Sygn. akt: KIO 2554/22

POSTANOWIENIE

z dnia 11 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Małgorzata Matecka

Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 11 października 2022

roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

27 września 2022 roku, przez wykonawcę: CATERMED sp. z o.o., ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Narodowy

Instytut Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji im. prof. dr hab. med. Eleonory Reicher, ul. Spartańska 1, 02-637 Warszawa,

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: CATERMED sp. z o.o., ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 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: CATERMED sp. z o.o., ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź, tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od wykonawcy: CATERMED sp. z o.o., ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź na rzecz zamawiającego: Narodowy Instytut Geriatrii,

   Reumatologii i Rehabilitacji im. prof. dr hab. med. Eleonory Reicher, ul. Spartańska 1, 02-637 Warszawa, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów postępowania poniesionych na wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art.. 580 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejsze postanowienie -
w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 2554/22

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

Zamawiający, Narodowy Instytut Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji im. prof. dr hab. med. Eleonory Reicher, z siedzibą w Warszawie zawarł umowę Nr FZ/93/30E/2022 z dnia 1 września 2022 r., przedmiotem której jest świadczenie kompleksowych usług codziennego, całodobowego żywienia pacjentów w Narodowym Instytucie Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji im. prof. dr hab. med. Eleonory Reicher o wartości 62 645,00. zł (58 004,63 zł netto), zgodnie z art. 30 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „Pzp".

Odwołujący, CATERMED sp. z o.o., wniósł odwołanie w dniu 27 września 2022 r. wobec czynności zawarcia przedmiotowej umowy, o czym dowiedział się w dniu 22 września 2022 r. z informacji uzyskanej od Zamawiającego w trybie dostępu do informacji publicznej. Wniesione odwołanie dotyczy:

1. udzielenia zamówienia w drodze zawarcia Umowy bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy Pzp, mimo że Zamawiający był do tego zobowiązany,

2. dzielenia zamówienia na odrębne zamówienia ze skutkiem w postaci niestosowania przepisów ustawy, z naruszeniem Pzp,

3. ustalenia wartości zamówienia z naruszeniem Pzp, wraz z naruszeniem art. 30 ust. 1 i 4 Pzp,

- a w konsekwencji powyższego:

4. udzielenia zamówienia w sposób, który nie spełnia przesłanek żadnego z trybów udzielenia zamówienia,

5. zaniechania opublikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych,

6. zaniechania zawiadomienia Odwołującego o wszczęciu kolejnego postępowania z naruszeniem przepisu art. 262 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 2 ust. 1 pkt 1 i art. 4 pkt 3 w zw. z art. 266 i art. 359 pkt 2 Pzp, przez udzielenie zamówienia w drodze umowy z zaniechaniem przeprowadzenia uprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy Zamawiający był zobowiązany do przeprowadzenia takiego postępowania, gdyż żaden przepis ustawy nie dawał Zamawiającemu podstaw do odstąpienia od stosowania przepisów Pzp,

II. art. 29 ust. 2 Pzp, przez udzielenie zamówienia w drodze umowy, która jest zawarta na okres od 1 września 2022 r. do 11 września 2022 r., podczas gdy przedmiotowe zamówienie udzielane jest przez Zamawiającego sukcesywnie na podstawie krótkookresowych umów o merytorycznie tożsamym przedmiocie na rzecz tego samego wykonawcy, poprzedzających bezpośrednio Umowę, co świadczy o tym, że Zamawiający podzielił zamówienie na odrębne zamówienia, co w efekcie prowadzi do niestosowania przepisów ustawy, a nie jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami,

III. art. 30 ust. 1 i 4 w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 1 i art. 359 pkt 2 Pzp, przez zastosowanie przez Zamawiającego przepisu art. 30 ust. 4 Pzp przy zawarciu Umowy, choć przepis ten dotyczy stosowania właściwych przepisów ustawy przy jednoczesnym przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a tego Zamawiający nie przeprowadził

przed zawarciem umowy,

IV. art. 35 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz 359 pkt 2 Pzp, przez ustalenie w § 6 ust. 1 umowy wartości zamówienia na 62.645,00 zł brutto, na skutek czego wartość zamówienia nie przekracza kwoty, o której mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1 Pzp, podczas gdy należało wartość zamówienia określić zgodnie z komentowanym przepisem, a Zamawiający nie jest uprawniony do zaniżania wartości zamówienia celem uniknięcia stosowania ustawy ani do dzielenia zamówienia na odrębne części ze skutkiem w postaci niestosowania przepisów ustawy,

- a w konsekwencji powyższego:

V. art. 129 ust. 1 i 2 w zw. z art. 359 pkt 2 Pzp, przez udzielenie zamówienia bez zastosowania trybów udzielenia zamówienia przewidzianych w Pzp,

VI. art. 309 ust. 1 w zw. z art. 266 i art. 359 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o wyniku postępowania zawierającego informację o udzieleniu zamówienia,

VII. art. 262 w zw. z art. 266 i art. 359 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie zawiadomienia Odwołującego, jako wykonawcy, który ubiegał się o udzielenie zamówienia w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienia Umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych;

2. nałożenia kary finansowej na Zamawiającego w związku z brakiem możliwości zwrotu świadczeń spełnionych na podstawie Umowy.

