

WYROK
z dnia 29 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Honorata Łopianowska
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2015 r. przez wykonawcę: **Polska Grupa Poczta S.A., ul. Stanisława Augusta 75/45-47, 03-846 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej, ul. Farmaceutów 2, 31-463 Kraków,**

przy udziale wykonawcy **Poczta Polska S.A., ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00-940 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Polska Grupa Poczta S.A., ul. Stanisława Augusta 75/45-47, 03-846 Warszawa,** i:

1

-
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Polska Grupa Poczta S.A., ul. Stanisława Augusta 75/45-47, 03-846 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie.**

Przewodniczący:

.....

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający: Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych na rzecz sądów powszechnych”.

W dniu 7 maja 2015 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (pod numerem 2015/S 088-158925) ogłoszenie o zamówieniu. W tym samym dniu Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami. Zamawiający w dniu 3 września 2015 r. zamieścił na swojej stronie internetowej zmianę treści SIWZ. W tym samym dniu

Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie o zmianie treści ogłoszenia.

Wykonawca Polska Grupa Poczтовая S.A. wniósł odwołanie wobec czynności zmiany treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarzucił naruszenie art. 25 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez opisanie sposobu weryfikowania wymagań, jakie muszą spełniać placówki pocztowe wykonawcy, w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, niejednoznaczny oraz nieuwzględniający nakazanego przez Krajową Izbę Odwoławczą sposobu modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiedniej modyfikacji postanowień ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez doprecyzowania podstaw i sposobu sprawdzenia wybranych placówek wykonawcy w zakresie spełniania warunków, o których mowa w Rozdziale IV pkt 3 ppkt 6 SIWZ oraz punktu III.2.1 ogłoszenia.

Odwolujący wyjaśnił, że jest przedsiębiorcą pocztowym, który może wykonywać usługi będące przedmiotem zamówienia. Obecny sposób prowadzenia postępowania narusza między innymi wyrażoną w art. 7 Pzp zasadę uczciwej konkurencji, ograniczając konkurencyjność niniejszego postępowania i naruszając w tym zakresie interesy wykonawcy PGP S.A.

Odwolujący wskazał na szczególny charakter zamówienia, wobec czego Zamawiający powinien zachować szczególną dbałość o sporządzenie jednoznacznego opisu warunków przetargowych unikając niejednoznacznych postanowień, utrudniających lub też uniemożliwiających wybór oferty najkorzystniejszej. Odwołujący podniósł, że Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 15 czerwca 2015 r. (sygn. KIO 1040/15), uwzględniając odwołanie, nakazała Zamawiającemu modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków

3

zamówienia, poprzez m.in.: „*doprecyzowanie podstaw i sposobu sprawdzenia wybranych przez Zamawiającego placówek wykonawcy w zakresie spełniania warunków, o których mowa w Rozdziale IV pkt 3 ppkt 6 SIWZ*”. Zamawiający w pierwotnej treści ogłoszenia oraz SIWZ opisał tzw. warunek przedmiotowy odnoszący się do placówek pocztowych wraz z obowiązkiem przedłożenia listy placówek pocztowych. Ponadto, Zamawiający oświadczył, iż: „*przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający zastrzega sobie prawo sprawdzenia wybranych przez Zamawiającego placówek Wykonawcy w zakresie spełnienia warunków*”. Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 czerwca 2015 r. (sygn. KIO 1040/15) podzieliła żądanie: „*by Zamawiający określił; w jaki sposób i na jakich podstawach będzie dokonywał sprawdzenia spełniania warunków przedmiotowych*”. Izba dodała zarazem: „*Ustawodawca dostrzegł więc potrzebę, by podstawy i zasady weryfikacji nie pozostawały niedookreślone w postępowaniu o zamówienie publiczne. Przeciwnie istnieje obowiązek, by te kluczowe dla przebiegu postępowania kwestie miały określone ramy faktyczne i prawne. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia postawił w tym postępowaniu określone wymagania wobec oferowanego przedmiotu, a tym samym powinien wskazać w SIWZ narzędzia za pomocą których dokona badania zgodności oferty z jego wymaganiami. (...) Mając na uwadze specyfikę postępowania oraz to, że nie można wykluczyć, że na moment wyboru oferty placówki podane przez oferenta na potwierdzenie spełnienia warunków przedmiotowych a więc wykaz obrazujący stan rzeczy na moment złożenia oferty mogą przykładowo już nie istnieć - dynamika życia gospodarczego nie pozwala na wykluczenie takiej sytuacji — celowe jest by Zamawiający doprecyzował zasady weryfikacji. Wykonawca musi bowiem wiedzieć co Zamawiający chce sprawdzić i jak oraz w jaki sposób będzie miał obowiązek dowodzenia - w przypadku powstania takiej potrzeby, że jego oferta była prawidłowa na moment jej złożenia*”.

Zamawiający w dniu 3 września 2015 r. opublikował zmianę Rozdziału IV pkt 3 ppkt 6 SIWZ, dokonując zarazem analogicznej zmiany punktu III.2.1 ogłoszenia. W ocenie Odwołującego, zmiana treści SIWZ nie doprecyzowuje podstaw, ani sposobu prowadzenia weryfikacji placówek pocztowych w stopniu zapewniającym zachowanie zasady uczciwej konkurencji. Przywołane postanowienia są niejednoznaczne. W szczególności Zamawiający nie wskazał, w jaki sposób będzie weryfikowane spełnianie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do placówek działających w dacie składania ofert, które nie będą prowadziły działalności w dacie wizytacji. Wobec wyboru przez Zamawiającego formy - poprzez „*terenową kontrolę*” - pojawiają się dodatkowe pytania, czy wykonawca będzie uczestniczył

w losowaniu wybranych placówek, czy wykonawca będzie informowany o planowanej wizytacji, czy wykonawca będzie uczestniczył w samej wizytacji placówek, czy placówki mają być otwarte w jakiś konkretnych godzinach (skoro obowiązek ich otwarcia we wskazanych w SIWZ godzinach został przesunięty na okres wykonywania umowy - wskutek uwzględnienia

4

zarzutu przez Izbę), czy nieodebranie jednorazowo połączenia telefonicznego będzie jednoznaczne z wynikiem negatywnym weryfikacji, czy też dopuszcza Zamawiający możliwość oddzwonienia w przypadku nieodebranego połączenia - jeśli tak, to w jakim czasie można wykonać połączenie telefoniczne.

W ocenie Odwołującego, także ze względu na skalę udzielanego zamówienia - Zamawiający winien odrębnie i szczegółowo opisać procedurę wizytacji. Należy pamiętać, iż wizytacje prowadzone będą w działających placówkach, a Zamawiający zamierza badać takie kwestie jak chociażby zapewnienie bezpieczeństwa tajemnicy korespondencji, czy sposób wyodrębnienia w lokalu wydawania przesyłek sądowych na wyznaczonym stanowisku, oddzielnym od wszelkich innych czynności wykonywanych w placówce odbiorczej. Zamawiający winien określić przykładowo, iż zespół kontrolujący będzie dysponował imiennymi upoważnieniami Zamawiającego (wzór upoważnienia byłby przekazany pracownikom placówek wykonawcy), a z samej wizytacji winien być sporządzony protokół potwierdzający przez obie strony fakt odbycia wizytacji (np. nawiązanie kontaktu w sprawie odbioru korespondencji przez osoby niepełnosprawne). Zamawiający winien także rozstrzygnąć, czy przewiduje utrwalanie prowadzonej przez siebie wizytacji (przykładowo zdjęcia) lub czy zezwala wykonawcy na takie utrwalenie. Odwołujący podkreślił, że jedynie jednoznaczny opis procedury weryfikacji placówek wykonawców pozwoli na zachowanie konkurencyjności postępowania.

Zamawiający, opisując wizytację ograniczył się de facto do wskazania na zamiar przeprowadzenia terenowej kontroli w zakresie spełnienia warunków, o których mowa w ppkt 6 a)- f). W sposób oczywisty ta kluczowa dla prowadzenia postępowania przetargowego procedura jest niejednoznaczna, niedookreślona. Zasady kwalifikacji wykonawców muszą być oparte na jednoznacznych, obiektywnych i nie budzących wątpliwości przesłankach. Niedopuszczalne jest dokonywanie arbitralnej oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez zamawiającego, gdyż uchybia to zasadzie przejrzystości i jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Brak jednoznacznych, jasnych zasad prowadzenia wizytacji narusza w naszej ocenie zasadę uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do tematu braku gwarancji jawności prowadzonej wizytacji, Odwołujący przywołał poglądy Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który postuluje zachowanie jawności procedury weryfikowania zgodności oferowanych usług, dostaw z udziałem wykonawcy w wymaganiach zamawiającego, poprzez podejmowanych czynnościach. Jedną z naczelnych zasad zamówień publicznych jest wyrażona w art. 8 Pzp zasada jawności postępowania. Skoro w niniejszym postępowaniu weryfikacja placówek wykonawcy może mieć kluczowe znaczenie dla wyboru oferty najkorzystniejszej, to Zamawiający nie może ograniczyć się do zamieszczania w SIWZ ogólnikowej regulacji, bez rozstrzygnięcia powyżej omówionych wątpliwości. Już sam zamiar wizytacji placówek na

