

WYROK
z dnia 21 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie: Aneta Młacka
Andrzej Niwicki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2012 r. przez wykonawcę **InPost Sp. z o.o., ul. Malborska 130, 30-624 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Skarbowy w Pruszczu Gdańskim, ul. Łukasiewicza 2, 83-000 Pruszcz Gdański**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Urzędowi Skarbowemu w Pruszczu Gdańskim unieważnienie czynności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki oraz dalszych czynności przeprowadzonych w postępowaniu na *świadczenie usług pocztowych zastrzeżonych w obrocie krajowym i zagranicznym*.
2. Kosztami postępowania obciąża Urząd Skarbowy w Pruszczu Gdańskim i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez InPost Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Urzędu Skarbowego w Pruszczu Gdańskim na rzecz InPost Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie kwotę 7 731 zł 80 gr (słownie: siedem tysięcy siedemset trzydzieści jeden złotych osiemdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu o odwołania oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie Izby.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 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 Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....
.....

2

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Urząd Skarbowy w Pruszczu Gdańskim na *świadczenie usług pocztowych zastrzeżonych w obrocie krajowym i zagranicznym*, wobec podjętych przez zamawiającego negocjacji z jednym wykonawcą prowadzonych w trybie zamówienia z wolnej ręki, wykonawca InPost Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej odwołujący), wniósł w dniu 9 marca 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 476/12). O czynnościach zamawiającego odwołujący powziął informację z treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 05.03.2012 r., poz. 65936. Wartość szacunkowa zamówienia wynosi, zgodnie z treścią ogłoszenia 354.700,43 zł., co stanowi równowartość kwoty wyrażonej w euro nie przekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na

podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b), art. 7 ust. 1, art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, których naruszenie wynika z zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki do wyłonienia wykonawcy zamówienia. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki i nakazanie przeprowadzenia przetargu.

W uzasadnieniu faktycznym zarzutów odwołujący podnosił, iż zamawiający nie wykazał wystąpienia którejkolwiek z przesłanek wymienionych w art. 67 ust. 1 ustawy do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki do wyboru wykonawcy mającego świadczyć usługi określone jako „Świadczenie usług pocztowych zastrzeżonych w obrocie krajowym i zagranicznym”.

Wskazana przez zamawiającego w ogłoszeniu podstawa prawna zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wprawdzie dotyczy art. 67 ust. 1 lit a) ustawy, chociaż w uzasadnieniu zamawiający odwołuje się do przesłanki z lit. b) wspomnianego artykułu ustawy, wskazując między innymi, iż „jedynym podmiotem który ze względu na rozwiązania techniczne może świadczyć usługi pocztowe jest operator publiczny Poczta Polska S.A.” Podnosi także, że „z przyczynami technicznymi mamy do czynienia, gdy świadczący usługi ma monopol naturalny na dany typ usługi. Sytuacja taka występuje w dziedzinie usług pocztowych, w których wykonawca ma pozycję monopolisty”. Zamawiający powołuje się ponadto na art. 47 ust. 1 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo pocztowe, z którego rzekomo mają wynikać prawa wyłączne operatora publicznego – Poczty Polskiej S.A. na

3

świadczenie usług pocztowych zastrzeżonych. Odwołujący nie zgadza się z wnioskiem zamawiającego, iż jedynie Poczta Polska S.A. może wykonać przedmiotowe zamówienie, z tej przyczyny, że posiada „monopol naturalny” na świadczenie usług zastrzeżonych (usług pocztowych dla przesyłek o masie do 50 g). Usługi pocztowe zastrzeżone dla operatora publicznego, jakim jest Poczta Polska S.A. mogą być świadczone również przez innych operatorów pocztowych, z tym jednak zastrzeżeniem, że opłaty za takie usługi stosowane przez niepublicznych operatorów pocztowych nie mogą być niższe niż 2,5-krotność opłaty, jaką pobiera operator publiczny za przesyłkę listową najniższego przedziału wagowego najszybszej kategorii. W art. 67 ust. 1 lit. b) ustawodawca posługuje się pojęciem praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, co oznacza, że Poczta Polska S.A. musiałaby posiadać monopol prawny na świadczenie usług zastrzeżonych, a nie faktycznych czy „naturalny”, na jaki powołuje się zamawiający. Zdaniem odwołującego, ewentualnego „monopolu naturalnego” na dany typ usługi nie można na również uznać za przyczynę techniczną o obiektywnym charakterze w rozumieniu art. 67 ust. 1 lit. a) ustawy. Wskazana w przepisie przesłanka ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca – monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi, natomiast nie dotyczy sytuacji, w której obiektywnie rzecz biorąc – w danym miejscu i czasie na rynku istnieją dwóch lub więcej wykonawców, mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi. Odwołując zwrócił uwagę, że przedmiotowe zamówienie dotyczy zarówno przesyłek o wadze do, jak i powyżej 50 g. W tej sytuacji, nawet gdyby Poczta Polska S.A. miała monopol prawny na świadczenie usług pocztowych w zakresie przesyłek o masie do 50 g (któremu istnieniu odwołujący zaprzecza), to przynajmniej na część usług pocztowych będących przedmiotem zamówienia, dotyczących przesyłek o masie powyżej 50 g zamawiający winien udzielić zamówienia w drodze przetargu. Nawet jeżeli przesyłki te mają stanowić niewielką część zamówienia, to nie można wykluczyć, że oferta konkurenta Poczty Polskiej S.A. „całościowo” byłaby bardziej korzystna, przy zaproponowaniu bardzo atrakcyjnej ceny na przesyłki powyżej 50 g, co zwiększałoby szanse na wybór takiej oferty przy konieczności zaproponowania minimalnej ceny na usługi pocztowe zastrzeżone. Zamawiający naruszył art. 10 ust 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż nie wykazał wystąpienia przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i nie zastosował trybu podstawowego, co stanowi o naruszeniu zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Formalnie i zgodnie z prawem, oferty w postępowaniu mogą złożyć także inni operatorzy niż Poczta

