Sygn. akt: KIO 998/19

POSTANOWIENIE
z dnia 7 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 7 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Vendi Servis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi i Catermed Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centrum Rehabilitacyjno - Opiekuńcze Dom Pomocy Społecznej z siedzibą w Łodzi

przy udziale wykonawcy Gastro Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Vendi Servis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi i Catermed Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego 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 2017 r., poz. 1579) 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: .....

Sygn. akt: KIO 998/19

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

Zamawiający Centrum Rehabilitacyjno - Opiekuńcze Dom Pomocy Społecznej z siedzibą w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą „Świadczenie usług gastronomicznych w zakresie całodobowego żywienia mieszkańców Centrum Rehabilitacyjno - Opiekuńczego w Łodzi, ul. Przybyszewskiego 255/267” (nr 1/AM-CRO/2018/U).

W dniu 31 maja 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Vendi Servis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi i Catermed Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi (dalej jako „Odwołujący”) od czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego i unieważnienie postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art 138o ust. 2 ustawy Pzp i art 91 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 6) ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „Ustawa Pzp") w zw. z rozdziałem

18 pkt 18.6 ogłoszenia o zamówieniu poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego i unieważnienie postępowania z powodu istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym czego nie można było przewidzieć, w sytuacji gdy:

a) przedłużenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikało z decyzji Zamawiającego o zaskarżeniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 września

2018 r., KIO 1835/18;

b) Zamawiający nie wykazał istnienia interesu publicznego uzasadniającego unieważnienie postępowania;

c) Zamawiający jest zainteresowany otrzymaniem usługi w okresie do dnia 30 września

2019 roku;

d) Zamawiający miał możliwość przewidzenia, że postępowanie o udzielenie zamówienia ulegnie przedłużeniu;

2. art. 138o ust. 2 ustawy Pzp i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art: 90 ust. 1 pkt 6) ustawy

Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego i unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, publicznego, w sytuacji, gdy Zamawiający jest nadal zainteresowany otrzymaniem usługi (do dnia 30 września 2019 roku), a. przedłużenie postępowania wynikało z działań Zamawiającego.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujacy wniósł o unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 6 czerwca 2019 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Gastro Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez ww. wykonawcę przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wobec spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż postępowanie pn. „Świadczenie usług gastronomicznych w zakresie

całodobowego żywienia mieszkańców Centrum Rehabilitacyjno - Opiekuńczego w Łodzi, ul.

Przybyszewskiego 255/267" (nr 1/AM-CRO/2018/U) prowadzone jest na podstawie art. 138o ustawy Pzp, tj. w procedurze przewidzianej dla zamówień na usługi społeczne, których wartość szacunkowa jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 750 000 euro.

Przedmiotem zamówienia zgodnie z pkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu jest świadczenie usług gastronomicznych w zakresie całodobowego żywienia mieszkańców Centrum Rehabilitacyjno - Opiekuńczego w Łodzi, ul. Przybyszewskiego 255/267, oznaczone według kodu CPV jako 55520000-1 - usługi dostarczania posiłków (vide pkt 3.2 Ogłoszenia o zamówieniu). Usługi te zostały wymienione w załączniku nr XIV do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE, a zatem, zgodnie z art. 138h ustawy Pzp, są tzw. "usługami społecznymi i innymi szczególnymi usługami". Wartość zamówienia ustalona została na kwotę 3 156 103,50 zł netto i nie przekracza kwoty 750 000 euro. Powyższe potwierdza informacja przekazana Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej przez Zamawiającego w dniu 4 czerwca 2019 r.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Izby, odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w świetle którego Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Stosownie do art. 138g ust. 1 ustawy Pzp, 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 Pzp, 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 przypadku postępowań na usługi społeczne o wartości poniżej ww. progów (a zatem także w przedmiotowym postępowaniu) 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 może udzielić zamówienia stosując wymogi określone w art. 138o ust. 2-4 ustawy. Przepisy te zobowiązują zamawiających do udzielenia zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący (ust. 2), do zamieszczenia na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, na stronie internetowej, ogłoszenia o zamówieniu, które zawiera informacje niezbędne z uwagi na okoliczności jego udzielenia, w szczególności termin składania ofert, opis przedmiotu zamówienia oraz określenie wielkości i zakresu zamówienia, a także kryteria oceny ofert (ust. 3), a po udzieleniu zamówienia do niezwłocznego zamieszczenia na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, na stronie internetowej, informacji o udzieleniu zamówienia z podaniem nazwy albo imienia i nazwiska podmiotu, z którym zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego (ust. 4). W razie nieudzielenia zamówienia zamawiający zobowiązany został do niezwłocznego zamieszczenia na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, na stronie internetowej, informacji o nieudzieleniu zamówienia.

