

POSTANOWIENIE
z dnia 9 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 9 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2018 r. przez **wykonawcę ASPEN-Res sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**

w postępowaniu prowadzonym przez „**Szpital Giżycki**” sp. z o.o. w restrukturyzacji z siedzibą w Giżycku

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę ASPEN-Res 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 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

Zamawiający – „Szpital Giżycki” sp. z o.o. w restrukturyzacji z siedzibą w Giżycku – prowadzi na podstawie art. 138o ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, zwanej dalej „ustawą pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Usługa żywienia pacjentów Szpitala Giżyckiego sp. z o.o.”, nr ogłoszenia: US/02/08/18.

W dniu 24 września 2018 r. wykonawca ASPEN-Res sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając zamawiającemu:

1) naruszenie art. 138o ust. 1 ustawy pzp:

- wobec braku dokonania czynności oceny ofert w sytuacji gdy Szczegółowe Warunki Postępowania (dalej: SWP) nie przewidywały zaniechania tej czynności,

- wobec braku dokonania czynności wykluczenia i odrzucenia ofert wykonawców: GOŚCINIEC M. L. z Giżycka, oraz Vendi Servis Sp. z o.o. z Łodzi nie spełniających warunków udziału w postępowaniu,

- wobec braku wyboru oferty odwołującego spełniającego wszystkie warunki określone w SWP,

- wobec unieważnienia postępowania pomimo braku jasných przesłanek do dokonania takiej czynności,

2) naruszenie art. 138o ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez rażące nadużycie pozycji dominującej zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, utrudnianie dostępu do rynku, rażąco nierówne traktowanie wykonawców, poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, dokonanie czynności oceny złożonych w postępowaniu ofert, wykluczenie i odrzucenie ofert wykonawców: GOŚCINIEC M. L. z Giżycka, oraz Vendi Servis Sp. z o.o. z Łodzi nie spełniających warunków udziału w postępowaniu oraz wyboru oferty Odwołującego jako jedynej ważnej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia w trybie art. 185 ust. 2 ustawy pzp żaden Wykonawca.

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 w dniu 28 sierpnia 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, tj. kwoty 750 000 euro i została ustalona przez zamawiającego na kwotę 559 662,51 euro.

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, 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 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.

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. Skład orzekający w tym zakresie podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej prezentowane m.in. w postanowieniach z dnia 5 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 168/18, z dnia 12 kwietnia 2018 r., sygn. akt: KIO 638/18, z dnia 25 maja 2018 r., sygn. akt KIO 973/18.

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. 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: