

Sygn. akt: KIO 3020/20

POSTANOWENIE
z dnia 24 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 24 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Gastro Serwis Sp. z o.o., ul. Przybyszewskiego 255/267, 92-338 Łódź** postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź- Urząd Miasta Łodzi, ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź**

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Gastro Serwis Sp. z o.o., ul. Przybyszewskiego 255/267, 92-338 Łódź** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Gastro Serwis Sp. z o.o., ul. Przybyszewskiego 255/267, 92-338 Łódź** 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 27 września 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) 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 3020/20

UZASADNIENIE

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne o wartości mniejszej niż 750 000 euro, którego przedmiotem jest: „*Usługi restauracyjne dla mieszkańców Domu Pomocy Społecznej w Łodzi w Łodzi, ul. Spadkowa 4/6*”, prowadzone pod numerem ZP/US/1/2020; zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w dniu 19.10.2020 r. w Biuletynie Informacji Publicznej Urzędu Miasta Łodzi, przez **Miasto Łódź- Urząd Miasta Łodzi, ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź** zwane dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 16.11.2020 r. (e-mailem) Zamawiający przekazał informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty: A. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **BIG ANDY A. S.** ul. Malczewskiego 37/43, 93-154 Łodzi zwany dalej: „*BIG ANDY A. S.*” oraz odrzuceniu oferty **Gastro Serwis Sp. z o.o., ul. Przybyszewskiego 255/267, 92-338 Łódź** zwanej dalej: „*Gastro Serwis Sp. z o.o.*” albo „*Odwolującym*”.

W dniu 18.11.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) **Gastro Serwis Sp. z o.o.** wniosło odwołanie na czynności Zamawiającego z 16.11.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Odwołanie zostało podpisane przez P.Z. ujawnionego w załączonym do odwołania KRS-ie i umocowanego do samodzielnej reprezentacji. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 138o ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” i art. 90 ust. 3 Pzp oraz w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, iż złożona przez Odwołującego oferta zawiera rażąco niską cenę, w sytuacji, gdy z przedłożonych Zamawiającemu wyjaśnień wynika, że Odwołujący w sposób wyczerpujący i kompleksowy wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska i pozwala na wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, w szczególności gdy oferta nieznacznie różni się od oferty wybranej jako najkorzystniejsza (o ok. 2%) i od szacunkowej wartości zamówienia (o ok. 7%),
2. art. 138o ust. 2 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez odrzucenie oferty Odwołującego bez ostatecznego wyjaśnienia, czy złożona oferta posiada rażąco niską cenę, w szczególności gdy istniała możliwość wezwania Odwołującego do uzupełnienia złożonych przez niego wyjaśnień i kalkulacji w sytuacji, gdy Zamawiający w dalszym ciągu ma wątpliwości co do ceny w ofercie Odwołującego, a także poprzez sformułowanie zawiadomienia o odrzuceniu oferty z uzasadnieniem nadzwyczaj ogólnikowym, bez wszechstronnego rozważenia złożonych przez Odwołującego wyjaśnień i kalkulacji i uniemożliwiających odniesienie się przez Odwołującego do tak sformułowanego zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego. Żądał nakazania Zamawiającemu:
1. unieważnienia dokonania czynności odrzucenia oferty Odwołującego, następnie
2. unieważnienia dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, następnie
3. powtórzenia dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, ewentualnie w przypadku zawarcia umowy przez Zamawiającego z wybranym wykonawcą - żądam unieważnienia tej umowy.

Odnośnie dopuszczalności korzystania ze środków ochrony prawnej w przypadku zamówień publicznych na usługi społeczne o wartości poniżej wyrażonej w złotych równowartości kwoty 750.000 EURO.

Na wstępie podniósł, że Odwołujący mają prawo w niniejszej sprawie wnieść odwołanie na czynność odrzucenia złożonej przez niego oferty, w szczególności gdy w pkt. 16.2 ogłoszenia dodano, co następuje: Zamawiający informuje, że w prowadzonym postępowaniu, w przypadku uzasadnień nieuregulowanych w Ogłoszeniu, będą miały zastosowanie odpowiednio przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843). Pzp przewiduje bowiem w dziale VI środki ochrony prawnej, które służą uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wobec zamawiających, którzy naruszają przepisy ustawy. W art. 180 ust. 1 i ust. 2 ustawodawca rozróżnił zakres czynności zamawiającego, na które przysługuje odwołanie, w zależności od wartości zamówienia - i jest to jedyne ograniczenie w stosowaniu środków ochrony prawnej przewidziane w Pzp. Proces udzielania zamówień publicznych, który prowadzi do wydatkowania środków publicznych - dla zachowania jego przejrzystości, prawidłowości i uczciwej konkurencji musi być poddany kontroli niezależnych organów, które korygują czynności zamawiających w toku postępowania i czuwają nad prawidłowością powierzania zamówień publicznych. Należy podkreślić, że zamówienia publiczne są obszarem na styku władzy publicznej i interesów prywatnych, szczególnie narażonym na korupcję. Przepisy Pzp dotyczące ochrony prawnej mają znaczenie pierwszorzędne dla procesu udzielania zamówień publicznych i są wyrazem konstytucyjnej zasady prawa do sądu (art. 45, art. 78, art. 176 Konstytucji) oraz przejawem realizacji przez ustawodawcę praw człowieka i podstawowych wolności (art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 roku z protokołami dodatkowymi). Środki ochrony prawnej służą uczestnikom wszystkich postępowania o udzielenie zamówień publicznych, które zostały uregulowane w ustawie - co stanowi jedną z naczelnych zasad prawa zamówień publicznych. Zgodnie z tezą nr 122 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE: „Dyrektywa 89/665/EWG przewiduje określone procedury odwoławcze, które mają być dostępne co najmniej dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu konkretnego zamówienia, a która ucierpiła lub może ucieść skutkiem domniemanego naruszenia unijnego prawa w dziedzinie zamówień publicznych lub przepisów krajowych przenoszących to prawo. Niniejsza dyrektywa nie powinna mieć wpływu na te procedury odwoławcze. Jednak obywatele, zainteresowane podmioty, bez względu na to, czy są zorganizowane, oraz inne osoby lub organy niemające dostępu do procedur odwoławczych na mocy dyrektywy 89/665/EWG, pomimo to mają, jako podatnicy uzasadniony interes w tym, by procedury zamówień publicznych były należyte. Powinno zatem mieć możliwość - w sposób inny niż poprzez system odwoławczy na mocy dyrektywy 89/665/EWG i bez konieczności występowania przed sądem lub trybunałem - zgłaszania ewentualnych naruszeń niniejszej dyrektywy do właściwego organu lub struktury”. Z treści dyrektywy wynika wprost, że przepisy europejskie nakazują stosowanie ochrony prawnej w zamówieniach publicznych w sposób możliwie najszerszy. Przepisy prawa krajowego

powinny umożliwiać weryfikację czynności zamawiających nie tylko wykonawcom w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale wręcz wszystkim obywatelom, z uwagi na to, że w drodze udzielania zamówień publicznych wydatkowane są środki publiczne. Wyłączenie ochrony prawnej w jakimkolwiek rodzaju postępowań opisanych w ustawie - a tym samym pozbawienie prawa uczestników postępowania do weryfikacji czynności zamawiających przez niezależny organ oraz pozostawienie decyzji zamawiających, nawet stanowiących naruszenie przepisów Pzp - jako decyzji ostatecznych - jako wyłączenie jednej z naczelných zasad prawa zamówień publicznych - bezwarunkowo musiałoby nastąpić na podstawie konkretnego przepisu ustawy (choć wątpliwości budziłaby konstytucyjność i zgodność z przepisami europejskimi takiego rozwiązania). Pzp musiałaby wprost wyłączać prawo do ochrony prawnej w określonych rodzajach postępowań. Takich przepisów prawa, które wyłączają prawo do ochrony prawnej w określonych rodzajach postępowań - na ma w ustawie.

W szczególności przepisem wyłączającym prawo do ochrony prawnej wobec niezgodnych z ustawą czynności zamawiających nie jest art. 138o Pzp, na który powołała się Izba. Powyższy przepis kształtuje pewne obowiązki zamawiających dotyczące zamówień na usługi społeczne, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w art. 138g ust. 1 Pzp. Treść tego przepisu nie stanowi w żadnym z ustępów o wyłączeniu stosowania działu VI Pzp lub o nieprzysługiwaniu w tym postępowaniu jego uczestnikom środków ochrony prawnej.

Skoro prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej jest naczelną zasadą Pzp środki ochrony prawnej regulują przepisy ogólne - wspólne dla wszystkich rodzajów postępowań, to pozbawienie tego prawa nie może być domniemywane. Jeśli ustawa wprost nie wyłącza prawa do ochrony prawnej - taka ochrona wykonawcom przysługuje. Środki ochrony prawnej przysługują w postępowaniach o udzielenie zamówienia na usługi społeczne o wartości równej lub przekraczającej wartość 750.000 euro - co ustawodawca podkreślił w art. 138i Pzp. Środki te przysługują również w postępowaniach o udzielenie zamówienia na usługi społeczne o wartości mniejszej niż 750.000 euro - ponieważ brak jest przepisu, który wyłączałby takie prawo w odniesieniu do tych postępowań. Gdyby ustawodawca chciał dokonać takiego wyłomu w stosowaniu środków ochrony prawnej i stworzyć rodzaj postępowania wyłączony spod kontroli - musiałby uczynić to wprost.

Taką zasadę legislacyjną widać w samym Pzp: art. 198g Pzp: "Od wyroku sądu lub postanowienia kończącego postępowanie nie przysługują skargi kasacyjne. Przepisu nie stosuje się do Prezesa Urzędu".

Podkreślam, że nie można zaakceptować poglądu, że pozbawienie wykonawców środków ochrony prawnej w zamówieniach na usługi społeczne - miałoby stanowić "uproszczenie proceduralne" w tych postępowaniach. Uproszczenia proceduralne mogą dotyczyć terminów, wymogów formalnych, dokumentów, komunikacji z zamawiającym itp. Nie można traktować jako uproszczenia proceduralnego - pozbawienia wykonawców prawa do korzystania z ochrony prawnej. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 7 stycznia 1992 r., K 8/91, OTK 1992 nr 1, poz. 5, wskazuje, że prawo do sądu ma tak istotną pozycję w prawie, że wykładnia zawężająca jest tu niedopuszczalna, ponieważ nie odpowiadałaby ani celowi, ani charakterowi ustroju RP. Prawo do publicznego wymiaru sprawiedliwości i rzetelnego procesu dotyczy każdego zakresu prawa, a więc karnego, cywilnego, jak również administracyjnego". Podobnie wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 marca 2002 roku, P 9/01, OTK-A 2002, nr 2, poz. 14, stwierdzając, że prawo do publicznego wymiaru sprawiedliwości nie stanowi tylko narzędzia służącego wykonywaniu pozostałych wolności i praw. Jest samoistne oraz chronione bez względu na niedochowanie pozostałych praw podmiotowych. Konstytucyjnie określone prawo do sądu należy rozumieć jako zasadę prawa konstytucyjnego i w tym znaczeniu jest to dyrektywa tworzenia i interpretacji prawa. Prawo do sądu posiada fundamentalne znaczenie dla demokratycznego państwa prawa. Prawem tym powinien być objęty jak najszerszy zakres spraw, przy czym z zasady demokratycznego państwa prawa wynika również zakaz zawężający wykładni tego prawa (por. wyrok z 9 czerwca 1998 roku, K 28/97, uzasadnienie wyroku z 16 marca 1999 roku, SK 19/98, wyrok z 11 września 2001 roku, SK 17/00 i inne). Wykładnia przepisów Pzp nie może prowadzić do pozbawienia wykonawców środków ochrony prawnej.

Podkreślić należy, iż owo zagadnienie zostało już rozstrzygnięte w orzecznictwie. SO w Olsztynie, w uzasadnieniu postanowienia z 25.08.2017 r. w sprawie o sygn. akt IX Ca 807/17 ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w sposób niebudzący wątpliwości rozstrzygnął, że: „Przepis art. 138o Pzp nie stanowi przeszkody do wnoszenia odwołań przez wykonawców. Dualizm postępowań o udzielenie zamówień na usługi społeczne (art. 138i Pzp i 138o Pzp) nie ingeruje w żaden sposób w zakres uprawnień wykonawców związanych z wnoszeniem odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej. (...) Prowadzenie postępowania w oparciu o przepis art. 138o Ustawy Pzp, nie wyklucza wniesienia odwołania od czynności (bądź zaniechania) zamawiającego sprzecznej z przepisami Pzp, omawiana regulacja wskazuje, że do zamówień społecznych o mniejszej wartości, zastosowanie mają przepisy ust. 2-4, kształtując przy tym pewne obowiązki zamawiającego w postępowaniu, nie zaś procedury ogólne - w tym dotyczące środków ochrony prawnej”.

Sąd Okręgowy podkreślił, że inne rozumowanie stałoby "w całkowitej sprzeczności z powołanymi wyżej przepisami Konstytucji RP i prawa międzynarodowego" oraz "w całkowitej sprzeczności z przepisem art. 180 ust. 1 Pzp, który - co do zasady - dopuszcza zaskarżalność niezgodnych z przepisami ustawy czynności (bądź zaniechań) zamawiającego. Wyjątki w tym zakresie przewiduje jedynie ust. 2 tego przepisu.". W ten sam sposób wypowiedział się Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w wyroku z dnia 8 czerwca 2018 r. w sprawie sygn. akt IV Ca 361/18. O możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej w postępowaniach prowadzonych na podstawie art. 138o Pzp wypowiadają się też przedstawiciele doktryny i praktycy. Przykładowo:

1. „Jednocześnie, pomimo braku wyraźnej regulacji dotyczącej możliwości skorzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, zasadnym wydaje się stwierdzenie, iż uregulowania dotyczące zamówień na usługi społeczne o wartości mniejszej niż kwoty określone w art. 138g ustawy Pzp, nie ingerują w żaden sposób w zakres uprawnień wykonawców związanych z wnoszeniem odwołań do Izby. Przeciwnie, treść art. 138o ustawy Pzp stanowi jedynie, iż do zamówień społecznych mniejszej wartości, zastosowanie mają przepisy ust. 2-4, kształtując przy tym pewne obowiązki zamawiającego w postępowaniu, nie zaś procedury ogólne. Zgodnie z powyższym przyjąć należy, iż w postępowaniach na usługi społeczne o wartości mniejszej niż kwoty określone w art. 138g ustawy Pzp, ustawodawca nie zniósł prawa skorzystania z możliwości wniesienia odwołania” (tekst: kancelariaPieróg&Partnerzy: http://www.pierog.pl/media/tms/catalog2/pages/page234/592553fde0d8fodwolanie_w_przypadku_procedury_udzielenia_zamowienia_publicznego_na_uslugi_spoeczne.pdf).

2. „W postępowaniach na usługi społeczne o wartości mniejszej niż kwoty określone w art. 138e [...]p.z.p. ustawodawca nie zniósł prawa skorzystania z możliwości wniesienia odwołania”. (Nowicka Paulina, Odwołanie w przypadku procedury udzielenia zamówienia publicznego na usługi społeczne, Opublikowano: „Zamawiający” 2017/23/28-29),

3. „Wyłączenie stosowania ogólnych reguł do nabywania podprogowych usług społecznych nie wyłącza stosowania do tych usług przepisu o umowach i o środkach ochrony prawnej. Odnosi się bowiem wyłącznie do "udzielania zamówienia", tj. znosi obowiązek pewnych czynności zamawiającego przed zawarciem umowy (przed udzieleniem zamówienia). Nie znosi kompetencji organów - prawa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do kontroli oraz kognicji Krajowej Izby Odwoławczej” (W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 7. Wydanie, Warszawa 2018, s. 1086).

