

Sygn. akt: KIO 3151/20

POSTANOWENIE
z dnia 15 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 15 grudnia 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 30 listopada 2020 roku przez wykonawcę

SED-HUT Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Gospodarki Komunalnej „Bolesław” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą w Bolesławiu**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego **SED-HUT Spółka Akcyjna** z siedzibą w Krakowie, i:

2.1. 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 (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 3151/20

Uzasadnienie

Zakład Gospodarki Komunalnej „Bolesław” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Ochrona fizyczna osób i mienia Zakładu Gospodarki Komunalnej „Bolesław” Sp. z o.o. w Bolesławiu, numer referencyjny 22/ZP/2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 23 października 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 601453-N-2020.

W dniu 23 listopada 2020 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ACTUS sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i P.U. TOMBOR C. T. J. T. sp. j. z siedzibą w Katowicach. Na powyższą czynność w dniu 30 listopada 2020 r. wykonawca SED-HUT Spółka Akcyjna (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum ACTUS sp. z o.o. w Katowicach (lider i P.U. TOMBOR C. T., J. T. sp. j. w Katowicach (partner) pomimo że Wykonawca ten podlegał wykluczeniu z uwagi na niespełnienie warunku określonego w pkt 3.7.7. i 3.7.8. SIWZ, czyli nie mógł gwarantować ulgi na PFRON, ani nie jest zakładem pracy chronionej, ani podmiotem, którego działalność, lub działalność wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych;
- 2) art. 23 ust. 1 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp i art. 83 § 1 kc i art. 58 § 1 kc poprzez brak przyjęcia, że w realiach niniejszego postępowania ubieganie się o wspólne wykonanie zamówienia przez w/w konsorcjum ma w istocie charakter pozorny i zmierza do obejścia ustawy, albowiem z wyjaśnień złożonych przez konsorcjum na żądanie Zamawiającego wynika, że w rzeczywistości umowę będzie wykonywał wyłącznie lider konsorcjum, co skłania do wniosku, że drugi jego uczestnik (partner) został „dobrany” do udziału w postępowaniu wyłącznie w celu wypełnienia kryteriów zapisanych w SIWZ,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 426 z późn.zm.) poprzez brak odrzucenia oferty w/w konsorcjum w sytuacji gdy jego oferta była sprzeczna z ustawą i wymaganiami postawionymi w SIWZ (pkt. 3.7.7. i 3.7.8. SIWZ), tj. sugerowała, że konsorcjum, które wspólnie ubiega się o udzielenie zamówienia może udzielić ulgi na PFRON, choć w realiach niniejszej sprawy nie jest pracodawcą, a jak wynika z powołanego przepisu ustawy o rehabilitacji, ulgi może udzielać wyłącznie pracodawca spełniający kwalifikowane warunki zatrudnienia osób niepełnosprawnych, zaś w/w konsorcjum nie jest (jak samo zadeklarowało) pracodawcą. Pracodawcą który wyłącznie ma prawo do udzielania w/w ulgi na PFRON jest lider konsorcjum, spółka ACTUS sp. z o.o. w Katowicach, a ponadto oferta ta została złożona przez podmiot podlegający wykluczeniu.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności podjętej w postępowaniu nr 22/ZP/2020; wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie wykluczenia z postępowania konsorcjum ACTUS sp. z o.o. i P.U. TOMBOR C. T., J. T. sp. j. w Katowicach oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy, a następnie dokonania ponownej oceny pozostałych ofert według kryteriów zawartych w SIWZ,
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym opłaty od odwołania i opłaty od pełnomocnictwa, a także kosztów zastępstwa prawnego przez adwokata według zestawienia kosztów przedstawionego na dalszym etapie postępowania,
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania - na okoliczności przytoczone w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący nie uzasadnił swojego interesu we wniesieniu odwołania. Podał natomiast, że na etapie poprzedzającym wybór najkorzystniejszej oferty, w trybie art. 181 ustawy Pzp, występował do Zamawiającego informując o stwierdzonych przez siebie uchybieniach.

W ustawowym terminie żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.*

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług ochrony fizycznej osób i mienia Zakładu Gospodarki Komunalnej "Bolesław" Sp. z o.o. w Bolesławiu, które zostały opisane przez Zamawiającego kodem CPV - 79710000-4 usługi ochroniarskie.

Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 3 grudnia 2020 r. wartość zamówienia wynosi 514 809,29 zł, co stanowi równowartość 120 854,00 euro, w tym wartość zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Oznacza to, iż przedmiotem zamówienia są usługi społeczne o wartości poniżej 750 000 euro. O zakwalifikowaniu zamówienia jako usług społecznych, stosownie do art. 138h ustawy Pzp, rozstrzyga bowiem przedmiot zamówienia i postanowienia m.in. załącznika nr XIV do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, gdzie usługi o kodach CPV 79700000-1 do 79721000-4 są wymienione jako usługi społeczne.

