Sygn. akt: KIO 160/18

POSTANOWIENIE
z dnia 6 lutego 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Prowadzisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 6 lutego 2019 roku,
w Warszawie, odwołania wniesionego w dniu 29 stycznia 2019 roku przez wykonawcę D. N. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą D. N. Firma Usługowa „JIR" z siedzibą w Przebieczanach oraz A. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą A. P. Firma Usługowa „J I R" z siedzibą w Przebieczanach – prowadzące wspólnie działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej Firma Usługowa „JIR" S.C. A. P., D. N. w Przebieczanach
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie
przy udziale wykonawcy Hotel LECH Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe R. L., J. L. spółka jawna z siedzibą w Siedlcu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 160/19 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.Odrzuca odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża wykonawców D. N. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą D. N. Firma Usługowa „JIR" z siedzibą
w Przebieczanach oraz A. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą A. P. Firma Usługowa „J I R" z siedzibą w Przebieczanach – prowadzące wspólnie działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej Firma Usługowa „JIR" S.C. A. P., D. N. w Przebieczanach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców D. N. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą D. N. Firma Usługowa „JIR" z siedzibą w Przebieczanach oraz A. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą A. P. Firma Usługowa „J I R" z siedzibą
w Przebieczanach – prowadzące wspólnie działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej Firma Usługowa „JIR" S.C. A. P., D. N. w Przebieczanach tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (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 Krakowie.

Przewodniczący:……...……..

Sygn. akt: KIO 160/19

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

Zamawiający – Województwo Małopolskie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „*Świadczenie usług cateringowych na rzecz Samorządu Województwa Małopolskiego w ramach Departamentu Zarządzania Programami Operacyjnymi, Departamentu Polityki Regionalnej, Departamentu Turystyki i Sportu, Departamentu Skarbu i Gospodarki, Departamentu Kultury i Dziedzictwa Narodowego oraz Kancelarii Zarządu"*

29 stycznia 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby wpłynęło odwołanie wykonawców D. N. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą D. N. Firma Usługowa „JIR" z siedzibą w Przebieczanach oraz A. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą A. P. Firma Usługowa „J I R" z siedzibą w Przebieczanach – prowadzące wspólnie działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej Firma Usługowa „JIR" S.C. A. P., D. N. w Przebieczanach.
Działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 138l ustawy z 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zmianami; dalej „ustawy") Odwołujący wniósł odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego, o którym Zamawiający powiadomił Odwołującego 24 stycznia 2019 roku.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 138o ust. 2 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z pkt XXIV Regulaminu udzielania zamówienia publicznego na usługi społeczne i inne usługi szczególne, o których mowa w art. 138o i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: Regulamin) przez naruszenie zasady udzielania zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący w ten sposób,
że Zamawiający w ustalonym przez siebie Regulaminie wskazał, że w postępowaniu stosował będzie m.in. art. 84 – 93 ustawy, po czym na etapie oceny ofert odstąpił od zastosowania w stosunku do wykonawcy Hotel „Lech" Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe R. ., J. L. Spółka jawna, a tym samym zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Hotel Lech mimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę i dokonał wyboru oferty wykonawcy Hotel Lech jako najkorzystniejszej.
Odwołujący wniósł o: 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, 2) nakazanie Zamawiającemu ponowne badanie ofert i odrzucenia oferty wykonawcy Hotel Lech oraz nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Ponadto, wnoszę o: 3) przeprowadzenie wskazanych w odwołaniu dowodów na okoliczności wskazane w uzasadnieniu; 4) Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów reprezentacji przez pełnomocnika w postępowaniu przed Izbą.

Zamawiający, co wynika z pisma z dnia 31 stycznia 2019 roku przesłanego
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym samym dniu, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało przekazane wykonawcom w dniu 24 stycznia 2019 roku, natomiast kopię odwołania Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym
w postępowaniu w dniu 30 stycznia 2019 roku.
Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2019 roku (poniedziałek) wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy Hotel LECH Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe R. L., J. L. spółka jawna z siedzibą w Siedlcu po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w oparciu o art. 185 ust. 3 ustawy w związku z art. 185 ust. 8 ustawy.