5

okoliczność spełniania przez nie wymagań nie w dacie wizytacji, a w dacie składania oferty skutkuje niejednoznacznością co do intencji Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. Przystępujący podniósł, że Zamawiający w modyfikacji SIWZ z dnia 3 września 2015 r. nie sprecyzował, w jaki sposób ma być udowadniania prawdziwość oświadczenia składanego w ofercie (w terminie składania ofert), obejmującego wykaz placówek, w przypadku późniejszych zmian w sieci placówek danego wykonawcy oraz, w jaki sposób przeprowadzona zostanie kontrola terenowa placówek, co świadczy o niewykonaniu wyroku KIO z dnia 15 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1040/15 i KIO 1043/15.

Przystępujący odniósł się do niejasności wskazanych przez Odwołującego w pkt 10 i 11 odwołania. Wskazał, że Zamawiający powinien dokonać kontroli terenowej placówek w dniu składania ofert lub jeśli nie jest to możliwe – w czasie najbliższym temu terminowi, tj. przynajmniej w ciągu 10 dni roboczych od terminu składania ofert. Ponadto, na

potwierdzenie faktu istnienia placówek w terminie składania ofert, Zamawiający powinien przyjmować, jako dowody, dokumenty nie pochodzące tylko od wykonawcy ale też oświadczenia właściciela lub innej osoby posiadającej w dniu składania ofert tytuł prawny do lokalu/nieruchomości, w którym prowadzona była placówka.

Zdaniem Przystępującego, SIWZ powinna wprost wskazywać, że wykonawcy nie uczestniczą w losowaniu placówek do kontroli, gdyż poinformowanie wykonawców o wyniku losowania wypaczałoby de facto cały sens tej kontroli. Przystępujący wskazał również, że SIWZ powinna wprost stanowić, że wykonawca nie będzie informowany o planowanej wizytacji poszczególnej placówki z przedstawionych powyżej względów. W ocenie Przystępującego, nie ma znaczenia fakt, czy wykonawca będzie lub nie uczestniczył w kontroli, gdyż na terenie każdej placówki musi przebywać przedstawiciel wykonawcy, który może potwierdzić fakt przeprowadzonej kontroli. Przystępujący podniósł dalej, że Zamawiający będzie musiał dostosować czas kontroli do godzin otwarcia danej placówki. Natomiast wymóg wyposażenia placówki w czynny, działający telefon powinien być sprawdzony przez Zamawiającego podczas kontroli placówki. Przystępujący poparł postulaty Odwołującego o określenie i wprowadzenie do SIWZ zapisów, dotyczących posiadania imiennych upoważnień przez kontrolerów ze strony Zamawiającego, sporządzenia protokołu z kontroli, możliwości dokumentowania nieprawidłowości ujawnionych w trakcie kontroli np. za pomocą zdjęć.

Odwołujący złożył na rozprawie pismo procesowe z dnia 29 września 2015 r., w którym m.in. wskazał, że brak udziału wykonawcy w procedurze losowania czyni procedurę losowania bezprzedmiotową. Ponadto, nic nie stoi na przeszkodzie przekazania

6

wykonawcy dokumentów pełnomocnictw udzielonych przez Zamawiającego osobom wykonującym kontrolę. Aby ujednoczyć sposób przeprowadzenia kontroli przez różne zespoły osób, Zamawiający powinien określić wytyczne przeprowadzania kontroli.

W przedłożonym piśmie Odwołujący przedstawił doprecyzowane w jego ocenie żądania zawarte w odwołaniu, poprzez wskazanie, że:

- Zamawiający powinien zapewnić wykonawcom udział w procedurze losowania placówek do kontroli oraz w samej kontroli, z prawem do rejestrowania jej przebiegu,
- Zamawiający powinien poinformować wykonawców o terminie wizytacji,
- Odwołujący nie zgadza się z postulatem Przystępującego odnośnie 10-dniowego terminu na weryfikację placówek,
- Zamawiający powinien w trakcie kontroli terenowej placówki sprawdzić fakt wyposażenia jej w działający telefon,
- osoby przeprowadzające kontrolę powinny posiadać imienne upoważnienia,
- powinien być sporządzony protokół z kontroli podpisany przez obie strony wraz z obowiązkiem udokumentowania ewentualnych nieprawidłowości za pomocą zdjęć/ filmu.

