

WYROK
z dnia 22 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak
Emil Kuriata

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 grudnia 2014 r. przez Poczta Polską S.A. w Warszawie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez PGE Obrót S.A. w Rzeszowie,

przy udziale InPost Sp. o.o. w Krakowie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Poczta Polską S.A. w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Poczta Polską S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Poczty Polskiej S.A. w Warszawie na rzecz PGE Obrót S.A. w Rzeszowie, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

1

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 Rzeszowie.

.....
.....
.....

Sygn. akt: KIO 2601/14

UZASADNIENIE

Zamawiający, PGE Obrót S.A. w Rzeszowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług pocztowych na rzecz PGE Obrót S.A..

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 23 września 2014 r. w Dz. Urz. UE Nr 2014/S 182-322074

W dniu 27 listopada 2014 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty InPost Sp. z o.o. w Krakowie jako najkorzystniejszej.

W dniu 8 grudnia 2014 r. Poczta Polska S.A. w Warszawie wniosła odwołanie

względem czynności Zamawiającego polegających na:

1. braku odrzucenia oferty wykonawcy InPost sp. z o.o. (dalej „InPost”), pomimo że z treści wyjaśnień InPost wynikało, że oferta obejmuje inny przedmiot

2

świadczenia niż wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), przedmiotem zamówienia była bowiem usługa pocztowa, a InPost wskazał, że będzie jedynie pośredniczyć przy zawarciu umowy na świadczenie usługi pocztowej w odniesieniu do części zamówienia;

2. braku odrzucenia ofert InPost, pomimo, że z treści oferty w brzmieniu nadanym wyjaśnieniami wynika, że wykonawca nie będzie się posługiwał podwykonawcami, pomimo że posłużenie się przez niego podwykonawcą warunkowało prawidłowość wykonania całości przedmiotu zamówienia, gdyż w odniesieniu do części przedmiotu zamówienia nie mógł prawidłowo wykonać usługi stanowiącej przedmiot zamówienia nie korzystając z podwykonawstwa operatora wyznaczonego;
3. w konsekwencji wyborze oferty InPost jako najkorzystniejszej.

Według odwołującego, powyższe miało stanowić naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 26 ust. 3 poprzez nieodrzućenie oferty InPost, która pozostawała w sprzeczności z treścią SIWZ, gdyż jej przedmiotem było wykonywanie częściowo usług innych niż usługi pocztowe będące przedmiotem zamówienia, co wynikało wprost z wyjaśnień wykonawcy przedstawionych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego;
2. art. 87 ust. 1 poprzez prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą InPost po złożeniu przez niego oferty dotyczących sposobu wykonywania przedmiotu zamówienia i możliwości powierzenia części zamówienia podwykonawcom.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- a. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- b. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- c. odrzucenia oferty InPost;

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...]”

3

PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz PGE Obrót S.A. w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz ich zwrotu do nadawcy po wyczerpaniu możliwości ich doręczenia, oraz usługi odbioru przesyłek ze wskazanych placówek Zamawiającego (Roz. II SIWZ). Usługa będąca przedmiotem zamówienia powinna być świadczona zgodnie z ustawą prawo pocztowe, aktami wykonawczymi do tej ustawy oraz międzynarodowymi przepisami pocztowymi (Roz. II pkt 3 lit. a-c SIWZ). Jedną z usług pocztowych, które miały być świadczone przez wykonawców było doręczanie przesyłek wymagający zastosowania przepisu art. 57 § 5 pkt 2 KPA oraz ew. art. 12 § 6 Ordynacji podatkowej lub inne analogiczne przepisy odnoszące się do skutku zachowania terminu do wniesienia pisma lub wniesienia pisma do sądu (Roz. II pkt 25 SIWZ) oraz „doręczanie przesyłek również w trybie Kodeksu postępowania cywilnego, Kodeksu postępowania karnego, Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Roz. II pkt 26 SIWZ). Objęciem zakresem przedmiotu zamówienia powyższych usług zostało również wskazane w wyjaśnieniach Zamawiającego z dnia 16 października 2014» roku (odpowiedź na pytanie nr 23 z dnia 16 października 2014 roku, znak DZ/ZI/293/2014/KW).

