Sygn. akt: KIO 159/19

POSTANOWIENIE
z dnia 6 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 6 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2019 r. przez wykonawcę **Vendi Servis sp. z o.o. w Łodzi**
w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Ogólny w Wysokiem Mazowieckiem**

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Vendi Servis sp. z o.o. 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 **Vendi Servis sp. z o.o. 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 2018 r. poz. 1986 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 **Łomży**.

Przewodniczący:……..……

Sygn. akt: KIO 159/19

U z a s a d n i e n i e

Ustalono, że Szpital Ogólny w Wysokiem Mazowieckiem, zwany dalej także „zamawiającym", wszczął i prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „świadczenie usług w zakresie żywienia szpitalnego w systemie cateringowym".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 stycznia 2019 r. pod poz. 506295-N-2019.

W dniu 29 stycznia 2019 r. wykonawca Vendi Servis sp. z o.o. w Łodzi (zwany dalej „odwołującym") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności opisu warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) ustawy Pzp przez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego polegającego na dysponowaniu kuchnią, w której przygotowywane będą posiłki dla zamawiającego w odległości do 30 km licząc od granic administracyjnych miast, tj. pomiędzy miastem, w którym sporządzane będą posiłki, a miejscem ich przeznaczenia, 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. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 138o ust. 2 ustawy Pzp przez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego polegającego na dysponowaniu kuchnią, w której przygotowywane będą posiłki dla zamawiającego w odległości do 30 km licząc od granic administracyjnych miast, tj. pomiędzy miastem, w którym sporządzane będą posiłki, a miejscem ich przeznaczenia, 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;

3)art. 138o ust. 2 ustawy Pzp przez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego polegającego na dysponowaniu kuchnią, w której przygotowywane będą posiłki dla zamawiającego w odległości do 30 km licząc od granic administracyjnych miast, tj. pomiędzy miastem, w którym sporządzane będą posiłki, a miejscem ich przeznaczenia, co jest określeniem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i uniemożliwiającym ocenę minimalnych zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a nadto jest określeniem dyskryminującym w stosunku do innych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, ale nieposiadających kuchni zlokalizowanej zgodnie z tym wymaganiem;

4)art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)wykreślenia pkt 1.3 Sekcji III ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 2 ppkt 3) w rozdziale V Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ);

2)ewentualnie zmianę w pkt 1.3 Sekcji III ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 2 ppkt 3) w rozdziale V SIWZ poprzez zmianę wartości „30 km" na wartość „50 km".

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie żywienia szpitalnego w systemie cateringowym, sklasyfikowane pod kodami Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) 55.32.10.00-6 - Usługi przygotowywania posiłków; 55.52.12.00-0-Usługi dowożenia posiłków. 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".

Szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 809.680,00 zł netto (pismo zamawiającego z dnia 31 stycznia 2019 r. w aktach sprawy), a zatem nie przekraczała 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 rozdziału 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 opisania 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, zakreślającego 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 rozstrzygania 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.

Dostrzeżenia wymaga, że 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:……