Odwołujący podkreślił, że procedura wizytacji powinna być szczegółowa i precyzyjna, powinna uwzględniać fakt, że w wyniku jej zastosowania ustalony ma zostać stan faktyczny z daty wcześniejszej niż data dokonywania czynności. Ponadto, procedura ta powinna uwzględniać przewidzianą prawem możliwość uzupełnienia lub zmiany wykazu placówek.

W toku rozprawy Przystępujący złożył kolejny wykaz proponowanych postanowień, których treść została zmodyfikowana w stosunku do treści przystąpienia, w tym żądanie obowiązkowej wizytacji placówek wskazanych przez wykonawcę w ramach uzupełnienia wykazu, wskazanie okoliczności będących podstawą do odrzucenia oferty bez wzywania do uzupełnienia wykazu placówek, obowiązek przedłożenia przez wykonawcę, w przypadku likwidacji danej placówki, umowy najmu/dzierżawy lub innej, a ponadto dokładne dane osobowe pozwalające zidentyfikować kontrahenta.

Zamawiający pismem z dnia 28 września 2015 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania. Zdaniem Zamawiającego, działania obu wykonawców podejmowane w ramach procedur odwoławczych zmierzają jedynie do przedłużenia postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, co nie zasługuje na ochronę prawną. Podkreślił, że Odwołujący nie wskazał na czym ma polegać „odpowiednia modyfikacja” postanowień ogłoszenia i SIWZ. Podkreślił, że przewidziana w SIWZ metoda weryfikacji placówek w taki sam sposób dotyczy wszystkich wykonawców. Podkreślił, że Zamawiający nie ma obowiązku uprzedzania wykonawców o czynnościach podejmowanych w ramach badania i oceny ofert. Żadne postanowienia SIWZ nie pozwalają Zamawiającemu na

zakresie są przedwczesne. Zamawiający wyjaśnił, że działając na podstawie i w granicach prawa nie stawia dodatkowych wymogów co do konieczności utrzymywania działalności placówek przez wskazany okres do zawarcia umowy, co sugeruje Odwołujący, ani nie wymaga dodatkowych dokumentów lub oświadczeń podmiotów trzecich, które winien złożyć wykonawca wraz z ofertą. Zasadność i dopuszczalność takich działań reguluje ustawa Pzp. Zamawiający posiada narzędzia wynikające z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, pozwalające na dokonanie badania i oceny ofert, pozostawiając wykonawcom dowolność w zakresie ewentualnego sposobu potwierdzenia prawdziwości złożonej oferty. Odwołujący nie uprawdopodobnił faktu naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający wskazał, że nie przewidział udziału wykonawców w procedurze weryfikacji placówek, gdyż podważałoby to celowość przeprowadzenia terenowej weryfikacji. Zamawiający przy badaniu i ocenie ofert może posługiwać się procedurami, regulaminami i upoważnieniami, które mają charakter dokumentów wewnętrznych, które mają usprawnić działania Zamawiającego. Zamawiający wyjaśnił, że wymóg w zakresie bezpieczeństwa tajemnicy korespondencji sprowadza się do zapewnienia wydzielonego stanowiska do odbioru korespondencji zapewniającego bezpieczeństwo tajemnicy korespondencji oraz powagę odbioru korespondencji sądowej. Weryfikacja tego wymogu jest możliwa wyłącznie w godzinach pracy danej placówki. Zamawiający wyjaśnił także, iż jednorazowe nieodebranie telefonu nie może w oczywisty sposób skutkować uznaniem, że dana placówka nie spełnia wymogu w zakresie wyposażenia w działający telefon.

Zamawiający wyjaśnił, że zakres dowodzenia przez wykonawcę prawidłowości oferty na moment jej złożenia obejmuje złożenie wyjaśnień, o których mowa w przepisach Pzp. Natomiast możliwość żądania przez Zamawiającego określonych dokumentów, jako środków dowodowych, została ograniczona w przepisach art. 25 i 26 Pzp.