4. „W świetle wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie, jak i opinii obecnych w doktrynie, a ponadto brzmienia przepisów dotyczących udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, należy stwierdzić ponad wszelką wątpliwość, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia na usługi społeczne poniżej progu 750 tys. euro wykonawcom przysługuje odwołanie” (M. Kopacka „Czy w postępowaniu na usługi społeczne, o wartości poniżej progu, można wnieść odwołanie?” Lex, QA 995979).

Zwrócił uwagę na stanowisko Ministerstwa Rozwoju w tym przedmiocie. W odpowiedzi na pytanie Federacji Przedsiębiorców Polskich, M. Haładyj, podsekretarz stanu w resorcie rozwoju stwierdził:

„Kluczowe dla rozstrzygnięcia kwestii odwołań w przypadku zamówień o wartości niższej niż prom unijne jest treść art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, który określa względem jakich czynności przysługuje odwołanie (...). Na wyłączenie możliwości wniesienia odwołania nie wskazuje również treść art. 138o ustawy. Przepis ten nie zawiera bowiem wyłączenia stosowania art. 180 ust. 2” (<http://www.zamowienia-publiczne.lex.pl/czai/-artykul/mozna-skladac-odwolania-w-podprogowych-postepowaniach-na-uslugi-spoeczne?refererPId=10141>).

Powyżej przedstawione stanowisko Sądu Okręgowego w Olsztynie oraz przedstawicieli doktryny nie powinno budzić wątpliwości, zważywszy, że wartość zamówień na usługi społeczne, o których mowa w tym przepisie mieści się w przedziale od 30.000 euro do 750.000 euro. Nie można uznawać, że w sprawach wydatkowania tej skali środków

publicznych - uczestnicy postępowań pozbawieni są prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, a zamawiający zachowują pełną swobodę w procesie udzielania zamówień publicznych. W świetle przepisów prawa unijnego, wobec wagi środków ochrony prawnej, w procesie udzielania zamówień publicznych niedopuszczalna jest wykładnia zawężająca przepisów Pzp dotyczących ochrony prawnej, która wyłączałaby prawo do ochrony prawnej. Byłoby to również niezgodne z celem ustawy, którym jest doprowadzenie do udzielenia zamówienia wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą, ale prawidłową ofertę w postępowaniu przeprowadzonym zgodnie z zasadą przejrzystości, równości, niedyskryminacji. Powyższe ma gwarantować prawidłowość wydatkowania środków publicznych. Wykładnia celowościowa przepisów Pzp prowadzi do wniosku, że przepisów tych dotyczących się ochrony prawnej nie można interpretować w sposób zawężający: wyrok SO w Szczecinie z 22.12.2016 r., sygn. akt: II Ca 1461/16, wyrok SO w Krakowie w wyroku z 20.01.2017 r., sygn. akt XII Ga 1018/16, w którym wskazano m.in.: „Skoro ustawodawca dopuścił możliwość wniesienia odwołania od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a zarazem nie wprowadził jakiejkolwiek regulacji zawężającej to pojęcie, to Izba nie jest uprawniona do dokonania swoistej wykładni prawotwórczej, a tak w istocie uczyniła. Nadto należy dodać, że w istocie Izba nie zawężyła samego pojęcia użytego w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy, Izba w sposób arbitralny i nieuzasadniony zawężyła stosowanie tej normy, zawężając same podstawy do wniesienia odwołania zgodnie z tym przepisem, co wyraźnie wynika z treści prezentowanego wyżej stanowiska Izby”, wyrok SO w Rzeszowie w wyroku z 21.03.2017 r., sygn. akt: VI Ga 60/17.

Sam Prezes Urzędu Zamówień Publicznych składając skargi na wyroki Izby, które w sposób wąski traktowały katalog czynności uprawniających do wniesienia odwołania w zamówieniach podprogowych, wskazywał m.in., że: „zawężająca wykładnia znowelizowanej treści art. 180 ust 2 pkt 6 dokonana przez Izbę jest niezgodna z treścią ustawy Pzp; b) stanowisko Izby pozbawia wykonawców możliwości weryfikacji fazy badania i wyboru oferty przez wyspecjalizowany organ, a które ostatecznie doprowadziły do wyboru niezgodnego z przepisami ustawy Pzp;

c) stanowisko Izby jest nieuzasadnione w kontekście zasady celowego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych; d) regulacje ustawy Pzp niezmieniają mają służyć wyłonieniu wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, a stanowisko Izby podważa tę zasadę”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazywał również na „doniosłość praktyczną możliwości wnoszenia odwołań w postępowaniach o wartości poniżej progów unijnych, bowiem stanowią te postępowania ok 85% ogółu wszczynanych postępowań o udzielenie zamówienia”. Podkreślił, że „niezasadne odrzucenie odwołania godzi także m.in. w cel jakim jest implementacja odpowiednich regulacji prawa wspólnotowego w zakresie poprawy skuteczności krajowych procedur odwoławczych” (vide: wyrok SO w Szczecinie z 22.12. 2016 r., sygn. akt: II Ca 1461/16, wyrok SO w Rzeszowie z 21.03.2017 r., sygn. akt: VI Ga 60/17, wyrok SO w Krakowie z 20.01.2017 r., sygn. akt: XII Ga 1018/16).

