

WYROK
z dnia 27 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk
Członkowie: Honorata Łopianowska
Jolanta Markowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2015 r., przez **Odwołującego – InPost S.A., ul. Malborska 130, 30-624 Kraków**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Starostwo Powiatowe w Poznaniu, ul. Jackowskiego 18, 60-509 Poznań**,

przy udziale **Poczty Polskiej S.A., ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00-940 Warszawa** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki dla zamówienia na świadczenie powszechnych usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym,**
2. kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Starostwo Powiatowe w Poznaniu – prowadzi na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem jest świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszeniem o dobrowolnej przejrzystości ex ante zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 6 listopada 2015 r., pod nr: 2015/S 215-393052.

W dniu 13 listopada 2015 r. Odwołujący – InPost S.A. z siedzibą w Krakowie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem czynności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1a Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego

traktowania wykonawców przez bezpodstawny wybór trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki (tj. uznanie, że usługi mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze).

Na podstawie powyższego zarzutu Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności obejmującej wybór trybu zamówienia z wolnej ręki, a w przypadku gdyby umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta – unieważnienie umowy, oraz o zwrot kosztów postępowania odwoławczego w zakresie wniesionego wpisu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący dla wykazania bezpodstawności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki wskazał m.in., że zgodnie z dyspozycją art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy PZP zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie przywołanego przepisu uzależnione jest od kumulatywnego zaistnienia dwóch przesłanek: możliwości realizacji zamówienia wyłącznie przez jednego wykonawcę oraz obiektywnych, technicznych przyczyn uniemożliwiających wykonanie zamówienia przez innych wykonawców. Zastosowanie trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy uwarunkowane jest szczególnym charakterem danego zamówienia, jego specyficznymi cechami technicznymi powodującymi, że na rynku nie występuje więcej niż

3

jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie, czyli istnieje faktyczny monopol na rynku danych dostaw, usług czy robót budowlanych. Za niewystarczające dla ziszczenia się tej przesłanki należy uznać wykazanie, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej, bądź w najszerszym zakresie. Zamawiający winien wykazać, że wykonawca, któremu powierzył realizację zamówienia z wolnej ręki jest wykonawcą, który z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze jako jedyny może wykonać dane zamówienie publiczne." (wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2012 r. (znak sprawy: KIO/KD 73/12). Zamawiający zobowiązany jest więc „wykazać zaistnienie "przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze", które uniemożliwiają udzielenie określonego zamówienia innemu podmiotowi, przy czym powołanie się na tą przesłankę musi być poparte rzeczywistym monopolem danego wykonawcy na realizację danego zamówienia. Okolicznością uzasadniającą zastosowanie tej przesłanki nie może być subiektywne przekonanie zamawiającego, że tylko jeden wskazany przez niego wykonawca daje gwarancję wykonania tego konkretnego zamówienia. Zastosowanie trybu z wolnej ręki w celu udzielenia zamówienia ma charakter wyjątkowy i musi być wykorzystywane z ostrożnością, a ziszczenie się przesłanek uprawniających do zastosowania przedmiotowej instytucji winno być wykazane w sposób niebudzący wątpliwości - nie mogą istnieć żadne wątpliwości co do tego, że na rynku funkcjonuje wyłącznie jeden podmiot, który może wykonać określone zamówienie." (wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2014 r. (KIO/KD 37/14).

Odwołujący argumentował, że art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy PZP, nie znajduje zastosowania w przedmiotowej sprawie, gdyż nie zachodzi tu żadna z dwóch, wskazanych wyżej przesłanek (tj. 1) możliwość realizacji zamówienia wyłącznie przez jednego wykonawcę oraz 2) obiektywne, techniczne przyczyny uniemożliwiające wykonanie zamówienia przez innych wykonawców), jako że:

- a) zgodnie z ugruntowanym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 2184/13, KIO 2160/14, KIO 2601/14) przedmiot świadczenia wskazany przez Zamawiającego w treści ww. ogłoszenia - tj. świadczenie usług pocztowych polegających na przyjmowaniu nadawanych przesyłek listowych, paczek pocztowych i druków bezadresowych w tym również przesyłek rejestrowanych i przesyłek kurierskich w obrocie krajowym i zagranicznym, przemieszczania i doręczania ich adresatom, dokonywania ewentualnych zwrotów przesyłek niedoręczonych oraz prowadzenia postępowania reklamacyjnego zgodnie z ustawą z 23.11.2012 Prawo pocztowe - może być świadczony także przez innych operatorów pocztowych, aniżeli operator wyznaczony (i co istotne, od dawna jest świadczony, na rzecz szeregu podmiotów publicznych, jak sądy, prokuratury i jednostki samorządu terytorialnego);
- b) Zamawiający wprost w treści określenia przedmiotu zamówienia na świadczenia w sposób oczywisty wykonywane przez większą liczbę wykonawców obecnych na rynku usług pocztowych (jak przyjmowanie nadawanych przesyłek listowych, paczek pocztowych i druków

4

bezaadresowych w tym przesyłek kurierskich w obrocie krajowym i zagranicznym, przemieszczania i doręczania ich adresatom). Przykładowo trudno uznać, by monopolem Poczty Polskiej S.A. były objęte przesyłki kurierskie.

c) nawet jeśli odwołać się do istnienia monopolu Poczty Polskiej S.A. na wykonywanie części usług to jest tzw. przesyłek terminowych, to treść zacytowanych przez Zamawiającego przepisów prawa, tj. art. 57 § 5 pkt 2 ustawy z 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, art. 165 § 2 ustawy z 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego; art. 83 § 3 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi; art. 198b ust 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych nie może być uznana za „techniczna przyczynę uniemożliwiająca wykonanie zamówienia przez innych wykonawców”, gdyż służy ona wyłączenie stron i uczestnikom postępowań celem dochowania terminów procesowych (a nie organom administracji publicznej kierującym pisma do stron i uczestników), a przyjęcie takiej interpretacji - na co wskazała także Krajowa Izba Odwoławcza w cytowanym orzecznictwie - podważałoby celowość liberalizacji rynku usług pocztowych, dokonanej w wyniku implementacji do krajowego porządku prawnego dyrektywy 2008/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lutego 2008 r. zmieniającej dyrektywę 97/67/WE.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał na fragmenty orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2013 r. (KIO 2184/13), w którym Izba wypowiedziała się w kwestii „skuteczności doręczeń” i „mocy nadania” (znamienny jest fakt, iż po zapadnięciu przytoczonego wyroku, w kolejnym, toczącym się obecnie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług pocztowych dla sądów powszechnych, zamawiający zrezygnował z ww. wymogów). Odwołujący stwierdził także, że abstrahując już nawet od jednoznacznej tezy ww. wyroku w brzmieniu: „Dla zabezpieczenia interesów jednostek prokuratury i sądownictwa, w zakresie ich obowiązku związanego z doręczeniami, nie jest konieczne korzystanie z instytucji potwierdzenia nadania posiadającego status dokumentu urzędowego. Wymóg ten, biorąc pod uwagę skutek w postaci całkowitej eliminacji konkurencji w postępowaniu, godzący w naczelne zasady systemu zamówień publicznych, jest nadmierny i prowadzi do zachwiania równowagi pomiędzy wskazanymi zasadami a potrzebami podmiotu zamawiającego.”, KIO podkreśliła, że w odniesieniu do znaczenia i istoty potwierdzenia nadania przesyłki za pośrednictwem operatora wyznaczonego, o której mowa w art. 17 ustawy Prawo pocztowe, wskazać należy, iż powyższe domniemanie prawne ma służyć wyłącznie stronom i uczestnikom postępowań celem dochowania terminów procesowych (a nie organom administracji publicznej kierującym pisma do stron i uczestników). Na powyższe wskazuje jednoznacznie treść art. 57 § 5 pkt 2 ww. ustawy Kodeks postępowania administracyjnego, art. 165 § 2 ww. ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz art. 83 § 3 ww. ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Powyższe