Zdaniem Zamawiającego, obecne brzmienie SIWZ wypełnia nakaz KIO wynikający z wyroku z dnia 15 czerwca 2015 r. Postanowienie wskazuje jako podstawę sprawdzenia – losowanie konkretnej próbki placówek a sposobem sprawdzenia będzie terenowa kontrola spełnienia wymogów określonych w pkt 6 a-f. Wyniki tej kontroli zostaną udokumentowane, zgodnie z art. 92 ust. 1 Pzp. W przypadku powstania jakichkolwiek wątpliwości, Zamawiający zastosuje art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, a następnie oceni przedłożone wyjaśnienia bądź dowody. Wskazywane przez Odwołującego dokumenty możliwe do przedłożenia mieszczą się z pewnością w zakresie wyjaśnień (art. 26 ust. 4 Pzp). Zamawiający podkreślił, że nie zależnie od przyjętej metody weryfikacji, wszystkie placówki wskazane w wykazie powinny spełniać wymagania SIWZ. Zamawiający wskazał, że podstawowym celem przewidzianej procedury terenowej weryfikacji placówek jest potwierdzenie rzetelności złożonych ofert, co jest podyktowane dbałością Zamawiającego o rzetelne przeprowadzenie oceny ofert, stricte w oparciu o przepisy Pzp. Zamawiający uwzględnił przy tym fakt, że wykonawcy biorący

udział w postępowaniu są podmiotami działającymi na rynku regulowanym i w tym zakresie ich działalność jest przedmiotem kontroli odpowiednich organów władzy publicznej.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje. Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący spełnia przesłanki, wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp, wymagane do wniesienia odwołania. Potwierdzenie się zarzutów odwołania dowodziłoby naruszenie interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz powstania szkody w postaci braku możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie realizacji zamówienia.

Izba stwierdziła, że wykonawca Poczta Polska S.A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, wypełniając warunki określone w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. Stosownie do art. 185 ust. 5 Pzp, Izba nie wzięła pod uwagę oświadczeń Przystępującego zawartych w przystąpieniu, jak i wyrażonych na rozprawie, które pozostają

w sprzeczności ze stanowiskiem Odwołującego w zakresie zgłoszonych w odwołaniu zarzutów i żądań. Izba pominęła przy rozpoznaniu sprawy żądania zgłoszone przez Przystępującego na rozprawie, których zakres istotnie wykracza poza zarzuty zawarte w odwołaniu dotyczących - obowiązkowej wizytacji placówek wskazanych przez wykonawcę w ramach uzupełnienia wykazu, wskazanie okoliczności będących podstawą do odrzucenia oferty bez wzywania do uzupełnienia wykazu placówek, obowiązek przedłożenia przez wykonawcę, w przypadku likwidacji danej placówki, umowy najmu/dzierżawy lub innej, a ponadto dokładne dane osobowe pozwalające zidentyfikować kontrahenta.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny w sprawie:

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 czerwca 2015 r. (sygn. KIO 1040/15), uwzględniając odwołanie wniesione przez Polską Grupę Poczтовую S.A., nakazała Zamawiającemu m.in. zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez „doprecyzowanie podstaw i sposobu sprawdzenia wybranych przez Zamawiającego placówek wykonawcy w zakresie spełniania warunków, o których mowa w Rozdziale IV pkt 3 ppkt 6 SIWZ”. W pierwotnej treści SIWZ (odpowiednio – ogłoszenia) Zamawiający w Rozdziale IV pkt 3 ppkt 6 opisał tzw. warunek przedmiotowy, dotyczący potwierdzenia przez wykonawców, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez

9

Zamawiającego, poprzez przedłożenie wykazu placówek wykonawcy, zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ, potwierdzającego posiadanie przez wykonawcę spełniających wymagania określone w pkt 6 lit. a) – g). Zamawiający zastrzegł przy tym wówczas w SIWZ, że: „Przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający zastrzega sobie prawo sprawdzenia wybranych przez Zamawiającego placówek Wykonawcy w zakresie spełnienia warunków o których mowa w pkt 6a) – g).”