Zgodnie z treścią art. 57 § 5 pkt 2 KPA, art. 12 § 6 Ordynacji podatkowej, art. 165 § 2 KPC oraz art. 83 § 3 PPSA, pismo procesowe uważa się za wniesione w terminie,

jeżeli przed upływem terminu na jego wniesienie zostało nadane w placówce operatora wyznaczonego. W odniesieniu do doręczania przesyłek zawierających pisma procesowe, każdy z wykonawców innych niż operator wyznaczony powinien współpracować w operatore wyznaczonym jako podwykonawcą, który realizowałby część przedmiotu zamówienia, ponieważ jedynie on może zapewnić, by zasła fikcja terminowego doręczenia przesyłki zawierającej pismo procesowe.

W treści SMWZ, jak i na etapie udzielania odpowiedzi wykonawcom, Zamawiający wyjaśniał konsekwentnie, w odniesieniu do wszystkich usług objętych przedmiotem zamówienia, iż wymagał świadczenia usług pocztowych. Dotyczy to także usług wskazanych w punktach 25 i 26 rozdziału II SMWZ (odpowiedź nr 1 z dnia 22 października 2014 roku, znak DZ/ZI/304/2014/KW).

Część wykonawców w toku składanych pytań formułowała postulat dopuszczenia do realizacji w ramach przedmiotu zamówienia w odniesieniu do usług wskazanych w

4

punktach 25 i 26 rozdziału II SMWZ także innych usług, niemających charakteru usługi pocztowej. W pytaniu oznaczonym numerem 23 w piśmie z 16 października 2014 roku wykonawca zwrócił się o dopuszczenie następującego sposobu wykonania tych usług - wykonawca odbierać będzie przesyłki zawierające pisma procesowe od Zamawiającego, a następnie będzie je nadawać w imieniu Zamawiającego w placówkach operatora wyznaczonego uiszczając stosowną opłatę. Świadczona usługa nie byłaby, więc usługą pocztową, a usługą transportową oraz płatniczą. Należy przy tym zauważyć, że w swojej odpowiedzi Zamawiający nie zawarł pozytywnego ustosunkowania się do takiego sposobu wykonywania przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji Zamawiający od początku postępowania wymagał świadczenia przez wykonawców usług pocztowych, także w odniesieniu do usług wskazanych w punktach 25 i 26 rozdziału II SMWZ. Zamawiający w swoich wyjaśnieniach nie zmodyfikował wskazanego wymogu. Jednocześnie usługi wynikające z wyżej wskazanych punktów mogą być świadczone bądź przez operatora wyznaczonego, bądź przez operatorów, którzy zapewnią sobie współpracę z operatorem wyznaczonym.

Wobec wyraźnych zapisów SMWZ bądź jednoznacznego dopuszczenia przez Zamawiającego takiej możliwości, nie jest natomiast możliwe zastąpienie usługi pocztowej świadczonej w odniesieniu do przesyłek wskazanych w punktach 25 i 26 SMWZ usługą o innym charakterze, polegającą de facto na pośrednictwie przy zawieraniu pomiędzy Zamawiający, a operatorem wyznaczonym umowy na świadczenie usług pocztowych na warunkach określonych przez operatora wyznaczonego w odniesieniu do pocztowej usługi powszechnej.

4. OFERTA INPOST I KORESPONDENCJA ZAMAWIAJĄCEGO Z INPOST

Zamawiający w przygotowanym formularzu oferty zawarł fragment nakazujący wykonawcy sprecyzować, czy będzie się posługiwał przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia podwykonawcami. Wykonawca miał dokonać doprecyzowania poprzez wykreślenie

stosownego fragmentu tekstu. Zgodnie z ujawnioną dokumentacją przetargową, z pierwotnej wersji oferty InPost nie wynikało, czy przy realizacji zamówienia podmiot ten posługiwać się będzie podwykonawcami, czy też nie. InPost w swojej ofercie

5

zaniechał dokonania takiego wskazania. Dlatego Zamawiający w piśmie z dnia 3 listopada 2014 roku, znak DZ/ZI/316/2014/KW wezwał InPost do wskazania, czy zamierza korzystać z podwykonawców, przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi pismem z dnia 4 listopada 2014 roku InPost sprecyzował, że nie będzie powierzał realizacji zamówienia podwykonawcom.