5

przepisy odnoszą się bowiem do czynności dochowania terminów procesowych, co jednoznacznie wynika z miejsca, w jakim zostały one umiejscowione w ww. aktach prawnych i służą one zabezpieczeniu interesów stron i uczestników tychże postępowań. Przepisy te gwarantują dochowanie terminów dla stron i uczestników już w momencie nadania pisma procesowego u operatora, który posiada status operatora wyznaczonego, i tylko w tym zakresie korzystanie z tej gwarancji jest uzasadnione celem zapewnienia pewności obrotu prawnego - gwarancja ta nie służy jednak organom ochrony prawa jakimi są sądy, prokuratury oraz organy administracji publicznej, w tym jednostki samorządu terytorialnego. Jak bowiem wynika choćby z treści przepisu art. 39 ww. ustawy Kodeks postępowania administracyjnego „Organ administracji publicznej doręcza pisma za pokwitowaniem przez operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529), przez swoich pracowników lub przez inne upoważnione osoby lub organy”. Zatem ustawodawca, celem wywołania skutku polegającego na rozpoczęciu biegu terminów procesowych dla stron i uczestników postępowania, nie wymaga doręczenia ich przez organ administracji publicznej przy pomocy operatora wyznaczonego, lecz za wystarczające uznaje doręczenie dokonane przez operatora pocztowego. Analogiczne regulacje znajdują się w przepisach regulujących procedurę cywilną, sądowo-administracyjną, karną i w sprawach o wykroczenia (odsyłających do uregulowań KPK), w częściach odnoszących się do doręczeń.

Odwołujący argumentował, iż powyższe wskazuje, że o skuteczności doręczenia pisma kierowanego przez organ do strony decyduje treść potwierdzenia odbioru, a nie potwierdzenia nadania. Obowiązujące przepisy nie różnicują mocy dowodowej dokumentów potwierdzenia

odbioru w zależności od tego czy wydaje je operator wyznaczony czy inny operator pocztowy. Potwierdzenie odbioru czy też zwrotne potwierdzenie odbioru wystawione przez Poczta Polską S.A. (operatora wyznaczonego) ma dokładnie taka sama moc jak potwierdzenie odbioru czy zwrotne potwierdzenie odbioru wystawione przez innego operatora pocztowego, w tym Odwołującego. Dotyczy to także potwierdzeń odbioru czy zwrotnych potwierdzeń odbioru wystawianych przez operatorów w ramach doręczania przesyłek nadawanych przez organy administracji czy jednostki samorządowe w trybie KPA, na co jednoznacznie wskazuje treść rozdziału 8 ustawy KPA („Doręczenia”).

Na marginesie powyższego, dla podkreślenia wskazanej wyżej argumentacji, Odwołujący wskazał również na treść art. 244 § 1 KPC, stanowiącego, iż: „Dokumenty urzędowe, sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania, stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone.” (analogiczne rozwiązanie zawierają przepisy ustawy Kodeks postępowania administracyjnego, gdzie w art. 76 § 1 zostało wskazane, że: „Dokumenty urzędowe sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy państwowe w ich zakresie działania stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo stwierdzone”).

6

Wskazane przepisy kreują domniemanie prawne, które należy odczytywać w ten sposób, iż aby uznać dany dokument za urzędowy muszą zostać spełnione trzy podstawowe przesłanki. Po pierwsze dokument urzędowy winien zostać sporządzony w przepisanej formie - a więc formie wynikającej z powszechnie obowiązujących przepisów, lub w przypadku gdy przepisy nie regulują tej kwestii, z przepisów wewnętrznych danego organu (regulaminów, zarządzeń, uchwał itp.). Po drugie dokument winien być sporządzony przez podmiot uprawniony do jego sporządzenia, co jednocześnie koresponduje z trzecim warunkiem, iż sporządzenie dokumentu winno się mieścić w kognicji danego organu, tj. winno mieścić się w ustawowo określonym obszarze jego działania. Dokument spełniający ww. warunki posiada walor dokumentu urzędowego i korzysta z domniemania prawdziwości jego treści z rzeczywistym stanem rzeczy - czy to prawnym, czy też faktycznym, co dotyczy też daty jego sporządzenia, bądź wydania.

Co więcej, Odwołujący wskazał, że w ocenie Izby (vide KIO 2184/13) z powyższego domniemania korzysta także, tzw. zbiorcza książka nadawcza, która ze względu na jej treść, ustaloną przepisami formę, podmiot sporządzający, ma walor dokumentu urzędowego i tym samym nie jest konieczne stosowanie dodatkowego wzmocnienia w oparciu o instytucję uregulowaną w art. 17 ustawy Prawo pocztowe.

Jeżeli zaś chodzi o niezwykle wąski katalog spraw, w których to organ administracji publicznej jest stroną postępowania, Odwołujący podkreślił, że alternatywni operatorzy pocztowi (tj. niemający statusu operatora wyznaczonego), w przypadku nadawania tzw. „przesyłek terminowych”, tj. przesyłek z których nadaniem za pośrednictwem operatora wyznaczonego ustawodawca wiąże skutek w postaci domniemania wniesienia pisma bezpośrednio do sądu, bądź organu administracji publicznej, korzystają z tzw. „trybu pośłańca”. Stosownie do powyższego, alternatywny operator pocztowy jest podmiotem dokonującym czynności nadania przesyłki u operatora wyznaczonego, ale czyni to w imieniu i na rzecz zamawiającego. Należy zresztą wskazać, iż rozwiązanie to kilkakrotnie było oceniane przez Krajową Izbę Odwoławczą jako jedyne rozwiązanie dostępne obecnie na rynku usług pocztowych, zapewniające udział innych operatorów pocztowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w których zamawiający przewiduje nadawanie przesyłek terminowych (KIO 2601/14, KIO 2160/14). Jak przykładowo zauważała Izba w wyroku z dnia 31 października 2014 roku sygn. KIO 2160/14: „Po pierwsze - w odpowiedzi na pytanie nr 3 Zamawiający w wyjaśnieniach treści s.i.w.z. z 22 sierpnia 2014 r. dopuścił możliwość, aby wykonawca zamówienia odbierał przesyłki od Zamawiającego i przekazywał je do nadania w placówce operatora wyznaczonego. Po drugie - InPost skorzystał z tej możliwości i wskazał wprost w ofercie, że w zakresie dotyczącym przesyłek wymagających zachowania terminu w dacie nadania, doręczanych w przypadkach przewidzianych w kpc, kpk, kpa i Ordynacji podatkowej, zamierza powierzyć wykonywanie zamówienia operatorowi wyznaczonemu. Po