Zamawiający, pismem z dnia 5 października 2022 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł m.in. o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 1 Pzp. Zamawiający podniósł, że odwołanie powołujące się na art. 513 ust. 1-3 Pzp podlega odrzuceniu, bowiem nie mamy do czynienia ani z czynnością, ani z zaniechaniem czynności w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego (bowiem przedmiotowa umowa nie została zawarta w trybie

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), ani z zaniechaniem przeprowadzenia postępowania, bowiem umowa została zawarta w trybie art. 30 ust. 4 Pzp, który pozwala na

dokonanie wydatku w danej części zamówienia bez stosowania przepisów ustawy Pzp.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie polega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym Izba

odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przysługuje tylko w sprawach

dotyczących udzielania zamówień publicznych, tj. w których ma zastosowanie ustawa Pzp.
Zgodnie z art. 30 ust. 4 Pzp, w przypadku zamówień udzielanych w częściach, do

udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy ustawy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia. Przepis ten może mieć zastosowanie do udzielenia zamówienia (zawarcia umowy) na część zamówienia bez stosowania przepisów ustawy Pzp w przypadku, gdy wartość tej części (lub kilku części), do udzielenia której stosowany jest art. 30 ust. 4 Pzp nie przekracza wartości 130.000,00 złotych (patrz: orzeczenie KIO sygn. akt KIO 153/22). Jak wskazuje się w doktrynie (Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz pod red. H. Nowaka, A. Winiarza, UZP, Warszawa, 2021) „Przepis art. 30 ust. 4 Pzp transponuje art. 4 ust. 10 dyrektywy klasycznej oraz art. 16 ust. 10 dyrektywy sektorowej. Przepis może być stosowany do udzielania zamówień klasycznych, zamówień sektorowych, zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a także zamówień na usługi społeczne i inne

szczególne usługi. Przepis art. 30 ust. 4 Pzp znajduje zastosowanie do zamówień podzielonych na części. Przepis ten nie dopuszcza odstąpienia od reguły łącznego ustalania wartości zamówienia wszystkich części (postępowań), wskazuje natomiast, że niektóre części składające się na takie zamówienie mogą być procedowane według łagodniejszego reżimu Pzp niż wynikający z reguły łącznego szacowania wartości zamówienia. Przepis wymaga w tym celu spełnienia kumulatywnie dwóch przesłanek. Po pierwsze, wartość każdej z takich części (które mogą być procedowane w łagodniejszym reżimie Pzp) musi być mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych. Po drugie, łączna wartość takich części nie może przekraczać 20% wartości zamówienia ustalonej zgodnie z art. 28-30 Pzp. Skutkiem złagodzenia reżimu jest możliwość przeprowadzenia postępowania na niektóre części zamówienia według reżimu odpowiadającego wartości tej części, a nie wartości odpowiadającej łącznej wartości zamówienia. [...] Przepis można stosować wielokrotnie dla danego zamówienia, do czasu gdy wartość części, z których każda nie może przekroczyć wskazanych w przepisie wartości dla dostaw, usług i robót budowlanych, nie osiągnie łącznie wartości 20% wartości całego zamówienia. Jeżeli wartość części, mogących być objętych łagodniejszym reżimem (spełniającymi przesłanki art. 30 ust. 4 Pzp), nie przekracza kwot z art. 2 ust. 1 pkt 1-4 Pzp, możliwe jest udzielenie tej części zamówienia poza procedurami przewidzianymi w Pzp."

Zamawiający zawarł w dniu 1 września 2022 r. umowę na realizację usług o wartości 62 645,00 zł, która to wartość nie przekracza wartości, od której Zamawiający zobowiązany jest stosować przepisy ustawy Pzp, a jednocześnie nie przekracza 20% wartości podstawowego zamówienia publicznego na przedmiotowe usługi. Udzielone zamówienie obejmuje część zamówienia na świadczenie usług codziennego, całodobowego żywienia pacjentów w ograniczonym okresie 11 dni, tj. od 1 do 11 września 2022 r.

Zgodnie z art. 513 ust. 1 Pzp, odwołanie przysługuje na czynność podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego mamy do czynienia (zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1 Pzp) wówczas, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwotę 130 tys. zł netto. W przedmiotowej sprawie wartość umowy wynosi 62 645,00 zł, a zatem nie mamy do czynienia z zamówieniem, do którego mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp. W konsekwencji, w przedmiotowej sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp w zakresie środków ochrony prawnej, przez co wniesione odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 1 Pzp.

Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 zdanie drugie Pzp oraz na podstawie art. 529 ust. 1 i 2 Pzp

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437).

Przewodniczący .....

Członkowie: .....