Naruszenie przez zamawiającego ww. przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, w którym potencjalnie mogła zostać wybrana (uznana za najkorzystniejszą) oferta innego podmiotu niż Poczta Polska S.A.

W piśmie złożonym do akt sprawy w dniu 15.03.2012 r. i zawierającym odpowiedź na odwołanie, zamawiający wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem, iż operator publiczny Poczta Polska S.A. posiada jedynie monopol „naturalny” (faktyczny) do świadczenia usług zastrzeżonych, nie zaś prawny, co ma wykluczać wystąpienie wskazanych w art. 67 ust. 1 lit a) i b) ustawy przesłanek. Zdaniem zamawiającego, monopol Poczty Polskiej S.A. ma także charakter natury prawnej. Skoro w art. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawodawca wyłącza prawne mechanizmy ochronne konkurencji, dopuszcza przez to praktyki monopolistyczne i tworzy stan faktyczny i prawny, w którym podmiot staje się prawnym monopolistą. Zamawiający odwołał się do treści przepisu ustawy Prawo pocztowe – art. 47 ust. 1 i 2, które konstytuują prawną pozycję monopolisty Poczty Polskiej S.A. Wykładnia językowa i celowościowa tych przepisów pozwala na sformułowanie tezy, iż zastrzeżenie występujące w art. 47 ust. 2 ustawy miało na celu zagwarantowanie operatorowi publicznemu pozycji monopolisty na rynku usług pocztowych dotyczących przesyłek do 50 g. Przywołane przepisy prowadzą do sytuacji uniemożliwiającej innym podmiotom świadczenia usług pocztowych dotyczących przesyłek do 50 g. w cenach niższych od 2,5 krotności od opłaty za przyjęcie, przemieszczenie i doręczenie przesyłki listowej stanowiącej przesyłkę najniższego przedziału wagowego najszybszej kategorii określonej w cenniku powszechnych usług pocztowych operatora publicznego, o którym mowa w art. 51 ust. 4 obowiązującego w danym czasie odpowiednio w obrocie krajowym i zagranicznym. Ustalenie opłaty za przesyłkę do 50 g faktycznie ogranicza, a w zasadzie wręcz uniemożliwia rywalizację innym przedsiębiorcom na rynku usług pocztowych. Ograniczenie prowadzące de facto do wyłączenia konkurencyjności następuje w drodze regulacji ustawowej, co oznacza, że wbrew temu co twierdzi strona odwołująca, w sprawie mamy do czynienia z monopolem o charakterze stricte prawnym.

Zamawiający dodatkowo odwołał się do szczególnego znaczenia usług świadczonych przez Poczta Polską, jaki nadaje art. 57 § 5 pkt 2 kpa, w zakresie ustalenia zachowania terminu przez organ administracji publicznej, dla którego niezbędne jest nadanie pisma w polskim urzędzie pocztowym. Nadanie pisma w placówce pocztowej zagranicznego operatora lub w placówce pocztowej polskiego operatora, ale nie mającego statusu operatora publicznego, przed upływem terminu określonego przepisami kpa, nie prowadzi do zachowania tego terminu, jeżeli adresat otrzymał pismo po tym terminie. Stosownie do art. 45 ustawy Prawo pocztowe moc dokumentu urzędowego ma wyłącznie potwierdzenie nadania przesyłki

rejestrowej lub przekazu pocztowego wydanego przez placówkę Poczty Polskiej. Chociażby z tego względu, na rynku istnieje wyłącznie tylko jeden podmiot, który może świadczyć usługi wskazane w przedmiocie zamówienia w sposób odpowiadający normie art. 45 u.p.p. i specyfice działania zamawiającego jako organu publicznego realizującego m.in. zadania fiskalne Skarbu Państwa.