7

trzecie - ponieważ Poczta Polska jako operator wyznaczony ma obowiązek świadczenia powszechnych usług pocztowych, nie może odmówić przyjęcia takich przesyłek nadawanych

fizycznie przez InPost w imieniu i na rzecz Zamawiającego. (...) Poczta Polska podnosiła, że rozwiązanie zaakceptowane przez Zamawiającego narusza art. 29 ust. 2 pzp, a zatem przepis odnoszący się do opisu przedmiotu zamówienia. Aktualnie zaś, pomimo dopuszczenia przez Zamawiającego doręczania wąskiej kategorii przesyłek przez wykonawcę zamówienia za pośrednictwem operatora wyznaczonego, forsuje taką interpretację s.i.w.z., jakby takiego rozwiązania nie dało się zastosować z uwagi na status Poczty Polskiej jako operatora wyznaczonego. Interpretacji takiej nie sposób zaakceptować, gdyż prowadziłoby to do wniosku, że całe postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego jest fikcją, gdyż przedmiotowe zamówienie może zostać udzielone wyłącznie Poczcie Polskiej. Przede wszystkim w oczywisty sposób jest to sprzeczne z intencją Zamawiającego uzewnętrzniona w postaci dokonywanych w toku postępowania zmian i wyjaśnień treści s.i.w.z., które konsekwentnie zmierzały do rzeczywistego otwarcia prowadzonego postępowania na konkurencję, a co Poczta Polska bezskutecznie usiłowała zablokować". Do tożsamych wniosków Izba doszła w wyroku w sprawie o sygn. KIO 2601/14: „Izba konsekwentnie stoi na stanowisku, iż dopuszczenie nawet w ramach wyjaśnień treści s.i.w.z. wykonania części zamówienia dotyczącej przesyłek specjalnych jako tzw. usługi pośrednictwa umożliwia złożenie oferty przewidującej wykonanie zamówienia w taki sposób i nie powoduje jej niezgodności z treścią siwz. Zamawianym / dopuszczonym w ramach przedmiotu zamówienia jest świadczenie polegające na odebraniu przesyłek specjalnych od zamawiającego, ich zanieśenie do placówki Poczty Polskiej i ich nadanie jako przesyłek w imieniu zamawiającego jako przesyłki zamawiającego. (...) Przedmiotem zamówienia przestaje być w tym przypadku jedynie świadczenie usług pocztowych, ale wykonawcy część zamówienia mogą wykonać również w inny, dopuszczony przez zamawiającego, sposób, przy którym osiągnięte zostaną wszystkie cele zamówienia oraz zachowane zostaną zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikające z przepisów ustawy. (...) przedmiotowe odwołanie jest kolejną dokonywaną w ramach środków ochrony prawnej próbą Odwołującego [Poczty Polskiej] zmierzającą do niedopuszczenia do udzielenia zamówienia na usługi pocztowe wykonawcom innym, niż operator wyznaczony”.

Zgodnie z jednolitym poglądem wyrażanym zarówno przez Poczta Polską S.A. jak i orzecznictwo, czynność operatora alternatywnego obejmująca nadanie przesyłki u operatora wyznaczonego w imieniu i na rzecz zamawiającego nie jest usługą pocztową, a usługą pośrednictwa w nadawaniu przesyłek (przesyłka nie jest nadawana w sieci pocztowej operatora alternatywnego, vide: KIO 2601/14, KIO 2160/14, KIO 1362/13, Sąd Okręgowy w Gliwicach sygn. akt X Ga 287/13). Jak dodaje Izba (KIO 2601/14): „w takim przypadku stronami usługi pocztowej w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe, są Zamawiający i operator

8

wyznaczony. Przy czym Poczta Polska nie jest żadnym podwykonawcą części przedmiotu zamówienia, który zakontraktują Zamawiający i InPost, a których łączył będzie w tym przypadku inny stosunek umowny dotyczący usług polegających na zanoszeniu przesyłek Zamawiającego na Poczta, nadawaniu ich i opłacaniu”. Jak podkreślała przy tym Izba w tym samym wyroku: „Niestety za dopuszczeniem obsługi przesyłek specjalnych w taki sposób nie następowały żadne postanowienia lub modyfikacje SIWZ dostosowujące całość postanowień specyfikacji do tego typu rozszerzenia przedmiotu zamówienia i eliminujące wszelkie wątpliwości, co do jego wariantowego charakteru, sposobu jego wykonywania oraz rozliczania”. Jak przy tym słusznie podnoszono w piśmie Prezesa UZP zawierającego informację o ustaleniach w trakcie kontroli postępowania prowadzonego przez Miasto Lublin: „uzależnienie możliwości świadczenia usług pocztowych przez operatora innego niż operator wyznaczony w zakresie tzw. przesyłek terminowych od zawarcia z operatorem wyznaczonym pisemnej umowy o współpracy w rozumieniu Prawa pocztowego ograniczyło konkurencję w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem zawarcie takiej umowy uzależnione jest tylko od woli operatora wyznaczonego. Zatem operator pocztowy który nie miał zawartej umowy o współpracę z operatorem wyznaczonym lub przyrzeczenia zawarcia takiej umowy, w istocie nie mógł złożyć niepodlegającej odrzuceniu oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest zatem zasadnym w szczególności żądanie zawarcia przez operatora alternatywnego umowy z Poczta Polską S.A. na podstawie art. 35 ustawy Prawo pocztowe”. Odwołujący wskazał następnie, że jak podkreśla Izba: „Z naruszeniem art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) mamy do czynienia w sytuacji, gdy zamawiający określa w SIWZ wymagania dotyczące

przedmiotu zamówienia w taki sposób, że ich spełnienie jest uzależnione wyłącznie od woli innego podmiotu (innego wykonawcy), a nie od czynników obiektywnych, co stawia zarazem tego wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych, a jednocześnie ogranicza możliwość uzyskania zamówienia przez innych wykonawców”.

Abstrahując od braku zasadności żądania zawarcia takiej umowy między operatorami pozostającymi w stosunku konkurencji, Odwołujący podkreślił, że nawet zawarcie takiej umowy nie wywoła określonych ustawą skutków. Dla wywołania skutków w postaci zachowania terminu, czy wniesienia pisma do sądu, przesyłka musi być nadana w placówce operatora wyznaczonego. Tymczasem z art. 35 Prawa pocztowego wynika, że umowa o współpracę pomiędzy operatorami pocztowymi dotyczy dalszego przekazania przesyłki do doręczenia (przesyłka jest nadawana w sieci operatora alternatywnego, a następnie przekazywana do sieci operatora wyznaczonego). Nie jest możliwe dwukrotne nadanie tej samej przesyłki, w ramach tej umowy nie powstaje zatem nadanie przesyłki i nie może być spełniony skutek zachowania terminu/wniesienia pisma do sądu.

9

Reasumując, Odwołujący argumentował, że Poczta Polska S.A. nie jest w takim przypadku podwykonawcą operatora alternatywnego, a sama usługa pośrednictwa nie jest usługą pocztową. Zarazem zamawiający nie może wymagać od wykonawcy posiadania umowy zawartej z operatorem wyznaczonym (art. 35 Prawa pocztowego). Wynagrodzeniem operatora alternatywnego jest w przypadku świadczenia usługi pośrednictwa jest suma kosztów nadania przesyłki w placówce operatora wyznaczonego oraz własny narzut. Skoro zarazem mamy do czynienia z usługą „niepocztową” której koszt stanowi częściowo wynagrodzenie uiszczane operatorowi wyznaczonemu, kluczowego znaczenia dla w zakresie jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia w takim przypadku nabiera rzetelne określenie ilości takich przesyłek (należy przypomnieć iż są te jedynie przesyłki wymagające urzędowego potwierdzenia terminu nadania, np. apelacja - zwyczajowo jest to nie więcej niż 5% przesyłek nadawanych u zamawiających), a także określenie zasad dokonywania rozliczeń. Przyjęcie, iż operator alternatywny ma obowiązek pośrednictwa w wykonywaniu nieograniczonej lub też znacząco zawyżonej liczby przesyłek terminowych zamyka postępowanie na konkurencyjność (cena operatora alternatywnego musi uwzględniać bowiem cenę cennikową - bez upustu - operatora wyznaczonego oraz własny narzut).