Podniósł również, że rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, regulują wysokości wpisu od odwołania w sprawie zamówienia na usługi społeczne poniżej progów: Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1) tego rozporządzenia: wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi, którego wartość jest:

1) mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, wynosi 7.500 zł.

Zgodnie zaś z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej): Ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień: na usługi społeczne i inne szczególne usługi jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty: a) 750. 000 euro - w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (§ 1 ust. 5 lit. a) w/w rozporządzenia).

W przypadku zatem odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi społeczne, którego wartość jest mniejsza niż równowartość kwoty 750.000 euro, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania - wpis wynosi 7.500 złotych. Powyższe stanowisko podzieliła KIO w wyrokach z 27.09.2018 r., sygn. KIO 1835/18, czy też z 15.11.2019 r., sygn. akt: KIO 2204/19. Jak widać już na przykładzie postępowania, którego dotyczy niniejsze odwołanie - może to rodzić poważne nieprawidłowości w przeprowadzaniu przetargów.

Odnosnie dopuszczalność wniesienia odwołania na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 i 6 Pzp. Zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 4 Pzp: Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje m.in. wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przedmiotem odwołania jest czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez Odwołującego. A zatem biorąc pod uwagę wartość zamówienia (poniżej 750.000 euro) i przedmiot odwołania (wadliwie odrzucenie oferty Odwołującego przez Zamawiającego i w jego konsekwencji wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej) - odwołanie jest dopuszczalne na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 i 6 Pzp. Powyższe potwierdza uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2017 r. III CZP 58/17, zgodnie z którą zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną, przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu. Uchwała Sądu Najwyższego ostatecznie potwierdziła, że w postępowaniach podprogowych możliwe jest składanie odwołań na czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty.

Uzasadnienie zarzutów odwołania

W dniu 19.10.2020 r. w Biuletynie Informacji Publicznej Urzędu Miasta Łodzi zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. Zamówienie będzie realizowane w okresie od 01.01.2021 r. do 31.12.2022 r. W dniu 13.11.2020 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na fakt, iż zdaniem Zamawiającego przedmiotowa oferta zawierała rażąco niską cenę. Dopiero 3 dni później - w dniu 16.11.2020 r. Odwołujący został powiadomiony o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą uznana została oferta BIG ANDY A. S. z siedzibą w Łodzi (kod: 93-154) przy ul. Malczewskiego 37/43. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów Pzp. Pismem z 04.11.2020 r., Zamawiający, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W dniu 10 listopada 2020 r. odwołujący przedstawił Zamawiającemu szczegółowe wyjaśnienia, których Zamawiający żądał. Zwrócił uwagę na fakt, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej oferty. Zgodnie z pkt. 16.1 ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający zastrzega sobie prawo do występowania do Wykonawców z wezwaniami do złożenia wyjaśnień treści oferty lub dokumentów składanych wraz z ofertą. W pkt. 16.2 ogłoszenia dodano, co następuje: Zamawiający informuje, że w prowadzonym postępowaniu, w przypadku zagadnień nieuregulowanych w Ogłoszeniu, będą miały zastosowanie odpowiednio przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843). Z powyższego wynika, że Zamawiający przewidział w postępowaniu prowadzonym na podstawie art. 138o Pzp procedurę wyjaśnienia (w tym można domniemać, że chodzi także o procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej oferty).

W związku z powyższym, należy podnieść, iż treść wezwania odwołującego do wyjaśnienia podejrzenia dotyczących rażąco niskiej oferty nie spełnia wymogów Pzp i postanowień ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający w piśmie z 04.11.2020 r. wezwał Odwołującego do złożenia wykazu produktów [...], kosztów pracy [...] bez wyraźnego domagania się szczegółowej kalkulacji zaoferowanej ceny jednostkowej za dobową stawkę żywieniową netto, z podaniem wszystkich jej składników oraz informacji o sposobie kalkulowania tej ceny. Trudno uznać to za wezwanie do wyjaśnień zgodne z art 90 Pzp czy choćby podobne. Tymczasem mając na uwadze, że ze względu na dyspozycję art. 90 ust. 3 Pzp konsekwencją skorzystania z tej procedury jest odrzucenie oferty wykonawcy, Zamawiający powinien był zawrzeć w wezwaniu ponadto następujące informacje:

1. okoliczności stanowiące faktyczną podstawę do skierowania wezwania;
2. elementy, w odniesieniu do których oczekuje dostatecznie szczegółowych wyjaśnień lub kalkulacji;
3. wskazanie okoliczności przewidzianych w art. 90 ust 2 Pzp, które zamawiający jest obowiązany badać w zakresie domniemania rażąco niskiej ceny;

4. możliwość dostarczenia przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniami dowodów umożliwiających dokonanie poprawnej oceny wskazanej w ofercie ceny - art. 90 ust. 3 Pzp;

5. termin, do którego wykonawca zobowiązany jest złożyć wyjaśnienia. (Janusz Dolecki, Cena rażąco niska, artykuł w czasopiśmie Zamówienia Publiczne Doradca, 2013, nr 11, s. 36-45 /Aby wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 [p z p.] stało się domniemaniem, zamawiający powinien wskazać przesłanki i okoliczności, na bazie których powziął uzasadnione wątpliwości, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską. Tylko w następstwie tak ukształtowanego domniemania następuje, przeniesienie ciężaru dowodowego na wykonawcę, który swoimi wyjaśnieniami powinien to domniemanie obalić, to znaczy skutecznie zaprzeczyć tezie postawionej przez zamawiającego./).