Zamawiający wyjaśnił, iż według jego szacunków wartość powszechnych usług pocztowych, jakie mógłby wykonać odwołujący zawiera się w kwocie 16.712,51 zł., co wskazuje, iż do tych usług nie miałyby zastosowania przepisy ustawy (na podstawie art. 4 ust. 8 ustawy Pzp.). Stąd zarzut dotyczący konieczności przeprowadzenia postępowania przetargowego zamawiający uznał za chybiony. Przyjmując hipotetycznie, że zamawiający winien był wyłączyć spod zamówienia z wolnej ręki świadczenie powszechnych usług pocztowych, to takie ewentualne uchybienie nie miałoby wpływu na rozstrzygnięcie postępowania (a więc wpływu na wynik postępowania) o udzielenie zamówienia z wolnej ręki wobec różnicy w wielkościach zamówień i pozycji monopolisty prawnego Poczty Polskiej S.A.

pełnomocników stron, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła i zważyła co następuje.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, stwierdzając w szczególności, że zostało ono wniesione w terminie określonym w art. 182 ust. 4 pkt 1 ustawy tj. przed upływem 30 dni od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z uzasadnieniem.

Jak wynika z treści ogłoszenia, zamawiający prowadził procedurę negocjacyjną w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 a ustawy Prawo zamówień publicznych, co uzasadnił stwierdzeniem, iż *jedynym podmiotem, który ze względu na rozwiązania techniczne może świadczyć usługi pocztowe jest operator publiczny POCZTA POLSKA S.A.. Z przyczynami technicznymi mamy do czynienia, gdy świadczący usługi ma monopol naturalny na dany typ usług. Sytuacja ta występuje w dziedzinie usług pocztowych, w których wykonawca ma pozycję monopolisty. Z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, tj. zgodnie z art. 47 ust. 1 Ustawy z dnia 12 czerwca 2003r. Prawo pocztowe (tj. Dz. U. z 2008 r. Nr 189 poz. 1159 z późn. zm.) – Operatorowi publicznemu przysługuje wyłączność, z zastrzeżeniem ust. 2, świadczenia usług pocztowych, zwanych dalej /usługami zastrzeżonymi/, polegających na: 1) przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu w obrocie krajowym: a) przesyłek z*

6

korespondencją, b) przesyłek reklamowych, c) przesyłek innych niż wymienione w lit. a i b, nadanych w sposób uniemożliwiający sprawdzenie zawartości o masie nieprzekraczającej granicy wagowej, o której mowa w ust. 4; 2) przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu w obrocie zagranicznym przesyłek o masie nieprzekraczającej granicy wagowej, o której mowa w ust. 4; 3) przyjmowaniu i doręczaniu w obrocie krajowym i zagranicznym przesyłek z korespondencją, o ile w procesie przyjmowania lub doręczania stają się one przesyłkami o masie nieprzekraczającej granicy wagowej, o której mowa w ust. 4. Zgodnie z art. 47 ust. 4 cyt. ustawy granica wagowa usług zastrzeżonych wynosi 50 g.

W przytoczonym uzasadnieniu zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki zamawiający odwołuje się faktycznie do przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych. Naruszenie obu przesłanek zostało objęte zarzutami odwołującego i w tym zakresie podlegało ocenie Izby.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1a i b, art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 1 i 2 ustawy pzp, Izba uznaje zarzut za uzasadniony. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych „zastrzeżonych” o wadze do 50 g polegających na przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu w obrocie krajowym i zagranicznym przesyłek listowych oraz powszechnych usług pocztowych w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe. Zamówienie obejmować miało okres 12 miesięcy od 16.03.2012 r. do 15.03.2013 r. Zamawiający złożył do Prezesa krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, który został rozpoznany postanowieniem z dnia 14.03.2012 r. (sygn. akt KIO/W 8/12) odmownie.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na względzie powoływaną przez zamawiającego podstawę prawną z art. 47 ustawy Prawo pocztowe, ustaliła, iż wyłączność operatora publicznego do świadczenia „usług zastrzeżonych”, objętych przedmiotowym postępowaniem, została złagodzona przez umożliwienie świadczenia tych usług przez operatorów, za pobraną opłatą, nie niższą niż dwu i półkrotność opłaty za przyjęcie, przemieszczenie i doręczenie przesyłki listowej stanowiącej przesyłkę najniższego przedziału wagowego najszybszej kategorii określonej w cenniku powszechnych usług pocztowych operatora publicznego, obowiązującego w danym czasie w obrocie krajowym i zagranicznym.