Jednocześnie, odnosząc się do nazwy przedmiotu zamówienia wskazanej przez Zamawiającego, w brzmieniu: „Świadczenie powszechnych usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym” Odwołujący podniósł, że ustalony w ustawie Prawo Pocztove status operatora wyznaczonego nie jest uprawnieniem, a obowiązkiem, na co literalnie wskazuje treść art. 45 i art. 46 ustawy Prawo pocztowe: „Do usług powszechnych zalicza się świadczone w obrocie krajowym i zagranicznym w ramach obowiązku, o którym mowa w art. 46 [...] oraz „ 1. Do świadczenia usług powszechnych na terytorium całego kraju jest obowiązany operator wyznaczony. 2. Obowiązek, o którym mowa w ust. 1, obejmuje świadczenie usług powszechnych.

Na gruncie ustawy Prawo pocztowe, ustalającej status operatora wyznaczonego i zasady jego funkcjonowania nie można zatem mówić o uprawnieniach tego operatora, gdyż świadczenie powszechnych usług pocztowych jest wyłącznie obowiązkiem. Konstrukcja ta ma uzasadnienie systemowe, bowiem przyznanie operatorowi pocztowemu również uprawnień, które wynikałyby z posiadania statusu operatora wyznaczonego, stanowiłoby naruszenie pozycji rynkowej innych operatorów pocztowych i - co zostało już wskazane - podważało celowość liberalizacji rynku usług pocztowych, dokonanej w wyniku implementacji do krajowego porządku prawnego dyrektywy 2008/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lutego 2008 r. zmieniającej dyrektywę 97/67/WE.

Reasumując, w ocenie Odwołującego Zamawiający dopuścił się także rażącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

10

W odpowiedzi Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu zajętego stanowiska Zamawiający wskazał, że zamierza udzielić zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług pocztowych, a postępowanie obejmuje swoim zakresem m.in. doręczanie przesyłek („zwanych dalej przesyłkami sądowymi”) w postępowaniach

cywilnych, karnych, administracyjnych oraz przed sądami administracyjnymi, których stroną lub uczestnikiem będzie Starosta Poznański, w tym działający za Skarb Państwa lub za Powiat Poznański. Podniesiono następnie, że obowiązujące przepisy prawa różnicują skutki prawne związane z wniesieniem pisma w toku postępowania sądowego czy administracyjnego, w zależności od tego, u jakiego operatora pocztowego przesyłka je zawierająca została nadana. Wskazano, że zgodnie z art. 57 § 5 pkt 2 ustawy Kodeks postępowania administracyjnego termin uważa się za zachowany, jeżeli przed jego upływem pismo zostało nadane w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe. W myśl art. 165 § 2 ustawy Kodeks postępowania cywilnego oddanie pisma w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego, w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe lub w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu. Stosowanie do art. 83 § 3 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi oddanie pisma w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe lub w polskim urzędzie konsularnym jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu. Przepis art. 198b ust. 2 zdanie 2 ustawy Pzp stanowi z kolei, że złożenie skargi w placówce operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe jest równoznaczne z jej wniesieniem.

Zamawiający wskazał, że z powyższych przepisów wynika, iż wyłącznie w razie przesyłania korespondencji do organu prowadzącego dane postępowanie za pośrednictwem operatora wyznaczonego dla nadawcy nie jest istotne, w jakiej dacie przesyłka ta zostanie faktycznie doręczona do organu (w szczególności, czy nastąpi to przed upływem wyznaczonego terminu), ale w jakiej dacie została nadana. Podkreślono przy tym, że operatorem wyznaczonym, na podstawie art. 74 zdanie 2 ustawy Prawo pocztowe, zgodnie z decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 30 czerwca 2015 r. wybrana została na okres od 01.01.2016 r. do 31.12.2025 r. Poczta Polska.

Argumentowano także, że powyższe przepisy dotyczą sytuacji, w których nadawcą przesyłki jest strona postępowania (lub jego uczestnik), a nie organ prowadzący postępowanie. Organ prowadzący postępowanie (np. sąd) może korzystać z usług dowolnego operatora pocztowego. Jednakże strona lub uczestnik postępowania tylko nadają korespondencję u operatora wyznaczonego ma pewność zachowania wyznaczonych terminów i uniknięcia negatywnych skutków prawnych związanych z ich przekroczeniem na skutek doręczenia korespondencji przez innego operatora do organu prowadzącego postępowanie po upływie terminu. Oznacza to, że w sytuacji, gdy Zamawiający (a właściwie

11

Powiat Poznański lub Starostwa Poznański, w tym działając za Skarb Państwa) występuje w sprawie jako strona lub uczestnik postępowania (a nie jako organ je prowadzący), tylko korzystanie z usług operatora wyznaczonego zgodnie z ww. przepisami pozwala na zachowanie wymaganych prawem terminów i należyłą ochronę interesów Powiatu Poznańskiego lub Skarbu Państwa. Nadanie przesyłki u innego operatora jest bowiem możliwe, ale nie będzie równoznaczne z wniesieniem jej do sądu (czy innego organu prowadzącego postępowanie). W takiej sytuacji datą wniesienia korespondencji do sądu będzie jej data doręczenia przez innego operatora do sądu, i to data faktyczna, a nie deklarowana (czy wręcz wymagana) w umowie z innym operatorem. Co więcej, wszelkie konsekwencje uchybienia w dacie doręczenia korespondencji do sądu przez innego operatora będą obciążać wyłącznie Zamawiającego (gdyż nieprawidłowości podmiotu, z którego usług się skorzystało przy doręczaniu korespondencji do sądu, nie wpływają na bieg terminów i nie uzasadniają przywrócenia terminu). W tej sytuacji to na Zamawiającym spoczywać będzie pełne ryzyko związane z niedoręczeniem przesyłki sądowej na czas. Dodatkowo, Zamawiający podkreślił, że w niektórych sytuacjach wręcz niemożliwe może się okazać terminowe złożenie w sądzie korespondencji za pośrednictwem operatora innego niż wyznaczony. W poszczególnych postępowaniach wyznaczane są różne terminy, niekiedy bardzo krótkie (np. 3 lub 7 dniowe). W takim przypadku, zwłaszcza gdy organ prowadzący postępowanie ma siedzibę w innym mieście niż siedziba Zamawiającego, może się okazać, że Zamawiający nie ma żadnej możliwości nadania przesyłki w terminie pozwalającym na przypuszczenie (ale nigdy na pewność), że zostanie doręczona do organu prowadzącego postępowanie przed upływem wyznaczonego terminu. Tymczasem niedochowanie terminów w danym postępowaniu przez jego stronę lub uczestnika może powodować bardzo doniosłe skutki prawne, np. odrzucenie lub zwrócenie pisma (wniosku) złożonego po terminie, a w konsekwencji zapadnięcie niekorzystnego dla Zamawiającego rozstrzygnięcia. W przypadku

sporów cywilnych, również utratą możliwości dochodzenia danego roszczenia (np. w związku z przedawnieniem roszczenia na skutek doręczenia do sądu pozwu po upływie terminu przedawnienia), bądź konieczność zapłaty kwestionowanego przez Zamawiającego roszczenia na rzecz innego podmiotu.

