

UZASADNIENIE

(...) Sp. z o.o. w Ł. jako „wykonawca” złożyła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności opisu warunków udziału w postępowaniu, prowadzonym przez Szpital (...) w W. Mazowieckiem jako „zamawiającego”, którego przedmiotem jest „świadczenie usług w zakresie żywienia szpitalnego w systemie cateringowym”. Wniosła o nakazanie zamawiającemu wykreślenie pkt 1.3 Sekcji III. ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 2 ppkt 3) w rozdziale V. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), ewentualnie zmianę w pkt 1.3 Sekcji III. ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 2 ppkt 3) w rozdziale V. SIWZ poprzez zmianę wartości „30 km” na wartość „50 km”.

W uzasadnieniu odwołania spółka wskazała, że ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 stycznia 2019 r. pod poz. 506295-N-2019. Zgłosiła zastrzeżenia co do treści SIWZ i treści ogłoszenia, ponieważ jej zdaniem, określenie warunków udziału w postępowaniu nastąpiło z naruszeniem przepisów prawa i w sposób dyskryminujący niektórych wykonawców. Mianowicie, zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ, że warunkiem udziału w postępowaniu jest dysponowanie przez wykonawcę kuchnią, w której przygotowywane będą posiłki dla zamawiającego w odległości do 30 km, licząc od granic administracyjnych miast. W przekonaniu odwołującej, wyżej wskazany warunek udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwia ocenę zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający nie uzasadnił takiego wymiaru tego warunku. Wystarczające natomiast byłoby dla zagwarantowania realizacji przedmiotowego zamówienia określenie w opisie przedmiotu zamówienia, że wykonawca powinien dostarczyć posiłki w określonym przedziale czasu od ich przygotowania, bądź że powinny one cechować się daną temperaturą.

Postanowieniem z 6 lutego 2019 roku, sygn. akt KIO 159/19 Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie (pkt 1.) oraz kosztami postępowania obciążyła wykonawcę (...) sp. z o.o. w Ł. i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł uiszczoną przez wykonawcę (...) sp. z o.o. w Ł. tytułem wpisu od odwołania (pkt 2.).

W uzasadnieniu wskazano, że szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 809.680,00 zł netto (pismo zamawiającego z dnia 31 stycznia 2019 r. w aktach sprawy), a zatem nie przekraczała wyrażonej w złotych równowartości kwoty 750.000 euro, określonej w art. 138 g ust. 1 Pzp. Izba uznała więc, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp, bowiem w sprawie nie mają zastosowania przepisy tej ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że ustawodawca wskazał, że 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. W takim przypadku, zgodnie z art. 138 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne jest prowadzone z zastosowaniem przepisów działu I. rozdziału 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.

A contrario, z art. 138 g ustawy Pzp wynika, że w razie nieosiągnięcia ww. progu kwotowego przepisów rozdziału 6 ustawy Pzp nie stosuje się. Tym samym nie stosuje się także znajdującego się w rozdziale 6 przepisu art. 138 1 ustawy Pzp, który zawiera odwołanie do działu VI ustawy (środki ochrony prawnej), przyznającego wykonawcy prawo do wniesienia odwołania. W szczególności zaś nie znajduje zastosowania art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Odmienna interpretacja przepisów ustawy Pzp byłaby interpretacją contra legem.

Jednocześnie, w przypadku gdy wartość zamówienia na usługi społeczne jest mniejsza od wymienionych wyżej kwot, zamawiający może udzielić zamówienia stosując wyłącznie przepisy art. 138o ust. 2-4 ustawy Pzp.

Natomiast ustawodawca nie odsyła w artykule 138o ustawy Pzp do stosowania przepisów działu VI ustawy Pzp (środki ochrony prawnej), 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. 138 1 ustawy Pzp). Ustawodawca nie odsyła także do treści art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zakreślającego katalog czynności, od których przysługuje odwołanie w postępowaniach poniżej progów. W konsekwencji wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie, o którym mowa w art. 1380 ustawy Pzp, nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Poza tym, Izba nie może rozpoznawać odwołań opartych na wzorcu stworzonym wyłącznie przez zamawiającego. Ustawa 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.

Izba podkreśliła 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 (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.

