

Sygn. akt XXIII Zs 21/21

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 czerwca 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący:SSO Bolesław Wadowski

Sędziowie:SO Andrzej Sobieszczański

SO Magdalena Nałęcz

Protokolant:Sekr. Sądowy Weronika Żołądak

po rozpoznaniu na rozprawie

w dniu 21 czerwca 2021 r. w Warszawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem

zamawiającego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w C.

ze skargi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) spółki akcyjnej w Ł. i (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 14 stycznia 2021r. sygn. akt KIO 3478/20

I. oddała skargę;

II. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) spółki akcyjnej w Ł. i (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. 12500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Magdalena Nałęcz Bolesław Wadowski Andrzej Sobieszczański

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 14 stycznia 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 3478/20 po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 14 stycznia 2021 r. w W. odwołania wniesionego w dniu 28 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) S.A., ul. (...), (...)-(...) Ł. i Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe (...) Sp. z o.o., ul. (...), (...)-(...) G. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w C., ul. (...), (...)-(...) C.; w punkcie 1 - odrzuciła odwołanie; w punkcie 2 – kosztami postępowania obciążyła odwołujących i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł uiszczoną przez nich tytułem wpisu od odwołania.

Odwołujący wnieśli skargę od powyższego postanowienia, zaskarżając je w całości. Wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej skarżący zarzucili:

1. naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 138o ust. 1-4 pzp w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2020), wobec chybionego uznania, do postępowań społecznych, o wartości poniżej 750.000 euro nie stosuje się ustawy prawo zamówień publicznych, w sytuacji gdy tego rodzaju postępowania nie zostały wyłączone ze stosowania ustawy prawo zamówień publicznych albowiem postępowanie na tego rodzaju zamówienia zostało określone w art. 138 o pzp;
2. naruszenie art. 138o ust. 1 pzp w zw. z art. 179 ust. 1 pzp i w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2020) 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 euro, wyłączone jest w ogóle stosowanie przepisów ustawy pzp dotyczących środków ochrony prawnej (Dział VI pzp) i uczestnikom postępowania nie przysługuje prawo do wniesienia odwołania, a w konsekwencji odrzucenie odwołania i nierozpoznanie istoty sprawy;
3. nierozpoznanie istoty sprawy wobec nieprawidłowego uznania, że skarżącym nie przysługiwało prawo do wniesienia odwołania od niezgodnych z przepisami prawa czynności zamawiającego;
4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 138o ust. 1-4 pzp w związku z art. 192 ust. 2 pzp w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2020), poprzez zaniechanie uwzględnienia odwołania w sytuacji gdy zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy P.H.U. (...), podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”), gdyż stanowiące treść oferty jądłospisy są niezgodne z wymogami opisu przedmiotu zamówienia;
5. naruszenie art. 138o ust. 2 w związku z art. 192 ust. 2 pzp w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2020), poprzez zaniechania uwzględnienia odwołania w sytuacji gdy zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę wybrał ofertę wykonawcy P.H.U. (...) I. L., podczas gdy zamawiający nieprawidłowo przyznał tej ofercie maksymalną ilość punktów w ramach kryterium oceny ofert „jakość” i nieprawidłowo nie przyznał maksymalnej ilości punktów w ramach tego kryterium ofercie odwołujących, na skutek czego wynik postępowania jest nieprawidłowy, a procedura oceny ofert - nieprzejrzysta, nieobiektywna i dyskryminująca odwołujących.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wnieśli o uwzględnienie skargi i nakazanie przeciwnikowi skargi: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty wykonawcy P.H.U. (...) I. L.. Alternatywnie, w razie nieuznania, że oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu - ponowienia czynności oceny ofert, w tym przez przyznania ofercie ww. wykonawcy mniejszej ilości punktów, ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Ewentualnie, jeśli do dnia wydania orzeczenia przez Sąd zostanie zawarta umowa o udzielenie zamówienia publicznego - na podstawie art. 579 ust. 1 i 588 ust. 2 w związku z art. 554 ust. 1 pkt 2. i ust. 3 pkt 2 podpkt a i b pzp z 2019 r., unieważnienie umowy ewentualnie unieważnienie umowy, w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie na przeciwnika skargi kary finansowej. W każdym wypadku zasądzenie od przeciwnika skargi solidarnie na rzecz skarżących kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz orzeczenie o kosztach postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą i zasądzenie solidarnie na rzecz skarżących od przeciwnika skargi zwrotu kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą (wpis: 7.500 zł).

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o oddalenie skargi w całości jako bezzasadnej oraz zasądzenie od skarżącego na swoją rzecz kosztów postępowania wywołanych wniesieniem skargi wraz z kosztami zastępstwa procesowego, wg norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Przed przystąpieniem do dalszych rozważań wyjaśnić należy, że skarga w niniejszej sprawie wniesiona została już po wejściu w ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019), a co za tym idzie podlega ona rozpoznaniu na podstawie przepisów tej właśnie ustawy. Wynika to wprost z treści art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020).

Niemniej zasadność skargi oceniona być musi na podstawie przepisów obowiązujących do dnia 31 grudnia 2020 r., tj. na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (tj. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zmianami). Postępowanie o udzielenie zamówienie publicznego prowadzone było pod rządami starej ustawy.

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 2¹ k.p.c. (który na podstawie art. 198a ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. / art. 579 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczy się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby. W istocie wywody zawarte w części merytorycznej skargi sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy. W ocenie Sądu Okręgowego natomiast Krajowa Izba w sposób staranny, wyczerpujący i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody przeprowadzone w toku rozprawy. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie naruszała granic oceny swobodnej, była zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawierała błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia. Żaden z zarzutów podniesionych w skardze nie okazał się zasadny.