W dniu 3 września 2015 r. Zamawiający opublikował m.in. zmianę do treści postanowień Rozdziału IV pkt 3 ppkt 6 SIWZ oraz zmianę załącznika nr 9 (wykazu placówek), w ramach której dokonał zmiany opisu wymagania w pkt 6 lit. e) oraz usunął z pkt 6 postanowienie lit. d) [wobec czego nastąpiła stosowna zmiana oznaczenia dalszych postanowień lit. d) – f) w miejsce d) – g)]. Zgodnie z nową treścią postanowienia zamieszczonego pod ww. listą wymagań, Zamawiający podał, że: „Zamawiający zastrzega sobie prawo sprawdzenia wybranych przez Zamawiającego placówek Wykonawcy w zakresie spełnienia warunków, o których mowa w ppkt 6 a)-f). Weryfikacja będzie polegała na terenowej kontroli 70 wybranych losowo placówek pocztowych, poprzez wykorzystanie formuły „LOS.ZAKR” w arkuszu kalkulacyjnym Microsoft Excell zdefiniowanej do wylosowania 44 spośród wszystkich placówek pocztowych wskazanych przez Wykonawcę jako ulokowane w gminach wiejskich oraz 36 spośród wszystkich placówek pocztowych wskazanych przez Wykonawcę jako ulokowane w gminach miejskich oraz gminach miejsko-wiejskich. Podstawą do dokonania weryfikacji będą dane Urzędu Statystycznego zawarte w opracowaniu pt. Powierzchnia ludności w przekroju terytorialnym w 2014 r. dostępnym pod linkiem: <http://stat.sov.pl/obszary-tematyczne/ludnosc/ludnosc/DOWierzchnia-i-ludnosc~w-przekroiu-tervtorialnm-w-2015-r-,7,12.html> tabeli nr 26, w którym podział administracyjny kraju został opracowany wg stanu na 1.1.2015, a liczba ludności we wszystkich jednostkach wykazana jest wg stanu na 31.12.2014 oraz wykaz placówek pocztowych złożony przez Wykonawcę z ofertą ~ Załącznik nr 9 do SIWZ.”

Zamawiający dokonał zmiany treści wykazu placówek pocztowych (załącznik nr 9), poprzez dodanie do tabeli dodatkowych kolumn do wypełnienia przez wykonawcę, w tym liczbę porządkową placówki w podziale na województwo, powiat, gminę, identyfikator terytorialny, numer telefonu placówki, bariery architektoniczne placówki (Tak/Nie), usprawnienia organizacyjne (Tak/Nie). Jednocześnie Zamawiający przedstawił w załączniku nr 9 instrukcję wypełnienia wykazu wraz z podaniem przykładu jego wypełnienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, poprzez opisanie sposobu weryfikowania wymagań, jakie muszą spełniać placówki pocztowe wykonawcy, w sposób nieuwzględniający nakazanego przez Krajową Izbę Odwoławczą sposobu modyfikacji treści

10

specyfikacji istotnych warunków zamówienia w wyroku z dnia 15 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1040/15, Izba uznała zarzut ten za niezasadny. Należy zauważyć, że wskazany przepis zawiera normę prawną, która obejmuje swoją dyspozycją Krajową Izbę Odwoławczą, a zatem nie sposób przyjąć, iż Zamawiający mógł tę normę naruszyć.

Badając wykonaną przez Zamawiającego w dniu 3 września 2015 r. czynność modyfikacji treści SIWZ, pod względem zgodności z czynnością nakazaną wyrokiem Izby z dnia 15 czerwca 2015 r., Izba stwierdziła, że z uwagi na ogólne brzmienie wyroku w badanym zakresie, a tym samym wobec pozostawienia Zamawiającemu przez Izbę znacznej swobody w ukształtowaniu nowej treści SIWZ w zakresie zaskarżonym przez Odwołującego, należy uznać, że czynność Zamawiającego z dnia 3 września 2015 r. powinna podlegać ocenie w ramach postępowania odwoławczego, jako nowa czynność Zamawiającego podjęta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w granicach swobody określonej wyrokiem KIO z dnia 15 czerwca 2015 r. w kontekście zarzutów zawartych w odwołaniu wniesionym w niniejszym postępowaniu. Izba zważyła, że w wyroku z dnia 15 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1040/15 Izba nie nakazała Zamawiającemu wprowadzenia do SIWZ konkretnej treści, co można byłoby zweryfikować w sposób formalny - porównując zakres wykonanej czynności z zakresem czynności nakazanej. Z tego względu uzasadnione było zbadanie nowej czynności, wobec czego odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 Pzp, poprzez opisanie sposobu weryfikowania wymagań, jakie muszą spełniać placówki pocztowe wykonawcy, w sposób niejednoznaczny i naruszający zasadę uczciwej konkurencji, Izba stwierdziła, że zarzut jest niezasadny.

Żądanie Odwołującego nakazania Zamawiającemu „dokonania odpowiedniej modyfikacji postanowień ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez doprecyzowanie podstaw i sposobu sprawdzenia wybranych placówek wykonawcy w zakresie spełniania warunków, o których mowa w Rozdziale IV pkt 3 ppkt 6 s.i.w.z. oraz punktu III.2.1 ogłoszenia” zostało sformułowane w sposób bardzo ogólny.

Żądanie powyższe zostało w pewnym stopniu doprecyzowane w piśmie procesowym Odwołującego, jednak Odwołujący nadal nie zaproponował konkretnego brzmienia nowych postanowień SIWZ, za wyjątkiem propozycji postanowienia o treści „Zamawiający sprawdzi podczas kontroli terenowej placówki fakt wyposażenia w działający telefon”. Odwołujący jednocześnie nie podzielił pozostałych propozycji dotyczących zmiany treści SIWZ zgłoszonych przez Przystępującego – Poczta Polska S.A.

