fakt, iż w art. 1380 ustawy ustawodawca nie zamieścił odesłania do przepisów działu VI, tak jak uczynił to w art. 138(l) ustawy. Artykuł 138(l) ustawy ma bowiem charakter generalny i dotyczy wszystkich zamówień na usługi społeczne o inne szczególne usługi (tj. zarówno zamówień poniżej jak i powyżej progów kwotowych, o których mowa w art. 138g ustawy). Z kolei art. 1380 ustawy pełni funkcję *lex specialis*, regulującą, tak jak stwierdzono powyżej, wyłącznie sposób udzielania zamówień poniżej tych progów, nie ingerując w materię normowaną przepisami działu VI ustawy oraz pozostałymi przepisami, do których odsyła art. 138l.

Z drugiej strony, żaden z przepisów działu VI ustawy (ani nawet sam art. 1380 ustawy), nie zawiera przedmiotowego wyłączenia stosowania przepisów o ochronie prawnej z uwagi na rodzaj lub charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pewne wyłączenia przewiduje natomiast art. 180 ust. 2 ustawy, jednakże przepis ten ogranicza prawo do korzystania z środków ochrony prawnej tylko ze względu na wartość zamówienia - a nie rodzaj czy charakter postępowania.

Pogląd zakładający niedopuszczalność wnoszenia środków odwoławczych prowadziłby do sytuacji, w której udzielanie zamówień publicznych o niebagatelnej wartości — max. 750.000 euro - w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz max. 1.000.000 euro — w przypadku zamówień sektorowych — zostałyby w praktyce wyjęte spod jakiegokolwiek kontroli z punktu widzenia prawidłowości działań zamawiającego (w szczególności z perspektywy ich zgodności z zasadami przejrzystości, obiektywizmu i niedyskryminacji, o których mowa w art. 1380 ust. 2 ustawy), rodząc tym samym poważne konsekwencje systemowe.

Kwestia dopuszczalności wnoszenia odwołań od czynności podejmowanych przez

zamawiającego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne lub inne szczególne usługi o wartości poniżej kwot określonych w art. 138g ust. 1 ustawy, (tj. w postępowaniach prowadzonych na podstawie art. 138o ustawy), została przeanalizowana szczegółowo przez Sąd Okręgowy w Olsztynie IX Wydział Cywilny Odwoławczy, w wyroku z dnia 25 sierpnia 2017 r., sygn. akt IX Ca 807/17. W wyroku tym Sąd opowiedział się jednoznacznie za dopuszczalnością wnoszenia odwołań. Wyrok ten powinien mieć doniosłe znaczenie dla rozpatrywanego zagadnienia prawnego oraz dla kształtującej się linii orzeczniczej, m.in. z uwagi na fakt, iż został on wydany na skutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od wyroku KIO z dnia 27 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1127/17, w której Izba również opowiedziała się za dopuszczalnością wnoszenia odwołań w postępowaniach na usługi społeczne. Dopuszczalność wnoszenia odwołań w postępowaniach na usługi społeczne o wartości poniżej ww. progów kwotowych została również potwierdzona w piśmiennictwie:

„Brak możliwości wniesienia odwołania budzi kontrowersje, gdyż, zdaniem autora, powinien wynikać wprost z treści przepisów ustawy. W sytuacji, gdy przepisy nie wyuczają *expressis verbis* tego prawa, należy opowiedzieć się za jego dopuszczalnością. Usługi społeczne poniżej progów nadal mogą obejmować zamówienia o pokaźnej wartości. Przy eliminacji możliwości wniesienia odwołania istotny segment rynku pozostaje poza kontrolą, zaś nakaz udzielania tych zamówień w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący ma w gruncie rzeczy fasadowy charakter. ' (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 138o, 2017 r., Legalis)

Wyłączenie stosowania ogólnych reguł do nabywania podprogowych usług społecznych nie wyłącza stosowania do tych usług przepisu o umowach i o środkach ochrony prawnej. Odnosi się bowiem wyłącznie do „udzielania zamówienia”, tj. znosi obowiązek pewnych czynności zamawiającego przed zawarciem umowy (przed udzieleniem zamówienia). Nie znosi kompetencji organów (prawa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do kontroli, Kogicji Krajowej Izby Odwoławczej). (W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 138o, wyd. VII, 2018 r., LEX).

Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdził, iż odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia niniejszego odwołania, natomiast zamawiający, zamieszczając w pkt ogłoszenia o zamówieniu postanowienie, zgodnie z którym w postępowaniu wykonawcy takie prawo nie przysługuje, naruszył art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 2 ustawy, jak również zasadę przejrzystości, wyrażoną w art. 138(o) ust. 2 ustawy.

Zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania wywodząc, że odwołanie na usługi społeczne

poniżej progów unijnych nie przysługuje z mocy art. 138o ustawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest szkolenie teoretyczne i symulatorowe dla personelu latającego pilotów i techników pokładowych łącznie 144 osoby prowadzone dla jednostek wojskowych w Leźnicy Wielkiej i Nowym Glinniku na śmigłowcach MI-17. W myśl rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wykazu usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym z dnia 28 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1135) jest usługą priorytetową – pkt. 20 załącznika nr 1 do rozporządzenia – usługi w zakresie szkolenia i symulacji w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa o kodach CPV:

80330000-6 Usługi edukacji w zakresie bezpieczeństwa

80600000-0 Usługi szkolenia w zakresie obrony i materiałów bezpieczeństwa

80610000-3 Szkolenie i symulacja w zakresie sprzętu bezpieczeństwa

80620000-6 Szkolenie i symulacja w zakresie broni palnej i amunicji

80630000-9 Szkolenie i symulacja w zakresie pojazdów wojskowych

80640000-2 Szkolenie i symulacja w zakresie okrętów wojennych

80650000-5 Szkolenie i symulacja w zakresie samolotów, rakiet (pocisków raketowych) i statków kosmicznych

80660000-8 Szkolenie i symulacja w zakresie wojskowych systemów elektronicznych

Zatem opisany przedmiot zamówienia mieści się w kodzie 80650000-5, gdyż odnosi się do szeroko rozumianych statków powietrznych, a niewątpliwie śmigłowiec jest statkiem powietrznym wyposażonym w śmigło. Wartość zamówienia została wyszacowana przez zamawiającego na kwotę 1 490 688zł. netto, co zgodnie z przelicznikiem 4,3117 stanowi równowartość 345 730,92 euro (według rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2017r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. 2017r. poz. 2477). Zgodnie z par. 1 pkt. 4 lit. a dla dostaw lub usług próg unijny w zamówieniach w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa wynosi 443 000 euro – rozporządzenie Ministra Rozwoju i finansów z dnia 22 grudnia 2017r. w sprawie wartości zamówień oraz konkursów, do których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. 2017r. poz. 2479)

Izba zważyła, co następuje:

Art. 138 g ust. 2 ustawy stanowi, że przepisów rozdziału 6 „Zamówienia na usługi społeczne i

inne szczególne usługi” nie stosuje się do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa. Klasyfikacja kodem CPV ma istotne znaczenie dla ustalenia czy i jakie przepisy ustawy mają zastosowanie do danego przedmiotu zamówienia. Nieprawidłowości w tej kwalifikacji mogą skutkować błędami w stosowaniu przepisów ustawy na w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający ustalił jako kod obrazujący jego przedmiot zamówienia jako usługi szkolenia specjalistycznego, przy czym nie podał podstaw takiego ustalenia innych niż wieloletnia praktyka. Niewątpliwie zamówienie ma służyć szkoleniu teoretycznemu i symulatorowemu żołnierzy jednostek wojskowych – pilotów i techników na wielozadaniowych śmigłowcach wykorzystywanych w jednostkach wojskowych, tym samym przedmiot zamówienia kwalifikuje się wprost pod kod 80650000-4, a nie jak zakwalifikował to zamawiający do kodu CPV 80510000-2.

Z ustaleń Izby wynika, że przedmiotowe zamówienie jest usługą priorytetową w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Zgodnie z art. 131a ust. 3a ustawy jeżeli zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa obejmuje usługi określone na podstawie art. 131b ust. 2 ustawy oraz inne usługi albo usługi i dostawy, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tych dostaw lub usług, których wartość szacowana jest większa.

Zgodnie z art. 131b ust. 2 ustawy Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, wykaz usług o charakterze priorytetowym i nie priorytetowym, z uwzględnieniem postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 20009/81/WE z dnia 13 lipca 2009r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17WE i 2004/18/WE.

Takie rozporządzenie zostało wydane i jak Izba ustaliła przedmiotowe zamówienie należy zaliczyć do usług priorytetowych. Zgodnie z art. 131b ustawy – ustawy nie stosuje się do udzielenia zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na dostawy lub usługi, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Jak Izba ustaliła w przypadku zamówień na usługi w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa kwotą stanowiącą barierę stosowania ustawy to wartości 443 000 euro. Izba ustaliła, że przedmiotowe zamówienie tej bariery nie osiąga i wynosi 345 730,92 euro. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu ustawy nie stosuje się. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 1 Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Zatem zaistniały stan faktyczny i prawny nadaje się do subsumpcji pod normę prawną art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy i Izba zobligowana jest przepis ten w stosunku do spornego odwołania zastosować i odwołanie odrzucić.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 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. 238 ze zm. z 2017r. poz. 47) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....