

Sygn. akt: KIO 545/18

POSTANOWIENIE

z dnia 4 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Członkowie: Przemysław Dzierzędzki

Dagmara Gałczewska-Romek

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 4 kwietnia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 23 marca 2018 roku przez wykonawcę **SAT-GUARD SECURITY Sp. z o.o. Sp. k.**, ul. Żwirki i Wigury 24, 02-092 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ochota**, ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BASMA SECURITY Sp. z o.o.**, **BASMA SECURITY GUARD A. M. i M. W. Sp. j.**, **SPYTEK SECURITY Sp. z o.o.** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SAT-GUARD SECURITY Sp. z o.o. Sp. k.**
 - i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **SAT-GUARD SECURITY Sp. z o.o. Sp. k.** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SAT-GUARD SECURITY Sp. z o.o. Sp. k.** kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej nadpłacony wpis.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ochota (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Ochronę osób i mienia w lokalizacjach Urzędu Dzielnicy Ochota m.st. Warszawy, nr postępowania UD-V-WZP.271.6.2018.AAN. Jak wynika z ogłoszenia o udzielenie zamówienia publicznego i Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), zamówienie jest realizowane w procedurze na usługi społeczne o wartości poniżej 750 000 euro, do których zastosowanie mają przepisy art. 138o ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.- dalej: „ustawa Pzp”).

W dniu 23 marca 2018 r. wykonawca SAT-GUARD SECURITY Sp. z o.o. Sp.k. wniósł odwołanie wobec zaniechania wykonania przez Zamawiającego czynności:

- 1) odrzucenia oferty nr 1 konsorcjum firm: BASMA SECURITY Sp. z o.o., BASMA SECURITY GUARD A. M. i M. W. Sp. j., SPYTEK SECURITY Sp. z o.o. (dalej „oferta Basmy”), pomimo, iż jest ona niezgodna z ustawą i SIWZ,
- 2) odrzucenia oferty Basmy, pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę,
- 3) odrzucenia oferty Basmy, pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 4) wezwania Basmy do złożenia wyjaśnień w zakresie wylicytowanej stawki 1 RHB poniżej minimalnego ustawowego kosztu zatrudnienia pracownika w 2018 roku.

Odwołujący zarzucił:

- 1) naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Basmy do złożenia wyjaśnień w zakresie wylicytowania stawki RHB na poziomie poniżej minimalnego kosztu brutto zatrudnienia pracownika w roku 2018 określonej ustawą z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847), co jednoznacznie sugeruje rażąco niską cenę,
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz IX.5 SIWZ, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę,
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem odrzucenia oferty Basmu,
- 3) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny w złożeniu odwołania, bowiem w wyniku niezgodnych z prawem działań Zamawiającego poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami prawa i odrzuciłby ofertę Basmu jako ofertę niezgodną z obowiązującymi przepisami i SIWZ, ofertę odwołującego należałoby uznać za najkorzystniejszą. Obydwaj wykonawcy złożyli taką samą ofertę w zakresie kwalifikacji zawodowych osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, oferty różnicowała jedynie ich cena.

Pismem z dnia 29 marca 2018 r. swoje przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BASMA SECURITY Sp. z o.o., BASMA SECURITY GUARD A. M. i M. W. Sp. j., SPYTEK SECURITY Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług ochrony osób i mienia w Urzędzie Dzielnicy Ochota m.st. Warszawy w terminie od dnia 1.04.2018r. godzina 00:00 do dnia 31.03.2019 r. godz. 24:00. Przedmiotowe usługi zostały opisane przez zamawiającego kodem CPV - 79710000-4 usługi ochroniarskie, określonym w rozporządzeniu (WE) Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2195/2002 z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz. Urz. WE L 340 z 16.12.2002, str. 0001-0562; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 5, str. 3, z późn. zm.). Wartość zamówienia wynosi 904 084,00 zł, co stanowi równowartość 209 681,56 euro. Oznacza to, iż przedmiotem zamówienia są usługi społeczne o wartości poniżej 750 000 euro. O zakwalifikowaniu zamówienia jako usług społecznych rozstrzyga bowiem przedmiot zamówienia i postanowienia załącznika nr XIV do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65). Zgodnie natomiast z treścią tego załącznika, usługi o kodach CPV 79700000-1 do 79721000-4 są usługami społecznymi.