Izba wzięła pod uwagę powyższe, tj. że Odwołujący sformułował w odwołaniu żądanie dotyczące modyfikacji SIWZ jedynie w sposób ogólny – nie przedstawiając

konkretnych propozycji co do sposobu sformułowania procedury weryfikacji placówek w terenie oraz to, że Izba w tym zakresie nie może zastąpić ani strony Odwołującej, ani też działać czynnie za Zamawiającego. Co więcej, poszczególne żądania sformułowane przez Odwołującego w sposób bardzo ogólny w znacznej części pozostawały w sprzeczności z zaproponowanym brzmieniem postanowień SIWZ, zawartym w stanowisku wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego - po stronie Odwołującego. Rozprawa uwidoczniła istotną rozbieżność w stanowiskach obu wykonawców, występujących formalnie po jednej stronie postępowania. Niejednolitość stanowisk obu wykonawców w zakresie żądań i argumentacji ujawniła de facto, że podstawy faktyczne i prawne zarzutów odwołania zawierają istotne braki.

Izba w pełni podziela stanowisko, że ocena spełniania przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych przez zamawiającego następuje co do zasady na dzień składania ofert. Zatem dokumenty wymagane w celu potwierdzenia spełniania wymaganych warunków muszą potwierdzać spełnienie wymagań nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Wymagany zatem przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu Wykaz placówek pocztowych, w formie załącznika nr 9 do SIWZ, musi potwierdzać istnienie wymaganej liczby placówek, spełniających warunki określone w SIWZ nie później niż w terminie składania ofert. Powyższe przyznał sam Odwołujący, a także Zamawiający i Przystępujący. Taki sposób oceny spełnienia wymagań SIWZ wynika wprost z zasad określonych w przepisach ustawy i rozporządzeniach wykonawczych, w tym rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz.231) i nie wymaga dodatkowego opisanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uwzględniając powyższe, w przypadku zmiany placówek po terminie składania ofert, w szczególności w sytuacji, gdy dana placówka przestanie istnieć w momencie, w którym Zamawiający podda ją weryfikacji (tj. po terminie składania ofert), w ramach dostępnych w świetle ustawy Pzp narzędzi służących wyjaśnieniu lub uzupełnieniu składanych w ofercie dokumentów, Zamawiający będzie miał obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonego wykazu w określonym zakresie, a wykonawca tym samym będzie miał możliwość wykazania, że dana placówka istniała w terminie składania ofert oraz że spełniała wymagania zamawiającego.

Podkreślić należy, że obowiązujące przepisy nie ograniczają wykonawcy w doborze środków, za pomocą których może on wykazywać określone okoliczności w ramach wyjaśnień składanych na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. W ocenie Izby, brak takiego ograniczenia jest korzystny dla wykonawcy. Skoro ustawodawca nie ograniczył zakresu dokumentów, którymi może posłużyć się wykonawca, aby w ramach wyjaśnień treści

12

dokumentu udowodnić Zamawiającemu, wymagane okoliczności, to w tym przypadku - aby wykazać, że dana placówka pocztowa (też taka, która przestała istnieć) spełniała wszystkie wymagania w terminie składania ofert, wykonawca może posłużyć się każdym dostępnym mu dowodem. Jak słusznie zauważył Zamawiający, brak wykazania przez wykonawcę faktu spełnienia wymagań przez taką placówkę może skutkować odrzuceniem oferty tylko wówczas, gdy liczba odpowiednio wymaganych placówek wskazanych w wykazie nie będzie wystarczająca do potwierdzenia spełnienia warunku. Ponadto, przed ostateczną oceną oferty Zamawiający będzie miał obowiązek wezwania wykonawcy do ewentualnego uzupełnienia ww. dokumentu w trybie przepisu art. 26 ust. 3, który jednoznacznie określa, że uzupełniony dokument musi potwierdzać spełnienie wymagań w terminie nie później niż termin składania ofert.

