

## UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 10 czerwca 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza (zwana dalej (...)) odrzuciła odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. oraz Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. (zwanymi dalej Odwołującymi) w postępowaniu prowadzonym przez Akademię (...) w K. (zwaną dalej Zamawiającym), kosztami postępowania obciążyła odwołujących i zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500,00 zł uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisu od odwołania.

(...) ustaliło, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie usług ochrony w obiektach Akademii (...) w K.. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 3 czerwca 2019 r. Odwołujący wnieśli odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołujących, pomimo niezastnienia żadnej z przesłanek wskazanych w Warunkach Zamówienia oraz ustawie Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 138o ust. 2 w zw. z art 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 p.z.p. poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż oferta złożona przez Odwołujących podlegała odrzuceniu z uwagi na niezgodność z Warunkami Zamówienia oraz błąd w obliczaniu ceny, co wynikać miałyby z treści złożonych przez Odwołujących wyjaśnień, podczas gdy wspomniane wyjaśnienia potwierdzały, że cena wskazana w ofercie była obliczona w sposób prawidłowy i zgodny z obowiązującymi przepisami, a oferta w pełni odpowiadała treści Warunków Zamówienia. Odrzucenie oferty doprowadziło do naruszenia zasad prowadzenia postępowania określonych w art. 138o ust. 2 p.z.p., tj. obiektywności i niedyskryminacji.

2. art. 138o ust 2 p.z.p. w zw. z rozdz. XV ust. 9 lit. b i f Warunków Zamówienia poprzez naruszenie zasad udzielenia zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący wobec ustalonych i jasno opisanych w Warunkach Zamówienia okoliczności, w tym przesłanek, w jakich dochodzi do odrzucenia oferty i w konsekwencji jej odrzucenia mimo nieziszczenia się takich przesłanek.

3. art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 p.z.p. poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż oferta złożona przez Odwołujących podlegała odrzuceniu z uwagi na niezgodność z Warunkami Zamówienia oraz błąd w obliczaniu ceny.

Wskazując na te zarzuty Odwołujący wnieśli o: uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołujących oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołujących.

(...) ustaliło, iż postępowanie jest prowadzone zgodnie z art. 138o p.z.p. dotyczącym zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, na zasadach określonych w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 25 kwietnia 2019 r. zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją (...). Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w Warunkach Zamówienia wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu nie przysługują środki ochrony prawnej przewidziane w dziale VI p.z.p. W piśmie z dnia 6 czerwca 2019 r. skierowanym do Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający oświadczył, że wartość zamówienia jest niższa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p., oraz niższa od kwoty 750.000 euro, o której mowa w art. 138g ust. 1 p.z.p. Okoliczność ta została wskazana także w Warunkach Zamówienia opracowanych przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia (...) stwierdziło, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 p.z.p.

(...) wskazało, że przedmiotem zamówienia są usługi społeczne, których wartość Zamawiający oszacował na kwotę nieprzekraczającą kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. Izba zważyła, że w dziale III rozdział 6 p.z.p. ustawodawca zawarł przepisy dotyczące zamówień na usługi społeczne i inne szczególnie usługi ustanawiając specjalną procedurę udzielania tych zamówień, jeżeli ich wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750.000 euro w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz kwoty 1.000.000 euro w przypadku zamówień sektorowych. W procedurze udzielania ww. zamówień zastosowanie znajdują zasady równego traktowania i konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności, przepisy art. 17 i 18, działu I rozdziału 2a, działu II rozdziału 5, działu V rozdziału 3, działu VI, zaś odpowiednio zastosowanie znajdują przepisy art. 22-22d, art. 24, art. 29-30b, art. 32-35 i art. 93 p.z.p.