Stosownie do art. 138g ust. 1 ustawy Pzp, przepisy ustawy Pzp dział III rozdział 6, stosuje się do zamówień na usługi społeczne, jeżeli wartość zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro, natomiast w przypadku

zamówień sektorowych - jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 1 000 000 euro. Zgodnie z art. 138l ustawy Pzp, który należy odnosić, do postępowań o ww. wartości, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne jest prowadzone m.in. z zastosowaniem przepisów działu VI ustawy *Środki ochrony prawnej*.

Postępowań na usługi społeczne o wartości poniżej ww. progów dotyczy natomiast art. 138o ustawy Pzp, który w ust. 1 stanowi, iż zamawiający udzielający zamówienia na usługi społeczne o wartości poniżej kwot określonych w art. 138g ustawy Pzp, ma możliwość udzielenia zamówienia zgodnie z określoną przez siebie procedurą, stosując wymogi określone w art. 138o ust. 2-4 ustawy Pzp. Charakter i przebieg postępowania o udzielenie zamówienia na takie usługi jest w takim przypadku określany przez zamawiającego samodzielnie, przy uwzględnieniu m.in. ich specyfiki oraz własnych potrzeb. Przepisy art. 138o ust. 2-4 ustawy Pzp nakazują zamawiającemu jedynie prowadzenie postępowania w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący, określają sposób publikacji i minimalną treść ogłoszenia o zamówieniu oraz obowiązki w zakresie publikacji informacji o udzieleniu zamówienia. Oznacza to, że procedura udzielania zamówień publicznych na usługi społeczne w oparciu o art. 138o ustawy Pzp tworzona jest przez Zamawiającego, a nie ustawę Pzp. Z tego względu brak jest podstaw do oceny przez Izbę czynności zamawiającego, bowiem ocenie Izby mogą być poddane jedynie czynności i zaniechania zamawiającego, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Aby zatem przyjąć, iż przysługuje odwołanie, z ustawy muszą wynikać określone obowiązki dla zamawiającego. *Brak obowiązku stosowania w podprogowych zamówieniach na usługi społeczne ściśle określonych regulacji powoduje, że nie możemy mówić o istnieniu dookreślonych norm i zasad postępowania dla wybranej przez podmiot zamawiający procedury udzielenia zamówienia. Izba zatem nie posiada kognicji w zakresie czynności czy zaniechań zamawiającego w sytuacji, gdy te czynności nie mają oparcia w ustawie, nie może bowiem rozpoznawać odwołań, opartych na wzorcu stworzonym wyłącznie przez Zamawiającego (nawet stosującym rozwiązania oparte na instytucjach ustawowych). (...) Gdyby ustawodawca przewidział możliwość stosowania środków ochrony prawnej dla zamówień na usługi społeczne o wartości nieprzekraczającej progów, powyższe przewidziałby w sposób wyraźny w przepisach ustawy Pzp, analogicznie jak w przypadku zamówień na usługi społeczne powyżej progów (art. 138l w zw. z art. 138g ustawy Pzp) - postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 169/18.*

Ustawa Pzp, w odniesieniu do usług społecznych o wartości poniżej progów określonych w art. 138g ust. 1 ustawy Pzp, nie zawiera postanowień przewidujących dla wykonawców możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej, *nie przewiduje również 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.* (por. opinia UZP; www.uzp.gov.pl)

Przedmiotowe odwołanie dotyczy czynności związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem najkorzystniejszej oferty, które to czynności, z wykorzystaniem możliwości przewidzianej w art. 138o ust. 1 ustawy Pzp, zostały podjęte przez Zamawiającego na podstawie samodzielnie ustalonych procedur, a nie procedur określonych w ustawie Pzp.

Z tych względów odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp 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. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.) stosownie do jego wyniku.

Izba nakazała zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7.500 zł, stanowiącej nienależnie uiszczoną część wpisu. Zgodnie bowiem z § 1 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia, wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wynosi 7 500 zł. Stosownie do § 1 pkt 5 ppkt a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 29 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. z 2017 r poz. 2479)

próg ten dla usług społecznych wynosi 750 000 euro. Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza tej kwoty.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 189 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....