Zamawiający podniósł także, że na mocy art. 17 ustawy Prawo pocztowe, potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej lub przekazu pocztowego wydane przez placówkę pocztową operatora wyznaczonego ma moc dokumentu urzędowego. Powyższy przepis będzie miał znaczenie np. w razie sporu lub wątpliwości co do zachowania terminu obowiązującego w określonym postępowaniu. Tylko potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej wystawione przez operatora wyznaczonego będzie umożliwiało udowodnienie, kiedy pismo zostało złożone, a w konsekwencji zasadniczo ponad wszelką wątpliwość ustalenie, czy termin zachowano, czy też naruszono. Przyznanie faktowi nadania przesyłki u

12

operatora wyznaczonego tak doniosłych skutków prawnych nastąpiło z mocy samego prawa, a nie jest wynikiem uznania Zamawiającego. W związku z powyższym to na skutek stosowania się do obowiązujących przepisów prawa, na Zamawiającym w celu ochrony jego istotnych interesów, spoczywa konieczność korzystania z usług operatora wyznaczonego w odniesieniu do przesyłek sądowych. Ochrona tych interesów nie może bowiem zostać w żaden sposób zapewniona w razie korzystania z usług innych operatorów. Zamawiający korzystając z usług innych operatorów mógłby jedynie zmniejszyć ryzyko tylko w pewnym zakresie, a nie, całkowicie je wyeliminować poprzez dodatkowe czynności lub zastrzeżenia, tj. np.: zastrzeżenie w umowie z innym operatorem pocztowym terminu, w jakim przesyłka ma zostać doręczona – nie zmienia to ryzyka naruszenia interesów Zamawiającego w sytuacji, gdy operator nie doręczy przesyłki w terminie; nadanie przesyłki z wyprzedzeniem – Zamawiający w dalszym ciągu nie ma wpływu na faktyczną długość okresu doręczania przesyłki przez operatora, a ewentualne postanowienie umowne jest jedynie deklaracją, a nie kreowaniem rzeczywistości; umożliwienie wykonawcy będącemu innym operatorem nadania przesyłki w placówce operatora wyznaczonego – w dalszym ciągu nie ogranicza ryzyka związanego z tym, że operator z różnych przyczyn nie nada w terminie przesyłki w placówce operatora wyznaczonego. Ponadto, nie będzie to usługa pocztowa, a inna usługa nie związana z przedmiotem zamówienia, a polegająca de facto na funkcji „pośłańca”, która będzie dodatkowo płatna, co z kolei poddaje pod wątpliwość racjonalność wydatkowania środków publicznych do której Zamawiający jest zobowiązany (art. 50 ustawy o samorządzie powiatowym oraz art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych); wnoszenie przez pracowników Zamawiającego pism bezpośrednio do organów prowadzących postępowanie – jest niemożliwie z uwagi na fakt, że znaczna część postępowań odbywa się poza siedzibą Zamawiającego.

Zamawiający stwierdził, że z powyższych względów w zakresie przesyłek sądowych, ze względu na obowiązujące przepisy prawa, uzasadnione potrzeby Zamawiającego mogą zostać zaspokojone wyłącznie przez korzystanie z usług operatora wyznaczonego. Wskazano następnie, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Udzielając zamówienia z wolnej ręki Zamawiający musi więc wykazać, że zamówienie w ogóle jest w stanie wykonać tylko jeden wykonawca. Zamawiający podkreślił, że w przypadku tego zamówienia spełnione zostały przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Argumentowano, że: 1) cele postępowania (czyli prawidłowe doręczanie korespondencji Zamawiającego, w tym przesyłek sądowych, z zachowaniem terminów obowiązujących w danych postępowaniach) nie mogą być osiągnięte przy zachowaniu konkurencyjności postępowania. Tylko data nadania przesyłki u operatora wyznaczonego jest bowiem równoznaczna z datą wniesienia jej do organu prowadzącego postępowanie, a więc powoduje

13

zachowanie terminu wniesienia pisma bez względu na to, kiedy (i czy) przesyłka zostanie faktycznie doręczona do organu; 2) brak jest możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych, które pozwoliłyby na zabezpieczenie interesów Zamawiającego, również w razie udzielenia zamówienia innemu wykonawcy niż operator wyznaczony; 3) osiągnięcie przez Zamawiającego celu może nastąpić jedynie w razie udzielenia zamówienia operatorowi wyznaczonemu, nie jest zaś możliwe osiągnięcie tego celu w inny sposób; 4) przyznanie

faktowi nadania przesyłki sądowej u operatora wyznaczonego szczególnych skutków prawnych w zakresie daty wyniku wprost z przepisów prawa (czyli jest konsekwencją ustawodawcy, a nie uznania Zamawiającego) – Zamawiający swoimi działaniami nie ma możliwości rozciągnięcia tych skutków na działania innych operatorów, czy też uniknięcia ryzyka związanego z brakiem przyznania tych skutków faktowi nadania przesyłki sądowej u innego operatora; 5) operator wyznaczony jest jedynym wykonawcą, który ze względu na obowiązujące przepisy prawa (a więc z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze) może wykonać zamówienie w odniesieniu do przesyłek sądowych. Zamawiający wskazał jednocześnie, że przedmiot zamówienia obejmuje również inne przesyłki, a więc takie, w których istnieje możliwość ich doręczenia przez operatora innego niż wyznaczony. Zamawiający stwierdził jednak, że konieczna jest w tym zakresie analiza, czy możliwe jest udzielenie całości zamówienia operatorowi wyznaczonemu, czy też konieczny jest podział zamówienia. Podniesiono, że przepisy ustawy Pzp przewidują możliwość udzielenia zamówienia w częściach, ale nie nakładają takiego obowiązku. Oznacza to, że zamawiający ma możliwość udzielenia zamówienia w częściach (w tym stosowania dla poszczególnych części różnych trybów udzielenia zamówienia), ale nie ma takiego obowiązku, nawet gdyby miało to zwiększyć konkurencyjność postępowania (poprzez umożliwienie udziału w postępowaniu większej ilości wykonawców chętnych do realizacji tylko poszczególnych części, a nie całego zamówienia). Zamawiający argumentował przy tym, że w orzecznictwie KIO wskazuje się, że niedokonanie podziału zamówienia w sytuacji, gdy byłby on zgodny z przepisami Pzp możliwy, nie stanowi czynności sprzecznej z przepisami Pzp, wobec czego brak jest możliwości nakazania zamawiającemu dokonania podziału zamówienia. Dokonanie podziału zamówienia pozostawione jest uznaniu zamawiającego (pod warunkiem oczywiście, iż podział nie będzie naruszał przepisów ustawy), który może swobodnie zdecydować, czy udzielić zamówienia w częściach (gdy jest to możliwe), czy też udzielić jednego zamówienia. Jedynie w sytuacji, gdy zamawiający zamierza udzielić jednego zamówienia obejmującego różne, odmienne od siebie świadczenia, które co do zasady mogłyby zostać wykonane odrębnie, przez różne podmioty, i nie dokonuje podziału zamówienia, ani nie dopuszcza składania ofert częściowych, może to zostać uznane za niezgodne z przepisami ustawy.