Ponadto, jak wynika z motywu 115 dyrektywy nr (...) z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE także prawodawca unijny uważa, że takie zamówienia jak w przedmiotowej sprawie (a więc usługi przygotowywania posiłków, usługi restauracyjne o mniejszej wartości) pozostają poza jego uwagą, gdyż nie mają charakteru transgranicznego. W związku z tym usługi te powinny być objęte łagodniejszym reżimem dopiero od progu równego 750.000 EUR.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie może - wbrew wyraźnemu brzmieniu ustawy Pzp - domniemywać swych kompetencji, biorąc pod uwagę fakt, że właściwość I. jest wyjątkiem od zasady sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez organy o charakterze sądowym.

Izba uznała zatem, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt I Pzp, jako że w sprawie nie mają zastosowania przepisy tej ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza powyższe rozstrzygnięcie podjęła w oparciu o art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp, art. 189 ust. 2 pkt I i ust. 3 zd. I Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy S 5 ust. 4 w zw. z S 3 pkt 1 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).

Powyższe postanowienie zostało zaskarżone przez (...) sp. z o. o. w Ł. w całości. Spółka zarzuciła naruszenie:

1. art. 1380 Pzp w zw. z art. 1381 Pzp i w zw. z art. 179 ust. I Pzp poprzez ich błędną wykładnię, polegającą na uznaniu, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne, jeżeli wartość zamówienia jest niższa niż wyrażona w złotych równowartość 750.000,00 euro, wyłączone jest stosowanie przepisów ustawy Pzp dotyczących środków ochrony prawnej (Dział VI. Pzp) i uczestnikom postępowania przysługuje prawo do wniesienia odwołania, a w konsekwencji niewłaściwe zastosowania art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp. tj. wydanie postanowienia o odrzuceniu odwołania wniesionego przez skarżącą i zaniechania zastosowania art. 187 ust. 8 Pzp, tj. zaniechanie wydania postanowienia o umorzeniu postępowania na skutek cofnięcia odwołania przez skarżącą i zaniechanie zwrotu na rzecz skarżącej 90 % uiszczanego wpisu od odwołania,

2. art. 1380 Pzp w zw. z art. 1381 Pzp w zw. z art. 179 ust. I Pzp i w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 2 i poprzez ich błędną wykładnię, polegającą na uznaniu, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne,

jeżeli wartość zamówienia jest niższa niż wyrażona w złotych równowartość 750.000,00 euro, wyłączone jest stosowanie przepisów ustawy Pzp dotyczących środków ochrony prawnej (Dział VI. Pzp) i uczestnikom postępowania nie przysługuje prawo do wniesienia odwołania, a w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp. tj. wydanie postanowienia o odrzuceniu odwołania wniesionego przez skarżącą i zaniechania zastosowania art. 187 ust. 8 Pzp. tj. zaniechanie wydania postanowienia o umorzeniu postępowania na skutek cofnięcia odwołania przez skarżącą i zaniechanie zwrotu na rzecz skarżącej 90 % uiszczzonego wpisu od odwołania,

3. art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie odwołania wniesionego przez skarżącą w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie niniejszego przepisu, 4. art. 187 ust. 8 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie umorzenia postępowania na skutek cofnięcia odwołania przez skarżącą, wobec chybionego uznania, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp.

Skarżąca wniosła o uchylenie zaskarżonego postanowienia oraz umorzenie postępowania odwoławczego i nakazanie Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz skarżącej kwoty 6.750,00 złotych, stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu od odwołania oraz o zasądzenie od przeciwnika skargi — Szpitala (...) w W. (...) na rzecz skarżącej kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę uczestnik postępowania - Szpital (...) w W.(...) wniósł o zwrot skargi, ewentualnie o jej oddalenie.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:

(...) sp. z o. o. z siedzibą w Ł. okazała się zasadna.

Stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (dalej w skrócie jako P.z.p.) (tekst jednolity Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. I I ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2.

Pierwszoplanowe dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy okazało się natomiast brzmienie art. 180 ust. 2 P.z.p.. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. I I ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) określenia warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego; 5) opisu przedmiotu zamówienia; 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

W art. 11 ust. 8 P.z.p. mowa jest z kolei o tym, że minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, kwoty wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, mając na względzie obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa Unii Europejskiej.

Stosownie do przepisów wydanych na podstawie art. I I ust. 8 P.z.p., to jest rozporządzenia Ministra (...) (...) z 22 grudnia 2017 roku (Dz.U. z 2017 r. poz. 2479) w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, kwotą progową dla zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi jest kwota równa lub przekraczająca wyrażaną w złotych równowartość kwoty 750.000 euro (S I ust. 5 lit. a ww. rozporządzenia).