Jak ustalono powyżej, zamówienie będące przedmiotem niniejszej sprawy zostało oszacowane przez Zamawiającego na kwotę mniejszą niż wskazane powyżej progi. Dla tego typu zamówień na usługi społeczne ustawodawca dał zamawiającym możliwość udzielenia zamówienia zgodnie z określoną przez danego zamawiającego procedurą spełniającą minimalne wymogi określone w art. 138o ust. 2-4 p.z.p. 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). Art. 138o ust. 4 p.z.p. zobowiązuje zamawiającego 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. 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. Co za tym idzie, zamawiający uprawniony jest do samodzielnego określenia szczegółowej procedury, w ramach której udzieli zamówienia na usługi społeczne o wartości mniejszej niż wskazana w art. 138g ust. 1 p.z.p., z uwzględnieniem wytycznych opisanych w art. 138o p.z.p. Określone w art. 138o p.z.p. zasady prowadzenia tego typu postępowania są jedynymi wytycznymi ustanowionymi przez ustawodawcę. W pozostałym zakresie zamawiający nie jest związany regulacjami ustawy Prawo zamówień publicznych.

(...) dodało, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują odesłania do stosowania przepisów działu VI p.z.p. w przypadku zamówień na usługi społeczne o wartości mniejszej niż określona w art. 138g p.z.p., tak jak czynią to w przypadku takich postępowań o wartości równej lub przekraczającej wskazane w art. 138g p.z.p. kwoty (art. 138l ustawy p.z.p.). Ustawodawca przyjął odmienny sposób uregulowania tych dwóch grup postępowań. Z powyższego należy wywieść, że wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie, o którym mowa w art. 138o p.z.p. nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na czynności zamawiającego.

W ocenie (...), powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie 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 2010 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 p.z.p. Przepisy ww. rozporządzenia nie określają kwoty wpisu należnego w postępowaniach na usługi społeczne o wartości mniejszej niż kwoty wskazane w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p.

(...) wskazało, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający, działając zgodnie z wytycznymi zawartymi w art. 138o p.z.p., stworzył własną procedurę udzielenia zamówienia z uwzględnieniem norm wskazanych w ww. przepisie. Brak jest zatem podstaw do oceny czynności Zamawiającego, bowiem ocenie I. mogą być poddane jedynie czynności i

zaniechania Zamawiającego, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 p.z.p.). Jak stwierdzono powyżej, przepisy art. 138o p.z.p., do których zastosowania zobowiązany jest Zamawiający nie odsyłają do stosowania przepisów działu VI p.z.p. tak, jak jest to w przypadku zamówień na usługi społeczne o wartościach przekraczających kwoty, o których mowa w art. 138g p.z.p. Jednocześnie zatem ustawodawca nie dał wykonawcom ubiegającym się o zamówienie na usługi społeczne o wartości poniżej kwot wskazanych w art. 138g p.z.p. możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w dziale VI p.z.p., co jest spójne z treścią ww. rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 p.z.p., jako że do przedmiotowej sprawy nie mają zastosowania przepisy ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. 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).

W skardze na to postanowienie w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach postępowania (punkt drugi postanowienia) Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. zarzucili naruszenie:

1) art. 187 ust. 8 zd. 2 p.z.p. oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 972) poprzez nie orzeczenie zwrotu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu, pomimo skutecznego cofnięcia odwołania przez Skarżących; względnie

2) art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 972) w zw. z art. 102 Kodeksu postępowania cywilnego poprzez zaliczenie w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty 7.500,00 zł uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Handlowo-uslugowe (...) sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe (...) sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania podczas gdy brak jest w przepisach prawa podstawy do takiego rozstrzygnięcia, a okoliczności sprawy, wydanie postanowienia na posiedzeniu niejawnym przed otrzymaniem stanowisk stron, bez merytorycznego rozpoznania i innych czynności poza wydaniem ww. postanowienia w postępowaniu nie uzasadniało takiego rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów.