Zamawiający podniósł następnie, że w niniejszej sprawie, pozostała część zamówienia – poza przesyłkami sądowymi – mogłaby, w razie udzielenia zamówienia w

14

częściach, zostać wykonana przez innych wykonawców, jednakże podzielenie zamówienia na dwie części i udzielenie w konsekwencji dwóch zamówień dwóm różnym wykonawcom, spowodowałoby w takiej sytuacji konieczność ustalenia i stosowania u Zamawiającego dwóch różnych procedur obiegu i wysyłki dokumentów. Zwiększeniu ulec musiałaby ilość pracy i czas pracy pracowników Zamawiającego (de facto doszłoby do podwojenia pracy, gdyż korespondencja musiałaby być segregowana na „sądową” i inną, a każda z tych części poddawana podobnej procedurze wysyłki, tyle tylko że wobec różnych operatorów pocztowych. Zamawiający ponosiłby więc dodatkowe koszty związane z nadawaniem korespondencji za pośrednictwem dwóch różnych operatorów pocztowych w oparciu o dwie różne umowy o zamówienie publiczne. Wiązałoby się to także z koniecznością znaczącej zmiany organizacji pracy u Zamawiającego.

W związku z powyższym, Zamawiający wskazał, że w jego ocenie, brak jest konieczności dokonania podziału zamówienia i udzielania go w dwóch częściach – dotyczącej tzw. przesyłek sądowych i pozostałych przesyłek. Możliwe jest więc udzielenie tego zamówienia w całości jako jednego – operatorowi wyznaczonemu. Uzasadnione to jest również racjonalnymi potrzebami Zamawiającego i koniecznością ochrony jego słuszych interesów, które nie mogą zostać w sposób należyty zabezpieczone stosowaniem innych środków.

Zamawiający podniósł również, że z przytaczanych przez Odwołującego orzeczeń nie wynika, iżby w sytuacji, gdy organ administracji publicznej jest stroną postępowania, co skutkuje koniecznością nadawania tzw. „przesyłek terminowych”, jedynym dostępnym i prawidłowym rozwiązaniem było korzystanie z „trybu posłańca”, tj. doręczanie przesyłek przez wykonawcę zamówienia za pośrednictwem operatora wyznaczonego. Wyroki te zostały wydane w innych stanach faktycznych, a mianowicie możliwość takiego sposobu doręczenia przesyłek przewidział i dopuścił sam zamawiający, co jasno sformułował w treści SIWZ. Zamawiający odwołał się przy tym do orzeczenia zapadłego w sprawie KIO 2184/13 (wyrok z dnia 7 października 2013 r.).

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiła Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. spółkę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania podtrzymali swoje stanowiska.

Zamawiający wskazał przy tym, że wolumen tzw. przesyłek sądowych wynosi ok. 30% przedmiotu zamówienia. Argumentowano jednocześnie, że nawet, gdyby procent ten był niższy to i tak obowiązkiem Zamawiającego byłoby zastosowanie trybu z wolnej ręki, gdyż nadawanie przesyłek terminowych nie jest możliwe przez żadnego innego wykonawcę. Podkreślono, że doręczanie tych przesyłek przez operatora innego niż wyznaczony nie

15

zabezpiecza interesów Zamawiającego oraz, że przepisy prawa stanowią o wymogu doręczania przesyłek przez operatora wyznaczonego i jest to jedyny sposób zabezpieczenia interesów zamawiającego.

Jednocześnie, Zamawiający oświadczył, że w 2012 r. stosował konkurencyjny tryb przetargu, potem jednak dokonał analizy i stosował już tryb z wolnej ręki. Przyznano przy tym, że przepisy, na które Zamawiający obecnie powołał się dla uzasadnienia wyboru trybu z wolnej ręki, obowiązywały również w okresie, kiedy Zamawiający zastosował tryb konkurencyjny. Zamawiający przyznał ponadto, że w opracowanym planie zamówień publicznych, dla wyboru wykonawcy usługi objętej przedmiotowym postępowaniem zostało przewidziane przeprowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, jednak w dacie opublikowania tego planu (31 marca br.) nie było wiadome, czy przepisy się nie zmienia i nie było jeszcze wyboru operatora wyznaczonego, co nastąpiło decyzją Prezesa UKE z dnia 30 czerwca 2015 r. W związku z tą decyzją Poczta Polska S.A., jako operator wyznaczony, jest monopolistą w zakresie przesyłek terminowych. Argumentowano także, że odmienna praktyka innych urzędów lub organów, nie może stanowić argumentu na rzecz Odwołującego, i nie przesądza o tym, że te inne zamówienia – w których zamawiający stosowali konkurencyjny tryb przetargu dla usług takich, jak te objęte tym postępowaniem – były udzielane prawidłowo.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Pismem z dnia 29 października 2015 r. Zamawiający zawiadomił Poczta Polską S.A. z siedzibą w Warszawie, iż na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp zamierza udzielić, w trybie z wolnej ręki, zamówienia publicznego na świadczenie powszechnych usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym, zapraszając jednocześnie ww. wykonawcę do udziału w negocjacjach. Pismem z dnia 29 października 2015 r., Zamawiający poinformował także Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki.

Ogłoszeniem o dobrowolnej przejrzystości ex ante zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 6 listopada 2015 r., pod nr: 2015/S 215-393052.

Dla uzasadnienia wyboru dla przedmiotowego postępowania trybu z wolnej ręki – zarówno w piśmie skierowanym do Prezesa UZP, jak również w treści Ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante – Zamawiający wskazał, że „W związku z koniecznością prawidłowego doręczania korespondencji, wysyłanej w postępowaniach cywilnych, karnych, administracyjnych oraz przed sądami administracyjnymi, w których stroną lub uczestnikiem jest Starosta Poznański działający w imieniu Skarbu Państwa lub Powiat Poznański, wymagane jest przesyłanie jej do organu prowadzącego daną sprawę za pośrednictwem operatora wyznaczonego, którym zgodnie z zapisami art. 178 ust. 1 ustawy z 23.11.2012

16

Prawo pocztowe (tj. Dz. U. z 2012 r., poz. 1529) jest Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa. Operator wyznaczony jest jedynym Wykonawcą, który ze względu na obowiązujące przepisy prawa, czyli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze może świadczyć na rzecz Zamawiającego przedmiotowe usługi. Zgodnie z zapisami:

art. 57 § 5 pkt 2 ustawy z 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego – (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 267 ze zm.);

art. 165 § 2 ustawy z 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (tj. Dz. U. – z 2014 r., poz. 101 ze zm.);

art. 83 § 3 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami – administracyjnymi (t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 270 ze zm.);

art. 198b ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. – z 2013 r., poz. 907 ze zm.);

w razie przesyłania korespondencji do organu prowadzącego dane postępowanie za pośrednictwem operatora wyznaczonego, dla nadawcy nie jest istotne w jakim terminie przesyłka ta zostanie faktycznie doręczona do organu, istotna i decydująca jest data jej nadania. Zgodnie z obowiązującym prawem strona lub uczestnik postępowania tylko nadając korespondencję u operatora wyznaczonego ma pewność zachowania wyznaczonych terminów i uniknięcia negatywnych skutków prawnych związanych z ich przekroczeniem na skutek doręczenia korespondencji przez innego operatora do organu prowadzącego postępowanie po upływie terminu. Nadanie przesyłki u innego operatora nie będzie równoznaczne z wniesieniem jej do sądu lub innego organu prowadzącego postępowanie. Wszelkie konsekwencje uchybienia w dacie doręczenia korespondencji do sądu przez innego operatora będą obciążać wyłącznie Zamawiającego. W związku z powyższym przeprowadzenie niniejszego postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki, zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1a ustawy z 29.1.2004 - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, ze zm.) oraz zaproszenie Poczty Polskiej S.A., z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 2 do wzięcia udziału w negocjacjach należy uznać za zasadne”.