4.2 W związku z uzyskaną odpowiedzią, pismem z dnia 19 listopada 2014 roku, znak DZ/ZI/393/2014/KW OP-28839, Zamawiający wezwał InPost do złożenia wyjaśnień w jaki sposób zamierza on świadczyć usługi wskazane w punkcie 25 i 26 rozdziału II SMWZ.

4.3 W odpowiedzi InPost wskazał, że w ogóle nie zamierza świadczyć takich usług w formie usług pocztowych. W piśmie z dnia 20 listopada 2014 roku InPost wskazał, że zamierza świadczyć usługi wskazane w punktach 25 i 26 Rozdziału II SIWZ w ten sposób, że będzie jedynie odbierać stosowne przesyłki od Zamawiającego i jako „posłańiec” Zamawiającego nadawać je w placówkach operatora wyznaczonego w imieniu i na rzecz Zamawiającego.

4.4 Usługa taka nie ma charakteru usługi pocztowej. Usługi pocztowe stanowią bowiem jedynie czynności dokonywane w odniesieniu do przesyłek pocztowych lub przekazów pocztowych (art. 2 ust. 1 ustawy Prawo pocztowe). Przesyłką pocztową jest zaś „rzecz opatrzona oznaczeniem adresata i adresem, przedłożona do przyjęcia lub przyjęta przez operatora pocztowego w celu przemieszczenia i doręczania adresatowi” (art. 3 pkt 21 ustawy Prawo pocztowe). W opisanym przez InPost schemacie wykonywania usługi nie będzie on przyjmować żadnej korespondencji celem jej przemieszczania do adresata, a jedynie celem ich dowiezienia do placówki operatora wyznaczonego, która nigdy nie będzie jednak adresatem tej przesyłki.

4.5 Należy przy tym zauważyć, że w swojej odpowiedzi InPost powołał się na wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 16 października 2014 roku. Jednakże zacytowany przez InPost fragment wyjaśnień Zamawiającego nie stanowił odpowiedzi na a pytania jednego z Zamawiającego pytania wykonawców, fragment wykonawców. Jak zostało bowiem wskazane powyżej Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do pytania, czy możliwe jest świadczenie usługi przez posłańca. Tym samym przyjęty przez InPost sposób wykonywania przedmiotu zamówienia pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ.

6

4.6 Na marginesie należy zauważyć, że w innych postępowaniach przetargowych InPost wprost wskazuje, że powierzy podwykonawcy wysyłkę „części przesyłek za pośrednictwem operatora wyznaczonego w przypadkach wymaganych przez przepisy prawa (w szczególności aby Zamawiający wysyłając przesyłkę mógł dochować terminów przewidzianych przepisami prawa w określonych sytuacjach)”. InPost sam więc zdaje sobie sprawę, że nadawanie przesyłki za pośrednictwem operatora wyznaczonego wchodzi w zakres obowiązków wykonawcy doręczającego przesyłki pocztowe, co więcej, że zadanie takie, w przypadku operatorów innych niż operator wyznaczony powinno zostać powierzone podwykonawcy.

Dowód: kserokopia oferty InPost z dnia 1 września 2014 roku w postępowaniu przetargowym organizowanym przez Zamawiającego KRUS Centralę znak ZP-2310/9/2014.

Odwolujący dysponuje jedynie kserokopią wskazanego dokumentu, oryginał znajduje się w aktach postępowania przetargowego, w przypadku powzięcia wątpliwości co do zgodności kserokopii z oryginałem wnoszę o przeprowadzenie dowodu z dokumentu oferty znajdującego się w aktach postępowania przetargowego znak ZP-2310/9/2014 organizowanego przez Zamawiającego KRUS Centrala.