Wskazując na powyższe zarzuty Skarżący wnieśli o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez modyfikację rozstrzygnięcia o kosztach postępowaniach polegającą na nakazaniu zwrotu, z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych, na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego (...) sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego (...) sp. z o.o. kwoty 6.750 zł, stanowiącej 90% uiszczonego wpisu w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą z uwagi, iż odwołanie zostało skutecznie cofnięte przez Stronę; względnie w sytuacji nieuwzględnienia zarzutu nr 1 – o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez modyfikację rozstrzygnięcia o kosztach postępowaniach polegającą na nakazaniu zwrotu, z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych, na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Handlowo - Uslugowe (...) sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Handlowo - Uslugowe (...) sp. z o.o. odpowiedniej części uiszczonego wpisu tj. kwoty 6.750 zł, uiszczonej przez wykonawców tytułem wpisu od odwołania, jako kwoty uwzględniającej wynik postępowania, a jednocześnie odpowiadającej uzasadnionym nakładom pracy i rodzaju czynności podjętych w postępowaniu. Skarżący wnieśli również o zasądzenie na ich rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych, a nadto o przeprowadzenie dowodów z akt postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO (...)/19 wraz z dołączoną do tych akt dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie wskazanym w dalszej części skargi.

Zamawiający wniósł o oddalenie skargi oraz zasądzenie solidarnie od Skarżących zwrotu kosztów sądowych, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych i przeprowadzenie postępowania także pod nieobecność przeciwnika skargi.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:

Skarga podlegała oddaleniu z następujących przyczyn.

W pierwszej kolejności wypadało rozpocząć od kwestii w jakiej formie winno zapaść rozstrzygnięcie wniesionej przez odwołujących skargi, która przypomnijmy odnosi się tylko do kosztów postępowania odwoławczego. Nie zostało objęte zakresem zaskarżenia orzeczenie w części dotyczącej odrzucenia skargi (pkt 1), a to oznacza, że w tej części postanowienie się uprawomocniło. Przedmiotem zatem postępowania skargowego jest prawidłowość rozstrzygnięcia o kosztach.

Zgodnie z art. 198a ust. 1 p.z.p. na orzeczenie I. stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Z kolei ust. 2 tego przepisu stanowi, że w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej.

W orzecznictwie przyjmuje się, że skarga na postanowienie (...), którego przedmiotem jest odrzucenie odwołania nie jest ani zażaleniem, ani apelacją w rozumieniu przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, jednakże swoim charakterem bardziej zbliżona jest do zażalenia niż do apelacji (zob. uchwały Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2005 r., III CZP 19/05, OSNC 2006, Nr 4, poz. 57 oraz dnia 6 czerwca 2012 r., III CZP 23/12, OSNC 2013, Nr 1, poz. 4). Podobnie zdaniem Sądu Okręgowego winno potraktować się skargę odnoszącą się tylko do postanowienia o kosztach postępowania odwoławczego, które swoją konstrukcją są odpowiednikiem zażalenia na rozstrzygnięcie o kosztach procesu. Co oczywiste, orzeczenie o kosztach procesu, nawet zawarte w wyroku przybiera postać postanowienia, od którego przysługuje środek odwoławczy w postaci zażalenia (art. 394 § 1 pkt 9 k.p.c.). Również rozstrzygnięcie tej kwestii przez sąd odwoławczy przybiera postać postanowienia, a do postępowania zażaleniowego za pośrednictwem art. 397 § 2 k.p.c. stosuje się odpowiednio przepisy o postępowaniu apelacyjnym. Użyte zatem w art. 198a ust. 1 p.z.p. sformułowanie, że do postępowania skargowego stosuje się przepisy procedury cywilnej o apelacji nie wyłącza możliwości uznania, że do postępowania wywołanego tym środkiem odwoławczym – z uwagi na przedmiot zaskarżenia – niedopuszczalne było zastosowanie przepisów o zażaleniu. Przepisy regulujące ten środek odwoławczy nie zawierają pełnej regulacji, lecz zawierają wskazane wcześniej odwołanie do przepisów o postępowaniu apelacyjnym.