W sekcji II.1.4) Ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante, Zamawiający podał, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych polegających na przyjmowaniu nadawanych przesyłek listowych, paczek pocztowych i druków bezadresowych w tym również przesyłek rejestrowanych i przesyłek kurierskich w obrocie krajowym i zagranicznym, przemieszania i doręczania ich adresatom, dokonywania ewentualnie zwrotów przesyłek niedoręczonych oraz prowadzenia postępowania reklamacyjnego zgodnie z ustawą z dnia 23.11.2012 r. Prawo pocztowe (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1529) na potrzeby Starostwa Powiatowego w Poznaniu.

W Planie zamówień publicznych na 2015 r. Zamawiający przewidział, że na potrzeby realizacji ww. usług zostanie przeprowadzone postępowanie w trybie przetargu

17

nieograniczonego. W 2012 r., dla wyboru wykonawcy realizującego usługi pocztowe na rzecz Zamawiającego, zastosowany został tryb konkurencyjny. W późniejszych latach Zamawiający stosował tryb zamówienia z wolnej ręki (okoliczności przyznane).

Zamawiający nie zawarł dotychczas umowy na realizację przedmiotowej usługi (okoliczność bezsporna).

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Przy rozstrzyganiu sporu Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki uzasadniające zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp, zgodnie z którym zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. W orzecznictwie Izby konsekwentnie wskazywane jest, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie przywołanego przepisu uzależnione jest od kumulatywnego zaistnienia dwóch przesłanek: możliwości realizacji zamówienia wyłącznie przez jednego wykonawcę oraz obiektywnych, technicznych przyczyn uniemożliwiających wykonanie zamówienia przez innych wykonawców. Zastosowanie trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67

ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp uwarunkowane jest szczególnym charakterem danego zamówienia, jego specyficznymi cechami technicznymi powodującymi, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie, tj. istnieje faktyczny monopol na rynku danych dostaw, usług czy robót budowlanych. Uznaje się, że pojęcie "przyczyny techniczne" dotyczy techniki wykonywania jakichś czynności lub sposobu realizacji zamówienia (por. przykładowo: uchwała KIO z dnia 7 maja 2014 r., sygn. akt KIO/KU 39/14 wraz z powołanym tam orzecnictwem).

18

Należy podkreślić, że zasadą w zamówieniach publicznych jest ich udzielanie w tzw. trybach konkurencyjnych. Przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp kreuje wyjątek od zasady określonej w art. 10 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. W ocenie Izby, w niniejszej sprawie, nie zaistniała żadna z przesłanek uprawniających do zastosowania wyjątku, na który powołał się Zamawiający przyjmując tryb z wolnej ręki. Tryb z wolnej ręki, jako wyjątek od tej zasady, może być stosowany tylko w określonych w ustawie przypadkach i to zamawiający ma obowiązek wykazania zasadności skorzystania z przyjętego rozwiązania, co w tej sprawie nie miało miejsca.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że wbrew stanowisku Zamawiającego w sprawie istnieje możliwość realizacji zamówienia przez więcej niż jednego wykonawcę. Przepisy poszczególnych procedur, na które powołał się Zamawiający, nie stanowią o tym, że tylko operator wyznaczony może doręczać przesyłki w postępowaniu prowadzonym przez sąd powszechny bądź administracyjny lub inny organ prowadzący sprawę, w której Zamawiający jest lub może stać się stroną tego postępowania lub jego uczestnikiem. Przywołane przez Zamawiającego przepisy art. 57 § 5 pkt 2 Kpa, art. 165 § 2 Kpc, art. 83 § 3 Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, art. 198b ust. 2 zd. 2 Pzp, nie zawierają tego rodzaju normy prawnej, a jedynie statuują domniemanie, że data nadania pisma w polskiej placówce operatora wyznaczonego jest równoznaczna z datą wniesienia go do adresata (sądu lub innego organu prowadzącego postępowanie administracyjne). Powyższe domniemanie nie może być jednak – jak czyni to Zamawiający – podstawą do przyjęcia, że tylko operator wyznaczony może doręczać przesyłki w postępowaniach sądowych i administracyjnych, w których stroną lub uczestnikiem jest Starosta Poznański. Nie istnieje w tym zakresie jakiegokolwiek monopol, czy wyłączność operatora wyznaczonego. Dla wsparcia powyższej oceny warto przytoczyć tezę Sądu Najwyższego zawartą w postanowieniu z dnia 3 czerwca 2015 r., sygn. akt V CZ 33/15, gdzie Sąd Najwyższy wskazał, iż „Przepis art. 165 § 2 Kpc, określając sytuację, w których wniesienie pisma procesowego w placówkę pocztową jest równoznaczne z jego wniesieniem do sądu ze skutkami w zakresie dochowania terminów procesowych nie ogranicza stron w korzystaniu z usług różnych operatorów pocztowych” (podkreślenie Izby). Sąd Najwyższy wskazał ponadto, że ww. przepis „wiąże natomiast pewien skutek prawny tylko z sytuacją, w której strona korzysta z usług operatora wyznaczonego. O tym, kto jest takim operatorem, nie decyduje kodeks postępowania cywilnego, lecz prawo pocztowe. Zasada wolności działalności gospodarczej nie jest naruszona, gdyż to do strony należy wybór, czy skorzysta z usług Poczty Polskiej ze skutkiem, o którym mowa w art. 165 § 2 k.p.c., czy też z usług innego operatora pocztowego, ale bez tego skutku”.

Skoro, co potwierdza także ww. orzeczenie Sądu Najwyższego, strona nie jest ograniczona w korzystaniu z usług różnych operatorów pocztowych, to nie sposób z art. 165

19

§ 2 Kpc wywodzić istnienia monopolu na doręczanie tzw. przesyłek sądowych, który przynależałby tylko operatorowi wyznaczonemu. W sposób analogiczny powyższą ocenę należy odnieść do pozostałych przepisów podanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Niewątpliwie korzystanie z domniemań wprowadzonych tymi przepisami jest korzystne dla strony lub uczestnika postępowania, a w przypadku podmiotów takich, jak Zamawiający – gdzie wolumen tego rodzaju korespondencji może być stosunkowo znaczny – może dodatkowo przyczyniać się do łatwiejszej i sprawniejszej organizacji pracy. Niemniej jednak wszystkie te okoliczności, niezależnie od tego, jak korzystne z punktu widzenia Zamawiającego, nie mogą być podstawą do tezy o istnieniu monopolu jednego wykonawcy na wykonywanie usług objętych przedmiotem tego

zamówienia.