Wezwanie skierowane w dniu 04.11.2020 r. przez Zamawiającego do Odwołującego nie spełnia powyższych przesłanek; w szczególności nie wskazuje żadnych okoliczności stanowiących faktyczną podstawę do skierowania wezwania, okoliczności przewidzianych w art. 90 ust. 2 Pzp, które Zamawiający jest obowiązany badać w zakresie domniemania rażąco niskiej ceny (aby wykonawca wiedział jakie okoliczności mogą konwalidować parametry jego oferty), a ponadto w ogóle nie wskazał na możliwość dostarczenia przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniami dowodów umożliwiających dokonanie poprawnej oceny wskazanej w ofercie ceny. Konsekwencje takiego działania opisane zostały w orzecznictwie KIO, z którego wynika, iż „Z fundamentalnych zasad ustawy wynika reguła, którą można sprowadzić do stwierdzenia jakie wezwanie. takie wyjaśnienia. Zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji stoją na straży gwarancji braku ryzyka faworyzowania jednego z wykonawców kosztem innych i arbitralnego traktowania wykonawców przez zamawiającego. Kolejno, zasady jawności i pisemności postępowania, składające się na obowiązek przejrzystości działań zamawiającego, domagają się, aby ocena oświadczeń wykonawców oparta była na jasnych i jednoznacznych wymaganiach. Zatem zakres oczekiwań zamawiającego co do wyjaśnień powinien być określony w wezwaniu w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, tak aby pozwolić wszystkim wykonawcom wykazującym staranność oczekiwaną od uczestnika rynku zamówień publicznych na zrozumienie zakresu wymagań zamawiającego. W ocenie Izby. Zamawiający, który odrzuca ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp na podstawie oczekiwań, których rozsądnie działający wykonawca nie może wywieść z treści wyjaśnień, narusza prawo.” (wyrok KIO z 06.11.2014 r., sygn. akt: KIO 2224/14, KIO 2228/14). Co więcej, w wezwaniu Zamawiający nie wskazał, iż cena zawarta w ofercie Odwołującego zawiera cenę, która wzbudza jego wątpliwości co do możliwości rentownej realizacji zamówienia. Odwołujący musiał zatem domyślić się, czego właściwie oczekuje Zamawiający.

Kontynuując powyższą myśl, zwrócił uwagę także na treść pisma Zamawiającego z 13.11.2020 r. pt. Zawiadomienie o odrzuceniu oferty. W treści owego pisma wskazano, że odrzucono ofertę Odwołującego gdyż, zdaniem Zamawiającego, zaoferowana cena oferty i związana z nią cena jednostkowa za dobową stawkę żywieniową uznano za rażąco niską. Zdaniem Zamawiającego, przedstawione przez Odwołującego uwzględnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w ogłoszeniu o zamówieniu, obejmuje wszystkie koszty jakie Wykonawca może ponieść z tytułu należącego do badania zgodnego z umową i obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia. Takie stanowisko Zamawiającego także stanowi naruszenie przepisów Pzp. Zawiadomienie wykonawcy o odrzuceniu oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp winno zawierać:

1. przypomnienie tych elementów istotnych dla kalkulacji ceny oferty, które stanowiły podstawę wezwania wykonawcy do wyjaśnień;

2. krótkie wskazanie dokumentów (oświadczeń i dowodów), które przedstawił wykonawca w ramach wyjaśnień;

3. odniesienie się do treści tych dokumentów i ocenę ich konkretności (tj. czy były ogólne, iluzoryczne albo czy były wyczerpujące, precyzyjne i przekonujące),

4. wskazanie czy zawierały dowody, ocenę czy przedstawione dowody umożliwiają potwierdzenie wartości rynkowej poszczególnych elementów wyjaśnień;

5. wskazanie, których informacji wymaganych przez zamawiającego wykonawca nie przedstawił;

6. wskazanie w podsumowaniu, które wyjaśnienia nie dają podstaw do przyjęcia i dlatego, że cena została skalkulowana prawidłowo, w sposób zapewniający należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, a które elementy wyjaśnień i jakie okoliczności podniesione przez wykonawcę w wyjaśnieniach zostały przez wykonawcę dowiedzione /Ewa Wiktorowska, Zawiadomienia związane z badaniem rażąco niskiej ceny, artykuł w Buduj z Głową - kwartalnik kosztorysanta, nr 3, 2015/.