Wobec powyższego należało uznać, że w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp, nie ma potrzeby uszczegółowienia w SIWZ procedur oceny spełnienia wymagań przedmiotowych, ponad zakres już w SIWZ wskazany, tj. ponad zakresową przez Zamawiającego weryfikację w terenie – wykazu placówek pocztowych. Procedura i zasady oceny składanych w ofercie oświadczeń i wymaganych dokumentów wynika wprost z brzmienia obowiązujących przepisów Pzp. Weryfikacja treści złożonego w ofercie wykazu, pod kątem spełnienia określonych w SIWZ wymagań musi być dokonana, zgodnie z zasadami wynikającymi z przepisów ustawy Pzp, które dają wykonawcom ochronę przed arbitralną oceną Zamawiającego. Zauważyć należy, że Odwołujący potwierdził już w odwołaniu, że w podobnych przypadkach przedkłada dodatkowe dowody (listy awizo potwierdzające, że dana placówka pocztowa działała na dzień składania ofert, kopie umów z podmiotami prowadzącymi daną agencję pocztową) i każdorazowo przedkłada informację na temat placówek nowych, otwartych w miejsce likwidowanych z zachowaniem zasady ciągłości, co wskazuje jednoznacznie na fakt, że określenie ścisłego katalogu dokumentów, które wykonawca musi złożyć, aby udowodnić Zamawiającemu istnienie placówki w terminie składania ofert, jest nieuzasadnione i wręcz prowadziłoby do ograniczenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W okolicznościach tej sprawy należy zwrócić uwagę, że jedną z naczelnych zasad w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada pisemności, która zobowiązuje zamawiającego do dokumentowania całego przebiegu prowadzonego postępowania o udzielenie działania zamówienia publicznego. Zatem, wszelkie podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania, przy pomocy określonych osób, dokonujących czynności z ramienia Zamawiającego, wymagają potwierdzenia w formie pisemnej i powinny stanowić załączniki do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po dokonaniu przez zamawiającego oceny ofert, dokumentacja ta jest dostępna do wglądu dla wykonawców biorących udział w postępowaniu. Nie ma zatem

13

potrzeby zamieszczania w SIWZ dodatkowych postanowień czy opisywania procedur dotyczących czynności wewnętrznych dokonywanych przez Zamawiającego na potrzeby

prowadzonego postępowania. Zespół kontrolujący musi bowiem dysponować stosownymi upoważnieniami Zamawiającego, a sam fakt, przebieg oraz wynik wizytacji w placówce musi być stwierdzony na piśmie, gdyż to po stronie Zamawiającego będzie spoczywał ewentualny dowód braku spełnienia wymagań w kontrolowanej placówce.

Odnosząc się zarzutu braku jawności prowadzonej przez Zamawiającego wizytacji, na tym etapie nie może być mowy o arbitralności oceny przez Zamawiającego spełniania warunku przedmiotowego, gdyż żadne postanowienie SIWZ nie zastrzega dla Zamawiającego możliwości dokonania arbitralnej oceny. Wyrażona w art. 8 Pzp zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie została w żaden sposób ograniczona w SIWZ, skoro Zamawiający nie zastrzegł braku możliwości dostępu wykonawcy do dokumentacji postępowania.

Odnosząc się do kwestii szczegółowych, Izba wskazuje, że niezasadne jest uczestnictwo wykonawcy w losowaniu wybranych placówek oraz informowanie o planowanej wizytacji, gdyż zniweczyłoby to celowość prowadzonej weryfikacji. Z tego samego względu nie ma uzasadnienia udział wykonawcy w wizytacji placówek. Czynność badania i oceny składanych w ofercie oświadczeń wykonawcy jest zastrzeżona dla Zamawiającego. Ponadto, skoro Zamawiający nie określił w SIWZ, czy placówki mają być otwarte w konkretnych godzinach, to znaczy, że przy wykonywaniu czynności kontroli musi respektować godziny otwarcia danych placówek.

Nadto, zauważyć należy, że podstawy faktyczne odrzucenia oferty nie mogą budzić żadnych wątpliwości, a zatem okoliczności podnoszone przez Zamawiającego na niekorzyść wykonawcy w wyniku oceny wykazu placówek i spełnienia przez nie wymagań SIWZ muszą być należycie udowodnione przez Zamawiającego. Niewątpliwie, brak odebrania jednego połączenia nie stanowi niezbitego dowodu na potwierdzenie faktu, że dana placówka nie posiada czynnego telefonu. Izba uznała za niezasadne w tym zakresie formułowanie w SIWZ szczegółowej procedury oceny, czy placówka posiada działający telefon. Kwestia ta, podobnie jak inne wymagania Zamawiającego są sprawdzalne w racjonalny i obiektywny sposób, i to właśnie te zasady muszą być uwzględnione przez Zamawiającego przy ocenie rzetelności oświadczeń złożonych przez wykonawcę w ramach wykazu posiadanych placówek pocztowych.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

14

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....

15