Jak wynika z powyższych regulacji, zamawiający uprawniony jest do samodzielnego określenia szczegółowej procedury, w ramach której udzieli zamówienia na usługi społeczne o wartości mniejszej niż wskazana wart. 138g ust. 1 ustawy Pzp, z uwzględnieniem wytycznych opisanych w art. 138o ustawy Pzp. Określone w art. 138o ustawy Pzp zasady prowadzenia tego rodzaju postępowania są jedynymi wytycznymi ustanowionymi przez ustawodawcę. W pozostałym zakresie zamawiający nie jest związany regulacjami ustawy Pzp. Oznacza to, że procedura udzielania zamówień na usługi społeczne w oparciu o art. 138o ustawy Pzp tworzona jest przez zamawiającego, a nie jest procedurą opartą na ustawie Pzp. Pomimo, iż zamawiający uprawniony jest do zastosowania instytucji przewidzianych w ustawie, to procedura stosowana przez zamawiającego nie będzie procedurą określoną ustawą, a jedynie procedurą własną zamawiającego.

W konsekwencji wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie, o którym mowa w art. 138o ustawy Pzp, nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie bowiem 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. Krajowa Izba Odwoławcza może rozstrzygać spory pomiędzy stronami wyłącznie w granicach art. 180 ust.

I ustawy Pzp, zatem Izba nie posiada kognicji w zakresie czynności czy zaniechań zamawiającego w sytuacji, gdy te czynności nie mają oparcia w ustawie, ergo nie może rozpoznawać odwołań opartych na wzorcu stworzonym wyłącznie przez zamawiającego. Nie sposób zatem zgodzić się ze stanowiskiem prezentowanym w odwołaniu co do dopuszczalności wnoszenia środków ochrony prawnej w postępowaniach na usługi społeczne prowadzonych w oparciu o art. 138o ustawy Pzp.

Analogiczny pogląd został zaprezentowany w szeregu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. w postanowieniach: z dnia 6 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 159/19, z dnia 6 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 160/19, 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, z dnia 6 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 169/18; z dnia 9 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2283/17.

Dodatkowo wskazać należy, że ustawodawca nie odsyła w artykule 138o ustawy Pzp do stosowania przepisów działu VI ustawy Pzp (środki ochrony prawnej) w przypadku zamówień na usługi społeczne o wartości mniejszej niż określona w art. 138g ustawy Pzp, tak jak ma to miejsce w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej kwoty wskazane w art. 138g (w tych przypadkach odwołanie przysługuje, zgodnie z art. 1381 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. Również 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, nie określono kwot wpisu należnego w postępowaniach na usługi

społeczne o wartości mniejszej niż kwoty wskazane w przepisach wydanych na podstawie art.

II ust. 8 ustawy, co potwierdza intencje ustawodawcy co do niedopuszczalności stosowania środków ochrony prawnej w przypadku zamówień na usługi społeczne o wartości mniejszej niż określona w art. 138g ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Jedynie na marginesie należy zauważyć, iż Odwołujący objął zakresem zaskarżenia czynność Zamawiającego, która nie mieści się w katalogu czynności możliwych do zaskarżenia na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, dla odwołań wnoszonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Z treści odwołania w sposób jednoznaczny wynika, iż przedmiotem zaskarżenia była czynność unieważnienia postępowania, z której Odwołujący wywodził dalszy zarzut w postaci zaniechania wyboru jego oferty. Stanowisko Odwołującego, który opiera dopuszczalność wniesienia odwołania w takiej sytuacji na pojęciu „wyboru najkorzystniejszej oferty", o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, nie znajduje żadnego oparcia w przepisach ustawy Pzp. Niedopuszczalność zaskarżania w tzw. postępowaniach podprogowych czynności unieważnienia postępowania nie była kwestią sporną ani w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, ani sądów okręgowych. Do kwestii tej nie odnosi się również stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w przywołanym w odwołaniu wyroku z 23 maja 2018 r. (sygn. akt IV CSK 448/17), który dotyczył odmiennego stanu faktycznego - zaniechania odrzucenia oferty, która została uznana za najkorzystniejszą. Uzasadnienie tego wyroku nie daje żadnych podstaw, aby wybór najkorzystniejszej oferty rozumieć aż tak szeroko, jak tego chce Odwołujący, tj. w sposób obejmujący również unieważnienie postępowania.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji. Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 189 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 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 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....