Stosownie do art. 138g ust. 1 ustawy Pzp, przepisy działu III rozdział 6 ustawy Pzp, 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. Zgodnie z art. 138l ustawy Pzp, który odnosi się, do postępowań o ww. wartości, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne jest prowadzone m.in. z zastosowaniem przepisów działu VI ustawy Środki ochrony prawnej.

Postępowania na usługi społeczne o wartości poniżej ww. progów dotyczy natomiast art. 138o ustawy Pzp, który w ust. 1 stanowi, iż zamawiający udzielający zamówienia na usługi społeczne o wartości poniżej kwot określonych w art. 138g ustawy Pzp, ma możliwość udzielenia zamówienia zgodnie z określoną przez siebie procedurą, stosując wymogi określone w art. 138o ust. 2-4 ustawy Pzp. Charakter i przebieg postępowania o udzielenie zamówienia na takie usługi jest w takim przypadku 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. Procedura udzielania zamówień publicznych na usługi społeczne w oparciu o art. 138o ustawy Pzp jest tworzona przez zamawiającego, a nie ustawę Pzp. Z tego względu w takim przypadku brak jest podstaw do oceny przez Izbę czynności zamawiającego, ponieważ ocenie Izby mogą być poddane jedynie czynności i zaniechania zamawiającego, do których jest on zobowiązany na podstawie ustawy. Stosownie bowiem do art. 180 ust. 1 ustawy Pzp 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. Aby przyjąć, iż przysługuje odwołanie, z ustawy muszą zatem wynikać określone obowiązki dla zamawiającego.

Ustawa Pzp, w odniesieniu do usług społecznych o wartości poniżej progów określonych w art. 138g ust. 1, nie zawiera postanowień przewidujących dla wykonawców możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej, nie przewiduje również 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 te kwoty. Uwzględniając powyższe, uznać należy, że wykonawcy uczestniczącemu w takim postępowaniu nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. (...) (por. opinia UZP; www.uzp.gov.pl).

Przedmiotowe odwołanie dotyczy czynności związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem najkorzystniejszej oferty, które to czynności nie zostały podjęte przez Zamawiającego na podstawie procedur, do których był zobowiązany w ustawie Pzp, lecz na podstawie samodzielnie ustalonych procedur. Nie zmienia tego okoliczność, iż Zamawiający wskazał na przepisy ustawy Pzp, a określając wartość szacunkową zamówienia podał wielkość odnoszącą się do zamówień innych niż społeczne, skoro oznaczając przedmiot zamówienia, w tym według CPV, podał oznaczenie wskazujące na to, że przedmiotem zamówienia są usługi społeczne.

Zauważenia również wymaga, że Odwołujący nie zarzuca Zamawiającemu naruszenia zasad określonych w art. 138 o ustawy Pzp ust. 2-4 ustawy Pzp, zaznacza natomiast, iż występował do Zamawiającego w trybie art. 181 ustawy Pzp, który stanowi: *Wykonawca lub uczestnik konkursu może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie , co wskazuje, że zadawał sobie sprawę z braku uprawnienia do wniesienia odwołania w tym postępowaniu z powołaniem się na okoliczności sygnalizowane w piśmie z dnia 25 listopada 2020 r., a mimo to, podniósł je następnie w odwołaniu.*

Odwołanie podlega zatem odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Skład orzekający Izby podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie zaprezentowane m.in. w postanowieniu z dnia 1 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 1102/20 i przywołanych w nim postanowieniach Izby oraz stanowisku doktryny *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).*

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

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). Stosownie do powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie Izby i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania, Odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika Odwołującego o zasądzenie kosztów z tytułu usługi prawnej – kompleksowego doradztwa, przygotowania dokumentacji i odwołania oraz zastępstwa prawnego przed KIO, z uwagi na powyższą zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania. W ocenie Izby nie można uznać za przekonującą

argumentacji profesjonalnego pełnomocnika występującego w sprawie, że działał w zaufaniu do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której zostało zamieszczone pouczenie o możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp. Z tej samej specyfikacji wynikało bowiem, że przedmiotem zamówienia są usługi o oznaczeniu CPV wskazującym, że są to usługi społeczne o wartości szacunkowej mniejszej niż 214 000 euro, a tym samym mniejszej niż 750 000 euro, ponadto na posiedzeniu, zostało wyjaśnione, że SIWZ w tym zakresie nie ulegała zmianie. Obecny na posiedzeniu pełnomocnik miał zatem wiedzę, iż do postępowania winny znaleźć zastosowanie przepisy dotyczące usług społecznych i skorzystać z przysługujących mu uprawnień, zwłaszcza w kontekście przywołanego powyżej pisma z dnia 25 listopada 2020 r. wystosowanego w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp. Zauważenia wymaga, iż stosownie do § 5 ust. 3 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku odrzucenia odwołania Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, nie przewidując, także w § 5 ust. 4 rozporządzenia, innego rozstrzygnięcia o kosztach postępowania, jak tylko to, które uwzględnia zasadę, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Przewodniczący:.....