Pismo Zamawiającego z 13.11.2020 r. nie spełnia powyższych przesłanek. Zamawiający zarzucił Odwołującemu przedstawienie ogólnikowych wyjaśnień, co skomentował w wyjątkowo ogólnikowych wyjaśnieniach, dlaczego nie były one wystarczające. Należy odeprzeć zarzuty Zamawiającego i wskazać, że to działanie Zamawiającego nosi znamiona naruszenia zasad uczciwej konkurencji, albowiem w sposób wybitnie arbitralny Zamawiający podszeł do skrupulatnych i wyczerpujących wyjaśnień Odwołującego, popartych przedstawionymi wycenami. Brak szczegółowego uzasadnienia odrzucenia oferty należy kwalifikować zatem w kategorii naruszenia praw wykonawców do rzetelnej oceny złożonych ofert. Zdaniem Odwołującego, przedłożone przez niego wyjaśnienia spełniają wymogi określone w art. 90 ust. 1 Pzp, tj. pozwalają na uznanie, że Odwołujący w sposób niebudzący wątpliwości wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do ofert złożonych przez innych oferentów (w tym w szczególności w stosunku do wygranej oferty). Odwołujący w sposób wyczerpujący oraz kompleksowy wykazał, że jest w stanie wykonać w sposób prawidłowy przedmiot zamówienia. Brzmienie w/w przepisu wskazuje, że procedura wyjaśniania musi prowadzić do bezspornego oraz ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie, czy zaoferowana cena jest rażąco niska i dana oferta podlega odrzuceniu, czy też wyjaśnienia Wykonawcy są wyczerpujące i prowadzą do uznania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska i Wykonawca jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Ocena winna opierać się na zgromadzonych w toku postępowania materiałach oraz przede wszystkim na wyjaśnieniach Wykonawcy oraz przedłożonej dokumentacji. Odwołujący wskazał, że przedłożone wyjaśnienia zostały opracowane w oparciu o treść pisma z 04.11.2020 r., które zawierało jedynie ogólnikowe sformułowania przedstawiające żądania Zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający winien przyjąć złożone wyjaśnienia jako wystarczające, w szczególności gdy odrzucona oferta nieznacznie różni się od oferty wybranej jako najkorzystniejsza (o ok. 2%) i od szacunkowej wartości zamówienia (o ok. 7%), bądź powinien wezwać ponownie Odwołującego do przedłożenia konkretyzujących wyjaśnień, jednakże pismo zawierające owe wezwanie winno być sformułowane w sposób konkretny, gdyż wezwanie nie może być sformułowane w sposób ogólnikowy.

Wezwanie nie może być ogólnikowe zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający dysponuje kosztorysem, a nie tylko samym formularzem cenowym. Jeżeli Zamawiający w wezwaniu nie wskaże, o jakie konkretnie elementy ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych chodzi wykonawca ma prawo dokonać wyjaśnienia w zakresie elementów wybranych przez siebie i które sam uważa za istotne. W takim przypadku zarzut iż wykonawca nie udzielił wyjaśnień, będzie nieuzasadniony. (słusznie J. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd III, WKP 2018).

W ocenie Sądu Okręgowego aktualnie nie istnieją w obowiązującym porządku prawnym (w szczególności w regulacji Pzp) sztywne kryteria, jakie winny być spełnione, aby wyjaśnienia udzielone przez wykonawców na zapytanie zamawiającego uznane zostały za wystarczające. Stąd oczywistym jest, że ich ocena dokonywana będzie w każdym konkretnym przypadku przez, zamawiającego, a treść takich wyjaśnień musi być postrzegana przez pryzmat treści zapytania. (wyrok SO w Krakowie z 13.03.2012 r., sygn. akt: XII Ga 73/12). Jeśli zamawiający powziął wątpliwości, co do prawidłowości obliczenia zysku, to zamiast odrzucać ofertę odwołującego, mógł i powinien był wystąpić o dodatkowe wyjaśnienia. Izba w tym składzie orzekającym wyraża pogląd, że jest dopuszczalne uzyskanie przez zamawiającego dodatkowych informacji w granicach zakreślonych wyjaśnieniami udzielonymi w wyniku wezwania. (Wyrok KIO z 06.11.2014 r., sygn. akt: KIO 2224/14, KIO 2228/14).

Z uwagi na powyższe, Zamawiający w sposób wadliwy dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, który udzielił wyjaśnień w oparciu o treść pisma Zamawiającego z dnia 04.11.2020 r. W konsekwencji, wadliwa była także czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż pominięto przy tej czynności ofertę Odwołującego, niezasadnie odrzuconą. Stopień szczegółowości wyjaśnień powiązany jest ściśle ze stopniem szczegółowości żądania w przedmiocie udzielenia wyjaśnień i Wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji zbyt ogólnikowego sformułowania żądania przedłożenia wyjaśnień. To Zamawiający powinien precyzyjnie wskazać w jakim zakresie przedłożona oferta budzi wątpliwości, gdyż jedynie Zamawiający wie, w jakim zakresie złożona oferta budzi wątpliwości.

Podkreślił, że zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 Pzp jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia proponuje cenę, która nie będzie gwarantowała

wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem Zamawiającego jest przeprowadzenie procedury wyjaśniającej w sposób rzetelny. Obowiązek ten wpisuje się w podstawową zasadę z art. 138o, w postaci zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (porównaj: KIO w wyroku z 11.03.2016 r., sygn. akt: KIO 263/16).