Dodatkowym argumentem za takim rozwiązaniem jest okoliczność, że w postępowaniu skargowym wywołanym jedynie zaskarżeniem orzeczenia o kosztach postępowania sąd nie dokonuje oceny meriti zasadności odwołania jako takiego.

Wyrom sądowy jako kończący postępowanie procesowe jest merytorycznym rozstrzygnięciem o istnieniu prawa podmiotowego, którego ochrony domaga się powód inicjujący postępowanie cywilne. Z tego względu przedmiotem wyrokowania nie są kwestie formalne, czy też takie, które z woli ustawodawcy przybierają postać innego rodzaju orzeczenia, jak to ma miejsce w odniesieniu do kosztów procesu. Uzasadnia to przyjęcie założenia, że w takiej sytuacji orzeczenie sądu przybiera formę postanowienia, które może zostać wydane na posiedzeniu niejawnym.

Przechodząc natomiast do merytorycznej oceny skargi przypomnieć trzeba podstawową dla sprawy okoliczność. Otóż skarżący nie kwestionują, że odwołanie nie było dopuszczalne, a to z tego względu, że do przedmiotowego zamówienia nie stosuje się przepisów ustawy prawo o zamówieniach publicznych. Powołują się jednak na cofnięcie odwołania, co ich zdaniem miało skutkować odmiennym rozstrzygnięciem (...) w zakresie kosztów procesu. Istotnie na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze p.z.p. prowadziły to do umorzenia postępowania odwoławczego.

W kontekście niniejszej sprawy kluczowe znaczenie ma fakt, iż cofnięcie odwołania miało miejsce po wydaniu zaskarżonego orzeczenia, a przed jego doręczeniem skarżącym (dnia 11 czerwca 2019 r.). Nie można zgodzić się

wszakże z zaprezentowaną w skardze wykładnią art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze p.z.p., która tak naprawdę prowadzi do przyjęcia tezy, że możliwe jest także cofnięcie odwołania po wydaniu postanowienia odrzucającego odwołanie. Zawarty w tym przepisie określnik czasowy, zgodnie z którym odwołanie może być cofnięte aż do zamknięcia rozprawy nie wyłącza stosowania art. 189 ust. 2 i 2 p.z.p., które dają uprawnienie (...) do odrzucenia odwołania na posiedzeniu niejawnym. W takich przypadkach rozprawy nie wyznacza się. Dodać trzeba, że w takim przypadku uczestnik postępowania odwoławczego nie jest pozbawiony możliwości obrony, gdyż może zaskarżyć do sądu całość rozstrzygnięcia, co nie miało miejsca w omawianej sprawie.

Powyższe prowadzi do następujących wniosków. Cofnięcie odwołania jest możliwe do zamknięcia rozprawy, lecz nie ogranicza to możliwości jego odrzucenia na posiedzeniu niejawnym. W tym przypadku wydanie orzeczenia uniemożliwia skuteczne cofnięcie odwołania już po wydaniu tego rodzaju orzeczenia.

Nie jest także trafny drugi zarzut skargi, gdyż (...) nie naruszyło art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. Oba przepisy wyrażają zasadę, że o kosztach postępowania orzeka się w orzeczeniu kończącym postępowania i to miało miejsce. Ponadto o kosztach orzeka się stosownie do wyników postępowania odwoławczego. Tak też się stało w analizowanym przypadku. Odwołujący są przegrywającymi postępowanie odwoławcze, gdyż wnieśli odwołanie niedopuszczalne w świetle przepisów, a to skutkowało jego odrzuceniem.

Mając na względzie te okoliczności na podstawie art. 198f ust. 2 zdanie pierwsze p.z.p. oraz art. 385 w zw. z art. 397 § 2 k.p.c. orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 oraz art. 99 i art. 105 § 2 k.p.c. zasądzając od skarżących solidarnie na rzecz zamawianego koszty zastępstwa radcowskiego w kwocie 450 zł zgodnie z § 10 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 2 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych, Tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 265) oraz 17 zł tytułem opłaty od pełnomocnictwa procesowego.

J. C. D. M. K.-M.