Z powyższego wynika, że pomimo użycia przez ustawodawcę sformułowania o wyłączności w usługach zastrzeżonych, usługi dotyczące wskazanych przesyłek, abstrahując od obowiązku zastosowania wskazanej opłaty minimalnej, mogą być świadczone przez różnych operatorów pocztowych. Prowadziło to do wniosku, iż w zakresie usług pocztowych „zastrzeżonych” nie została spełniona przesłanka do zastosowania trybu zamówienia z

7

wolnej ręki wskazana w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawa Prawo pocztowe w zakresie „usług zastrzeżonych” nie nadała Poczcie Polskiej S.A. praw wyłącznych do ich świadczenia, których konieczność ochrony uzasadniałaby skorzystanie z przywołanej przesłanki.

W ocenie składu orzekającego Izby w rozpoznawanej sprawie nie została również spełniona przesłanka do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wskazana w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie wykazał, aby w okolicznościach towarzyszących wykonaniu zamówienia występowały przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, które uzasadniałyby stwierdzenie możliwości wykonania zamówienia tylko przez jednego wykonawcę, tj. Poczta Polska S.A. Wprawdzie nie można odmówić racji twierdzeniom zamawiającego o istnieniu uprzywilejowanej pozycji operatora publicznego, która prowadzić może do stwierdzenia istnienia monopolu naturalnego, to jednak zdaniem składu orzekającego, nie stanowiło to o zaistnieniu przyczyn technicznych, które decydowały o możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia jedynie przez Poczta Polska S.A. Nie budzi żadnych wątpliwości, iż również inni operatorzy działający na rynku usług pocztowych posiadają możliwości technologiczne pozwalające na przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek w obrocie krajowym i zagranicznym. Powoływane przez zamawiającego okoliczności dotyczące mocy dokumentu urzędowego - potwierdzenia nadania przesyłki rejestrowej lub przekazu pocztowego wydane przez placówkę operatora publicznego (art. 45 ustawy Prawo pocztowe) – czy też znaczenia nadania dokumentu w placówce pocztowej operatora publicznego (art. 57 § 5 pkt 2 KPA), zdaniem składu orzekającego nie stanowiły o przyczynach technicznych pozostających w związku ze szczególnymi cechami przedmiotu zamówienia. Miały one bowiem charakter organizacyjny związany z ustaleniem zachowania terminów czynności zamawiającego, natomiast nie odnosiły się w ogóle do czynności, jakie miałby wykonywać świadczący usługę podmiot. W ocenie składu orzekającego, z przyczyną o charakterze technicznym należało utożsamiać takie okoliczności, które w sposób obiektywny pozwalały na wykluczenie możliwości wykonania usługi przez innych operatorów niż Poczta Polska S.A. Taką przyczyną nie była powołana przez zamawiającego konieczność poniesienia wyższych opłat w przypadku skorzystania z usług operatorów niepublicznych. Mogła ona jedynie prowadzić do wniosku, iż sytuacja operatora publicznego jest uprzywilejowana na rynku usług pocztowych w zakresie „usług zastrzeżonych”, aczkolwiek nie wyłącza udziału w tym rynku innych operatorów.

W oparciu o przedstawioną powyżej argumentację, Izba stwierdziła, iż nie zachodziła żadna z wymienionych przesłanek uprawniających do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, a tym samym zamawiający naruszył wskazane przez odwołującego przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba uznała, iż naruszenie przepisów w zakresie trybów prowadzenia

8

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób ograniczający dostęp do zamówienia podmiotom, które mogły złożyć ofertę, mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający błędnie ustalał wpływ na wynik wyłącznie w odniesieniu do oceny oferty Poczty Polskiej S.A. jako prawidłowej. Naruszenie przepisów w zakresie trybu postępowania oznacza, iż postępowanie dotknięte jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, a tym samym wynik postępowania zakończony w przypadku zamówienia z wolnej ręki przeprowadzonymi negocjacjami z jednym wykonawcą nie może być uznany za prawidłowy. Izba uznała, iż naruszenie w zakresie trybu miało istotny wpływ na wynik tego postępowania, a tym samym odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem postanowień 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). Izba uwzględniła wniosek odwołującego o zasądzenie kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie Izby wykazanych złożonymi przed zamknięciem rozprawy rachunkami.

Przewodniczący:

.....
.....