Podkreślić trzeba, że choć skarżący podnosił zarówno zarzuty dotyczące naruszenia przepisów prawa materialnego, jak i postępowania w istocie większość z nich sprowadzała się do kwestionowania stanowiska Izby o niedopuszczalności odwołania w niniejszej sprawie.

Odnosząc się do tych zarzutów odnotować należy, że przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest świadczenie usług w zakresie przygotowania i dostarczania posiłków stanowiących całodzienne wyżywienie dla pacjentów Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w C., co oznacza, że zalicza się ono do katalogu usług społecznych. Uregulowania dotyczące udzielania zamówień na usługi społeczne zostały wyodrębnione w dziale III rozdziale 6 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 zaś z art. 138l 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.

W sytuacji 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 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 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 świetle powyższego nie budzi wątpliwości tut. Sądu, że 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 w istocie zamawiający uprawniony jest do zastosowania instytucji przewidzianych w ustawie. Niemniej procedura stosowana przez zamawiającego nie będzie procedurą określoną ustawą - a jedynie procedurą własną zamawiającego. Tym samym zamawiającego nie wiążą inne przepisy ustawy, w tym także przepisy odnoszące się do środków ochrony prawnej. W tym kontekście odnotowania 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 progi unijne (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.

Odnosząc wskazane rozważania do niniejszego zamówienia wskazać należy, że zamawiający poinformował w ogłoszeniu, że prowadzi postępowanie w trybie procedury określonej w art. 138o pzp. Wskazał także, że jest to zamówienie o wartości mniejszej niż wskazana w art. 138g ust. 1 pzp. W konsekwencji słusznie Izba wywiodła, że wykonawca nie przysługiwało odwołanie, co czyniło koniecznym jego odrzucenie.

Sądowi Okręgowemu znana jest przy tym koncepcja prezentowana przez Sąd Okręgowy w Olsztynie dopuszczająca możliwość wniesienia odwołania w przypadku zamówienia na usługi społeczne poniżej progów unijnych. Z takim stanowiskiem nie sposób się jednak zgodzić. W ocenie Sądu Okręgowego przyjęcie dopuszczalność odwołania w odniesieniu do takich zamówień stanowi wykładnię przepisów *contra lege*. Pokreślić także należy, że stanowisko doktryny jak i orzecznictwa jest w tym zakresie zasadniczo spójne, a prezentowane w skardze orzeczenie stanowi w istocie odosobnioną i nieakceptowaną koncepcję (zob. Jerzy Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 138o*. Wyd. 15, Warszawa 2019, Legalis; J. Jarnicka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 138o*, pod red. M. Jaworskiej, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnickiej, A. Matusiak, wyd. 12, Warszawa 2020, Legalis).

W tym kontekście podkreślić należy, że zgodnie z 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. KIO może rozstrzygać spory pomiędzy stronami wyłącznie w granicach art. 180 ust. 1 ustawy, zatem 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. 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. Można sobie wyobrazić sytuację, w której zamawiający w sposób odmienny niż zakłada ustawa ureguje sposób rozstrzygnięcia sporów w postępowaniu.

O niedopuszczalności odwołania w niniejszej sprawie, jak słusznie zauważyła Izba, świadczą również pośrednio 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. Nie regulują one bowiem wysokości wpisu od odwołania w postępowaniu na usługi społeczne o wartości poniżej progów, co potwierdza intencje ustawodawcy, że w takich przypadkach odwołanie nie przysługuje.

Reasumując, Sąd Okręgowy podzielił stanowisko KIO dotyczące braku możliwości wniesienia odwołania w niniejszej sprawie. Skoro zatem odwołanie wykonawcy nie przysługiwało, zbędnym było rozważanie wywiedzionych zarówno w odwołaniu jak i w skardze zarzutów merytorycznych dotyczących czynności zamawiającego.

Z przedstawionych względów, uznając podniesione w skardze zarzuty i argumenty za bezzasadne, Sąd Okręgowy na podstawie art. 588 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (z 2019 r.), skargę tą oddalił.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 589 ust. 1 Pzp obciążając obowiązkiem ich zwrotu wykonawców – wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) SA w Ł. i (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w G., których skarga została w całości oddalona. Zgodnie z tym przepisem strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku.

Koszty postępowania wywołanego wniesieniem skargi, poniesione przez przeciwnika skargi – zamawiającego prowadzą się do wynagrodzenia reprezentującego go radcy prawnego w kwocie 12.500 zł ustalonego od wartości przedmiotu zaskarżenia na podstawie § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.U z 2018 r., poz. 265 ze zm.), z uwzględnieniem okoliczności, iż pełnomocnik ten prowadzili sprawę również przed Krajową Izba Odwoławczą, tj. 50% stawki minimalnej.

Wypada zauważyć, że żaden przepis ww. rozporządzenia nie określa wysokości wynagrodzenia radcy prawnego w sprawach ze skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej. Brak jest również podstaw by poszukiwać dalekich analogii z innymi przepisami określającymi wysokość stawki w poszczególnych rodzajach spraw. Dlatego zdaniem Sądu zastosowanie powinny tu znaleźć postanowienia § 2 rozporządzenia określającego w sposób najbardziej ogólny stawki minimalne uzależniającego ich wysokość od wartości przedmiotu sprawy (tu zaskarżenia).

SSO Magdalena Nałęcz SSO Andrzej Sobieszczęński SSO Bolesław Wadowski