Nie sposób także uznać, by domniemania, wynikające ze wskazanych przez Zamawiającego przepisów prawa, mogły zostać w ogóle zakwalifikowane do kategorii przyczyn technicznych, uniemożliwiających wykonanie zamówienia innym wykonawcom niż operator wyznaczony. Przepisy te nie mają żadnego wymiaru technicznego, który w dodatku wyłączałby możliwość świadczenia usług, oczekiwanych przez Zamawiającego, przez wykonawców innych niż operator wyznaczony. Zamawiający w sposób subiektywny przyjął założenie, że przepisy te są przyczynami technicznymi, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp, jednak dla tej tezy Zamawiający nie przedstawił żadnej poszerzonej i rzeczowej argumentacji. W ocenie Izby funkcjonujące w systemie prawa domniemanie doręczenia i uznanie przez ustawodawcę, że czynność dokonana za pośrednictwem operatora wyznaczonego jest skuteczna wobec adresata już z chwilą jej dokonania, jest wyrazem szczególnego zaufania, jakie ustawodawca przypisuje podmiotowi będącemu operatorem wyznaczonym, co jednak nie powinno być utożsamiane ze względami technicznymi, do których odnosi się art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp. Domniemanie doręczenia ma walor prawny, a nie techniczny, jest ono wyrazem funkcjonowania w systemie pewnej fikcji prawnej (uznanie daty nadania pisma u operatora wyznaczonego za równoznaczną z datą wniesienia pisma do adresata), a nie przyczyną techniczną związaną ze specyfiką zamówienia, która powodowałaby, że żaden inny wykonawca nie jest w stanie w ogóle wykonać danego zamówienia. To, że przepisy prawa zrównują datę nadania przesyłki u operatora wyznaczonego z datą jego wniesienia, nie tworzy bariery dla samej możliwości wykonywania usługi przez innego wykonawcę, jak również nie przesądza o tym, że usługa ta nie może być wykonywana równie należycie, jak w przypadku, gdy wykonawcą jest operator wyznaczony. Wszystkie argumenty przedstawiane przez Zamawiającego, w tym te odnoszące się do zabezpieczenia interesów Zamawiającego, należało uznać za przesłanki o charakterze racjonalizacyjnym i organizacyjnym, a nie za przesłanki, których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Dla prawidłowego zastosowania ww. przepisu nie jest natomiast

20

wystarczające, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować usługę w sposób najbardziej efektywny i sprawny. Zamawiający musi wykazać, że wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle dane zamówienie wykonać. Subiektywne przekonanie Zamawiającego, że tylko jeden wykonawca daje gwarancję najlepszego wykonania danego przedmiotu zamówienia, nie jest wystarczającym wypełnieniem przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Przyczyny techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określonego wykonawcy, muszą mieć bowiem zasadniczy charakter, tak by można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzezwyciężalny. Konieczne jest zatem wykazanie, że danego zamówienia nie jest w stanie wykonać żaden inny podmiot (por. uchwała z dnia 25 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/KD 16/09; uchwała z dnia 2 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO/KD 37/12; uchwała z dnia 14 stycznia 2014 r. sygn. akt KIO/KD 119/13).

Istnienie domniemania doręczenia w przypadku skorzystania z usług operatora wyznaczonego nie przesądza natomiast o tym, że oczekiwanej przez Zamawiającego usługi nie może wykonywać inny podmiot. W niniejszej sprawie widoczna jest przy tym niekonsekwencja w stanowisku Zamawiającego, który przed liberalizacją rynku usług pocztowych stosował do tożsamyh usług tryb konkurencyjny – co sam przyznał w toku rozprawy przed Izbą – i te same, co obecnie, domniemania, do których odwoływał się w uzasadnieniu zastosowania trybu z wolnej ręki, nie były wówczas dla niego przyczynami technicznymi z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp. Zamawiający przyznał ponadto, że w przyjętym w marcu br. planie zamówień publicznych przewidywał dla tego zamówienia tryb przetargu nieograniczonego. Podanych przez Zamawiającego wyjaśnień, co do podstaw zmiany trybu – mających mieć związek z faktem wydania w czerwcu br. przez Prezesa UKE decyzji o wyborze operatora wyznaczonego – Izba nie uznała za przekonujących i w ogóle odnoszących się do istoty zagadnienia, w szczególności okoliczność braku czy wydania następnie przedmiotowej decyzji nie zmieniła treści norm prawnych zawartych w przepisach poszczególnych procedur, do których następnie odwołał się Zamawiający w uzasadnieniu wyboru trybu z wolnej ręki.

Na marginesie należy także wskazać, że akcentowany przez Zamawiającego argument, iż tylko skorzystanie z usług operatora wyznaczonego pozwoli na najdalej idące

zabezpieczenie interesów Zamawiającego i zniweluje, a wręcz wyeliminuje, ryzyko potencjalnych uchybień terminom w poszczególnych sprawach, musi być postrzegany, jako argument hipotetyczny, gdyż nie jest w chwili obecnej możliwe jednoznaczne i pewne przesądzenie tej kwestii, jak również przesądzenie tego, że inny wykonawca nie wykona zamówienia w sposób gwarantujący w pełni zabezpieczenie interesów Zamawiającego. Przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp muszą natomiast występować bezwzględnie w chwili

21

zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Sam fakt korzystania z usług operatora wyznaczonego nie wyłącza przy tym wszystkich potencjalnych ryzyk mogących mieć wpływ na uchybienie terminom procesowym. Samo nadanie pisma u operatora wyznaczonego może nie mieć żadnego znaczenia procesowego, gdy przykładowo błędnie zostanie wskazany adresat pisma. Należy także podkreślić, że ochronie interesów stron postępowania służy instytucja przywrócenia terminu. Zamawiający jedynie ogólnie wskazał na brak możliwości przywrócenia terminu, gdy uchybienie terminowi będzie skutkiem działań wykonawcy, jednak w tym zakresie nie przedstawił poszerzonej i rzeczowej argumentacji. Brak jest w ocenie Izby podstaw do przyjmowania założenia, że w każdej tego rodzaju sytuacji skorzystanie z dobrodziejstwa instytucji przywrócenia terminu będzie *a limine* wyłączone – gdyż okoliczności uzasadniające przywrócenie bądź odmowę przywrócenia terminu muszą być oceniane *ad casum* przez organy prowadzące daną sprawę. Jednocześnie, w ocenie Izby, skutek w postaci skorzystania z ochrony wynikającej z domniemania doręczenia może być osiągnięty przez Zamawiającego także, gdy zamówienie będzie wykonywał inny operator – wszystko zależy od tego, jak Zamawiający sformułuje warunki przetargu i jakie obowiązki nałoży na wykonawcę usługi.

W sposób krytyczny należało także ocenić sytuację, w której z uwagi na doręczania przesyłek w sprawach, w których to Zamawiający jest stroną postępowania, tryb z wolnej ręki stosowany jest do wszystkich innych przesyłek, co do których nie może być żadnych wątpliwości o możliwości ich doręczenia przez różnych operatorów. Przyjęcie argumentacji Zamawiającego tworzyłoby niebezpieczny precedens nie znajdujący oparcia w przepisach prawa, który jednocześnie uderzałby w sposób istotny w konkurencyjność rynku. W skrajnym przypadku przewidywanie doręczenia nawet jednej przesyłki sądowej, bądź sama możliwość zaistnienia konieczności doręczenia takiej przesyłki, mogłoby stać się dla zamawiających argumentem na rzecz stosowania pozakonkurencyjnego trybu zamówienia dla usług, które niewątpliwie mogą być wykonywane nie tylko przez operatora wyznaczonego.

Reasumując, Izba w całości podzieliła stanowisko i argumentację Odwołującego, uznając ostatecznie, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1a Pzp.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (§ 3 pkt 1 w zw. z § 5 ust. 2 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

22

Mając wszystko powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

23