5. NIEZGODNOŚĆ OFEROWANEJ PRZEZ INPOST USŁUGI Z TREŚCIĄ SIWZ

5.1 Zamawiający w treści SIWZ oraz wyjaśnień do SIWZ w sposób wyraźny wskazał, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych. W przypadku wykonywania przez wykonawcę usług innych niż pocztowe zamiast usług zamówionych przez wykonawcę wątpliwą staje się możliwość korzystania przez Zamawiającego z niektórych uprawnień przewidzianych w SIWZ, jak również możliwe jest powstanie po stronie Zamawiającego dodatkowych kosztów, które nie będą zawarte w cenie ofertowej wykonawcy. W punkcie 24 Rozdziału II SIWZ Zamawiający wskazał, że nie dopuszcza realizowania usług będących przedmiotem zamówienia w swoim imieniu i na swoją rzecz.

5.2 Po pierwsze, należy zauważyć, że w przypadku pełnienia przez wykonawcę jedynie roli posłańca”, a nie operatora pocztowego, wykonawca nie będzie w stanie doręczać zwrotnych potwierdzeń odbioru przesyłek, który to obowiązek został przewidziany w punkcie 15 rozdziału II SIWZ. Zwrotne potwierdzenia odbioru doręczać mógłby jedynie podmiot rzeczywiście doręczający przesyłkę do adresata,

7

czyli, w schemacie zaproponowanym przez InPost, operator wyznaczony. Tym samym wykonawca, który chciałby świadczyć jedynie usługi posłańca” w ogóle nie byłby w stanie wykonywać części obowiązków narzuconych na niego zapisami SIWZ.

5.3 Po drugie, wykonawca nie będzie miał wpływu na warunki i jakość świadczonych usług nie może więc zagwarantować:

a) by usługi będące przedmiotem zamówienia były świadczone zgodnie z regulaminem świadczenia usług przez wykonawcę (punkt 3 Rozdziału II SIWZ), do świadczonej usługi znajdować będzie bowiem zastosowanie regulamin operatora wyznaczonego, a nie wykonawcy świadczącego usługi „posłańca”\

b) czasu doręczenia przesyłek (punkt 7 i 8 Rozdziału II SIWZ), ten bowiem, w opisanym przez InPost schemacie odpowiadać będzie czasowi doręczania przesyłek w przypadku powszechnych usług pocztowych świadczonych przez Poczta Polska S.A.;

c) zasad nadawania przesyłek listowych (punkt 10 Rozdziału II SIWZ), Zamawiający przekazując przesyłki wykonawcy - InPost nie będzie bowiem dokonywał nadania tych przesyłek, a jedynie ich przekazania, celem ich późniejszego nadania w placówce operatora wyznaczonego.

5.4 Po trzecie, w przypadku świadczenia usługi przez „posłańca”, a nie operatora pocztowego nie znajdą zastosowania regulacje dotyczące odpowiedzialności wykonawcy. Rzeczywiste doręczanie przesyłek realizowane będzie przez podmiot trzeci, nie będzie więc możliwe egzekwowanie od wykonawcy sankcji z tytułu braku realizacji lub nienależytej realizacji umowy. W szczególności nie znajdą zastosowania regulacje dotyczące postępowania reklamacyjnego zawarte w punkcie 16 Rozdziału II SIWZ, gdyż wprost odnoszą się one do świadczenia usługi przez operatora pocztowego, a nie inny podmiot. Podobnie nie będzie się można domagać od takiego wykonawcy zwrotu opłaty za niedoręczoną przesyłkę zgodnie z punktem 10 istotnych postanowień umowy (dalej „IPU”). Wykonawca taki będzie odpowiadać bowiem jedynie za nadanie przesyłki w placówce operatora wyznaczonego, a nie za jej doręczenie. Nawet w przypadku niedoręczenia przesyłki nie sposób więc będzie wskazywać, że wykonawca - posłaniec” ponosi odpowiedzialność za taki stan rzeczy.

5.5 Po czwarte, zgodnie z art. 32 Prawa pocztowego w przypadku, gdy nie jest możliwe doręczenie przesyłki do adresata, operator pocztowy, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, zwraca taką przesyłkę adresatowi.