Izba ustaliła:

Postępowanie o zamówienie publiczne pod nazwą: *„Świadczenie usług cateringowych na rzecz Samorządu Województwa Małopolskiego w ramach Departamentu Zarządzania Programami Operacyjnymi, Departamentu Polityki Regionalnej, Departamentu Turystyki i Sportu, Departamentu Skarbu i Gospodarki, Departamentu Kultury i Dziedzictwa Narodowego oraz Kancelarii Zarządu"*prowadzone jest w procedurze przewidzianej dla zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi zgodnie z art. 138o ustawy (co Zamawiający podał w pkt. II*Ogłoszeniem o zamówieniu udzielanym w procedurze przewidzianej dla zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi* oraz *Regulaminem*

udzielenia zamówienia publicznego na usługi społeczne i inne usługi szczególne o których mowa w art. 138o i nast. Ustawy Prawo zamówień publicznych).
Zgodnie z *Ogłoszeniem o zamówieniu udzielanym w procedurze przewidzianej dla zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi* oraz *Regulaminem udzielenia zamówienia publicznego na usługi społeczne i inne usługi szczególne o których mowa w art. 138o i nast. Ustawy Prawo zamówień publicznych* przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług cateringowych na rzecz Samorządu Województwa Małopolskiego w ramach Departamentu Zarządzania Programami Operacyjnymi, Departamentu Polityki Regionalnej, Departamentu Turystyki i Sportu, Departamentu Skarbu i Gospodarki, Departamentu Kultury i Dziedzictwa Narodowego oraz Kancelarii Zarządu.
Oznaczenie wg kodów CPV: 55321000-6 – usługi przygotowania posiłków, 55520000-1 – usługi dostarczania posiłków, 55320000-9 – usługi podawania posiłków.
Wartość szacunkowa zamówienia podstawowego: 398 183, 46 zł netto oraz wartość szacunkowa wynikająca z prawa opcji: 381 356,85 zł netto.

W piśmie z dnia 31 stycznia 2019 roku Zamawiający wskazał wartość zamówienia 779 540,31 zł netto co stanowi równowartość 180 796,51 euro.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Informacji Publicznej
w dniu 2 stycznia 2019 roku.

5 lutego 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego z dnia 31 stycznia 2019 roku *Pismo przygotowawcze Odwołującego – uzupełnienie argumentacji odwołania.* Izba stanowisko zawarte w tym piśmie pominęła
z uwagi na to, że termin na skuteczne wniesienie odwołania upłynął w dniu 29 stycznia 2019 roku, a przedmiotowe pismo wpłynęło po upływie terminu na wniesienie odwołania.

Izba zważyła, biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzone w procedurze przewidzianej dla zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi zgodnie z art. 138o ustawy, zgodnie z poczynionymi przez Izbę ustaleniami, są usługi społeczne o wartości poniżej 750 000 euro.

O zakwalifikowaniu zamówienia jako usług społecznych rozstrzyga bowiem przedmiot zamówienia i postanowienia załącznika nr XIV do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65). Zgodnie natomiast z treścią tego załącznika, usługi o kodach CPV: 55321000-6, 55520000-1, 55320000-9 są usługami społecznymi.
Stosownie do art. 138g ust. 1 ustawy, przepisy ustawy dział III rozdział 6, stosuje się do zamówień na usługi społeczne, jeżeli wartość zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro, natomiast w przypadku zamówień sektorowych - jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 1 000 000 euro. Zgodnie z art. 138l ustawy, który należy odnosić, do postępowań o ww. wartościach, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne jest prowadzone m.in. z zastosowaniem przepisów działu VI ustawy Środki ochrony prawnej.

W przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzone w procedurze przewidzianej dla zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi zgodnie z art. 138o ustawy wartość zamówienia (z opcją) ustalona została na kwotę 180 796,51 euro – a więc wartość zamówienia nie przekracza kwoty 750 000 euro.