W okolicznościach sprawy niniejszej, zauważyć należy, że odwołanie skarżącej spółki dotyczy zamówienia polegającego na świadczeniu usług w zakresie żywienia szpitalnego w systemie cateringowym o szacunkowej wartości 809.680 zł, w którym kwestionuje ona określenie warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania kuchnią, w której przygotowywane będą posiłki dla zamawiającego w odległości do 30 km, licząc od granic administracyjnych miast. Spełnione zostały zatem przesłanki do złożenia odwołania, o których mowa w art. 180 ust. 2 pkt 2 P.z.p..

Dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą wykładnia art. 138g, art. 138 1 i art. 138o P.z.p. i innych przepisów prawa w kierunku nie przysługiwania skarżącej prawa do złożenia odwołania byłaby uzasadniona jedynie wówczas, gdyby przedmiotem odwołania była inna czynność zamawiającego niż określone w art. 180 ust. 2 P.z.p., co jednak w sprawie niniejszej nie miało miejsca. Takiej właśnie sytuacji dotyczyło postanowienie Sądu Okręgowego w Olsztynie IX Wydziału Cywilnego Odwoławczego z 25 sierpnia 2017 roku, sygn. akt IX Ca 807/17, którego kopia została załączona do akt sprawy, gdzie przedmiotem postępowania była czynność polegająca na zaniechaniu wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia postępowania.

Z uwagi na okoliczność, że w sprawie niniejszej skarżąca spółka zaskarżyła czynność dotyczącą określenia warunków udziału w postępowaniu (art. 180 ust. 2 pkt 2 P.z.p.) oraz wobec złożenia przez skarżącą spółkę w dniu 7 lutego 2019 roku pisma, którym cofnęła odwołanie z dnia 29 stycznia 2019 roku, odnieść się należało do art. 187 ust. 8 P.z.p.. W myśl tego przepisu odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że skoro złożenie oświadczenia o cofnięciu odwołania do protokołu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odbywającym się przed rozprawą spełnia wymogi cofnięcia odwołania przed rozprawą (tak: Komentarz do art. 187 P.z.p. Granecki 2016, wyd. 5, Legalis), to tym bardziej wymóg taki spełniony zostanie w razie cofnięcia przez skarżącą spółkę odwołania dzień po wydaniu zaskarżonego postanowienia na posiedzeniu niejawnym i bez udziału stron oraz uczestników postępowania.

Sposób i skutki cofnięcia odwołania wynikają zaś z celów postępowania odwoławczego oraz przepisów je regulujących. Dlatego dla skuteczności cofnięcia odwołania nie jest wymagana zgoda zamawiającego (za: Komentarz art. 187 P.z.p., P. 2019, wyd. 15, L.).

Z powyższych względów zarzuty naruszenia wskazanych w apelacji przepisów prawa należało uznać za zasadne.

Zastosować należało więc art. 198f ust. 3 P.z.p. stanowiący, że jeżeli odwołanie zostaje odrzucone albo zachodzi podstawa do umorzenia postępowania, sąd uchyla wyrok lub zmienia postanowienie oraz odrzuca odwołanie lub umarza postępowanie.

W konsekwencji należało również zwrócić skarżącej 90% wpisu. Zwrot tej części wpisu następuje z urzędu, tzn. skarżąca nie musiała w tym zakresie składać odrębnego wniosku.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Okręgowy na podstawie art. 386 S 3 k.p.c. w zw. z art. 198f ust. 3 P.z.p. uchylił zaskarżone postanowienie w całości i umorzył postępowanie wywołane wniesieniem odwołania przez (...) sp. z o. o. w Ł. oraz nakazał Urzędowi Zamówień Publicznych w W. zwrócić na rzecz skarżącej (...) sp. z o. o. w Ł. kwotę 6750 zł tytułem części uiszczzonego wpisu od odwołania, jak w pkt I. i II. sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c., jak w pkt III. sentencji. Należało nie obciążać stron kosztami postępowania skargowego. Ostatecznie bowiem skarżąca cofnęła odwołanie, a zatem angażowanie uczestnika postępowania w postępowanie odwoławcze okazało się niecelowe. Postępowanie skargowe było z kolei konsekwencją takiego działania skarżącej, za co uczestnik postępowania nie może ponosić odpowiedzialności.