Odwolujący wskazuje, że w przedmiotowej sprawie procedura oceny ofert została przeprowadzona w sposób nieobiektywny, niekompleksowy, co spowodowało błędne przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, w sytuacji, gdy w świetle przedstawionych wyjaśnień oraz specyfiki branży, Zamawiający powinien albo uznać wyjaśnienia Odwołującego za wystarczające albo powinien wezwać Odwołującego do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień, z tym że owo wezwanie winno być sformułowane w sposób konkretny, umożliwiający jednoznaczną ocenę, czy dana oferta jest rażąco niska, czy też nie. Odwołujący wykazał także, że zaoferowana cena pozwoli realizować usługę z zyskiem, zapewniającym rentowność, co jest także jednym z celów stawianym postępowaniom przetargowym realizowanym w oparciu o ustawę prawo zamówień publicznych. Zamawiający posiada szereg innych instrumentów zabezpieczających jego interesy, w tym kary umowne za wadliwą realizację przedmiotu zamówienia, w przedmiotowej sprawie brak jest podstaw do przyjęcia a priori przez Zamawiającego, że Odwołujący nie jest w stanie realizować prawidłowo realizować przedmiotu zamówienia za cenę przedstawioną w ofercie. W tym miejscu jeszcze raz podkreślił, iż oferta Odwołującego była najkorzystniejsza (2.231.069,80 zł), natomiast wybrana oferta wynosiła (2.273.950,00 zł). Różnica między ofertą wybraną a ofertą odrzuconą jest na tyle znikoma, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie może zostać uznana za usprawiedliwioną czy też obiektywną. Wskazał, że w analogicznej sprawie, z udziałem Skarżącego, analogiczne w swej treści odwołanie, KIO wydała wyrok uwzględniający to odwołanie z 27.09.2018 r., sygn. akt: KIO 1835/18.

Jednocześnie, Zamawiający poinformował w piśmie z 20.11.2020 r. (e-mailem), że nie przekazał Wykonawcom kopii odwołania, gdyż przeprowadził postępowanie w oparciu o przepisy art. 138 o Pzp, które to przepisy nie przewidują ochrony prawnej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba uznała, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 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.

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 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 Pzp).

W ocenie Izby uregulowania zawarte w art. 138o 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 Pzp, mając na względzie co najmniej minimalne wymagania opisane w art. 138o ust. 2-4 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 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. Zauważenia wymaga, że Ustawodawca nie odsyła w art. 138o Pzp do stosowania przepisów działu VI 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 Pzp). Ustawodawca nie odsyła także do treści art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zakreślającego katalog czynności, od których przysługuje odwołanie w postępowaniach poniżej progów.

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 1 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. Zauważyć należy, że Krajowa Izba Odwoławcza może rozstrzygać spory pomiędzy stronami wyłącznie w granicach art. 180 ust. 1 Pzp, 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. 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 ureguje 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), 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 Pzp, jako że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Skład orzekający w tym zakresie podziela przeważające i większościowe stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej prezentowane m.in. w postanowieniach: z dnia 9 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2283/17, z dnia 13 listopada 2017 r., KIO 2339/17, z dnia 4 stycznia 2018r., sygn. akt KIO 2697/17, z dnia 5 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 168/18, z dnia 6 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 169/18, z dnia 12 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO

638/18, z dnia 25 maja 2018 r., sygn. akt KIO 973/18, z dnia 12 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 1051/18; z dnia 3 października 2018 r., sygn. akt KIO 1933/18, z dnia 9 października 2018 r. sygn. akt KIO 1917/18; z dnia 29 października 2018 r., sygn. akt KIO 1917/18; z dnia 6 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2249/18, z dnia 21 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2356/18, z dnia 6 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 159/19, z dnia 6 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 160/19; z dnia 15.05.2019 r., sygn. akt: KIO 868/19, z dnia 7 czerwca 2019 roku, sygn. akt KIO 998/19; z dnia 10.06.2019 r., sygn. akt: KIO 1008/19, z dnia 21 sierpnia 2019 roku, sygn. akt KIO 1582/19, z dnia 22 maja 2020 r., sygn. akt: KIO 1009/20, z dnia 1 czerwca 2020 r., sygn. akt: KIO 1102/20.

Dodatkowo wskazać należy i podkreślić, że ustawodawca nie odsyła w artykule 138o Pzp do stosowania przepisów działu VI Pzp (środki ochrony prawnej) w przypadku zamówień na usługi społeczne o wartości mniejszej niż określona w art. 138g 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. 138l Pzp). Ustawodawca nie odsyła także do treści art. 180 ust. 2 Pzp, zakreślającego katalog czynności, od których przysługuje odwołanie w postępowaniach poniżej progów. Co więcej postępowania poniżej określonych progów prowadzone są na podstawie ogólnych zasad i przepisów Pzp, z zastrzeżeniem jedynie katalogu czynności, od których przysługuje odwołanie, podczas gdy w art. 138o i następnych ustawy Ustawodawca wprost określa, że przy postępowaniach na usługi społeczne stosuje się jedynie wybrane regulacje ustawy Pzp, ściśle określając zakres i nie ma wśród nich odesłania do przepisów o środkach ochrony prawnej.

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-spoeczne-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 znówelizowanej 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 znajdują 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).

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp, Izba odrzuciła odwołanie, orzekając w formie postanowienia, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie Pzp.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 189 ust. 3 zdanie pierwsze 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 odwołań 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 Pzp (przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

Przewodniczący:

.....