W przypadku postępowania na usługi społeczne o wartości poniżej ww. progów zastosowanie będzie miał art. 138o ustawy, który w ust. 1 stanowi, że Zamawiający udzielający zamówienia na usługi społeczne o wartości poniżej kwot określonych w art. 138g ustawy, ma możliwość udzielenia zamówienia zgodnie z określoną przez siebie procedurą, stosując wymogi określone w art. 138o ust. 2-4 ustawy. Tym samym charakter i przebieg postępowania o zamówienia na takie usługi jest określany przez Zamawiającego samodzielnie, przy uwzględnieniu m.in. ich specyfiki oraz własnych potrzeb. Przepisy
art. 138o ust. 2-4 ustawy Pzp nakazują Zamawiającemu jedynie prowadzenie postępowania w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący, określają sposób publikacji
i minimalną treść ogłoszenia o zamówieniu oraz obowiązki w zakresie publikacji informacji
o udzieleniu zamówienia.
Oznacza to, że procedura udzielania zamówień na usługi społeczne w oparciu o art. 138o ustawy tworzona jest przez Zamawiającego, a nie jest procedurą określoną przez ustawę.
Z tego względu, w ocenie Izby, brak jest podstaw do poddania pod rozpoznanie Izby czynności czy zaniechań Zamawiającego, bowiem ocenie Izby mogą być poddane jedynie czynności i zaniechania Zamawiającego, do których Zamawiający jest zobowiązany
na podstawie ustawy. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 1 ustawy odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Dla przyjęcia, że podmiotowi przysługuje odwołanie niezbędnym i koniecznym jest wskazanie, że z ustawy wynikają określone obowiązki dla Zamawiającego. Zaznaczenia wymaga, że brak obowiązku stosowania w określonych ustawą progach kwotowych dla zamówień na usługi społeczne ściśle określonych regulacji ustawowych powoduje, że nie istnieją dookreślone normy
i zasady postępowania dla wybranej przez podmiot zamawiający procedury udzielenia zamówienia.
Izba nie posiada zatem uprawnień (nie ma takiego zakresu swojego działania) w zakresie dokonywania oceny czynności czy zaniechań Zamawiającego w sytuacji, gdy te nie mają oparcia w ustawie. Izba nie ma uprawnienia do rozpoznawania odwołań co do oceny czynności czy zaniechań Zamawiającego opartych na wzorcu stworzonym wyłącznie przez Zamawiającego. Nie uzasadnia również możliwości rozpoznania odwołania przez Izbę stosowanie przez Zamawiającego analogicznych rozwiązań jak w ustawie, czy też nawet odwoływanie się do nich, bowiem przyjęcie danych przepisów nie powoduje automatycznie, że Zamawiający jest obowiązany je stosować, a tym samym, że ocena jego działań czy zaniechań będzie rozpatrywana w kontekście naruszenia ustawy. Zapożyczenie danych rozwiązań nie powoduje, że w danej procedurze zamówieniowej stają się one rozwiązaniami ustawowymi, a ich ocena dokonywana jest jak naruszeń ustawowych z pełnym wykorzystaniem ustawy.
Dopełnienia powyższą argumentację również fakt, że 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 2018 r., poz. 972), 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. 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. Nie sposób uznać, aby racjonalny prawodawca pominął tak ważną kwestię jak wysokość wpisu od odwołania i pozostawił ją nieuregulowaną
w ww. przepisach.
Warto również w tym miejscu wskazać na obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu,
o których mowa w ustawie – zamówienia prowadzonego zgodnie z przepisami ustawy –
w publikatorach określonych ustawą tj. Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej oraz Biuletyn Zamówień Publicznych, o czym mówi art. 11 ustawy. Natomiast ogłoszenie o zamówieniu na usługi społeczne Zamawiający zobowiązany jest zgodnie z art. 138o ust. 3 ustawy zamieścić jedynie na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej.
Wskazać również należy, że (...) *Gdyby ustawodawca przewidział możliwość stosowania środków ochrony prawnej dla zamówień na usługi społeczne o wartości nieprzekraczającej progów, powyższe przewidziałby w sposób wyraźny w przepisach ustawy Pzp, analogicznie jak w przypadku zamówień na usługi społeczne powyżej progów (art. 138l w zw. z art. 138g ustawy Pzp)* - postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 169/18. Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że wykonawcy w postępowaniu
o zamówienie na usługi społeczne o wartości poniżej ustawowego progu nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. W przypadku postępowań prowadzonych
w oparciu o art. 138o ustawy Zamawiającego nie wiążą przepisy ustawy, 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. (por. opinia UZP; www. uzp. gov.pl).
W odniesieniu do usług społecznych o wartości poniżej progów określonych w art. 138g ust. 1 ustawy, ustawa nie zawiera regulacji uprawniających wykonawców do skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej, jak również nie zawiera 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. Stanowisko takie prezentowane jest w przeważającej części orzecznictwa Izby, i tak dla przykładu można wskazać: postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 169/18; postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2018r. sygn. akt KIO 1917/18; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 9 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2283/17; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2018r. sygn. akt KIO 2697/17; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 25 maja 2018r. sygn. akt KIO 973/18; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 12 kwietnia 2018r. sygn. akt KIO 638/18; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 12 czerwca 2018r. sygn. akt KIO 1051/18.

Z powyższych względów odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie
nie mają zastosowania przepisy ustawy.
O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy oraz w oparciu o przepisy § 3 ust. 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, poz. 972).
Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……