8

Za czynności związane ze zwrotem przesyłki operator ten może żądać uiszczenia opłaty w wysokości określonej w cenniku usług pocztowych, usług powszechnych lub umowie. W konsekwencji na Zamawiającego mogą zostać nałożone dodatkowe opłaty, które nie zostały uwzględnione w cenie ofertowej InPost.

6. WSKAZANIE NIEKORZYSTANIA Z PODWYKONAWCÓW

6.1 Zamawiający dopuścił w przetargu możliwość nanoszenia na przesyłki oznaczeń podmiotów innych niż wykonawca, zastrzegając jednocześnie, że możliwe jest nanoszenie oznaczeń jedynie w związku ze świadczeniem części usługi przez podwykonawców (odpowiedź na pytanie nr 25 z dnia 16 października 2014 roku, znak DZ/ZI/293/2014/KW). W odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 22 października 2014 roku, znak DZ/ZI/304/2014/KW Zamawiający powtórzył wyraźne wskazanie, że możliwość nanoszenia oznaczeń na przesyłki występuje jedynie w przypadku świadczenia usługi będącej przedmiotem zamówienia za pomocą podwykonawców.

6.2 Przedmiotem zamówienia było świadczenie usług pocztowych polegających na doręczaniu przesyłek od nadawcy - Zamawiającego do adresata. W świetle powyższych wyjaśnień Zamawiającego nie jest dopuszczalne nanoszenie na przesyłki jakichkolwiek oznaczeń innych niż oznaczenia wykonawcy lub podwykonawców, w toku całego procedowania przesyłki - czyli od momentu odbioru jej od Zamawiającego do momentu doręczenia jej do adresata. Sposób wykonywania usługi będącej przedmiotem zamówienia przez InPost pozostaje w sprzeczności z treścią wyjaśnień Zamawiającego. InPost w swoich wyjaśnieniach w sposób wyraźny wskazał, że zamierza nadawać część, powierzanych mu w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, przesyłek Poczcie Polskiej S.A. jako operatorowi

wyznaczonemu. Przesyłki te, zgodnie z wyjaśnieniami InPost, będą nadawane w związku z obowiązkiem świadczenia usługi powszechnej przez Poczta Polska S.A. Tym samym będą na nich widnieć informacje związane z opłatą oraz nadaniem przesyłki w placówce Poczty Polskiej S.A.

6.3 Jak zostało wskazane powyżej, z treści wyjaśnień Zamawiającego wynikało zaś, że na przesyłce mogą się znajdować znaki opłaty nanoszone przez wykonawcę lub jego podwykonawców. W tej sytuacji, zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, wykonawca może dopuścić do nanoszenia na przesyłkę znaków opłaty operatora wyznaczonego, jedynie jeżeli będzie on jego podwykonawcą.

9

6.4 Natomiast InPost w swojej ofercie wskazuje, że w ogóle nie zamierza korzystać z pomocy podwykonawców, choć jednocześnie potwierdza, że na przesyłkach nadawanych zgodnie z punktem 25 i 26 Rozdziału II SIWZ widnieć będą oznaczenia związane z opłatami pobieranymi przez operatora wyznaczonego.

6.5 Taki sposób wykonywania przedmiotu zamówienia pozostaje zatem w sprzeczności z wyjaśnieniami Zamawiającego dotyczącymi sposobu wykonywania przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia Zamawiającego dotyczą bowiem realizacji całości zamówienia w odniesieniu do każdej przesyłki, a więc od jej odebrania od Zamawiającego do jej doręczenia do adresata, przez cały ten okres możliwe jest nanoszenie na przesyłkę jedynie oznaczeń wykonawcy lub podwykonawców.

Należy przy tym zauważyć, że w swoim orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: iż nie podziela się poglądu, jakoby oświadczenie dotyczące podwykonawstwa, zwłaszcza gdy udział podwykonawców warunkuje prawidłowość wykonania zamówienia, posiadało walor wyłącznie informacyjny. Podważa to sens art. 36 ust. 4 p.z.p., jak i innych przepisów dotyczących niezmienności oferty i związania wykonawcy ofertą rozumianego jako wypełnienie wszystkich zapisów wynikających z jej treści.” (wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 roku, sygn. KIO 2854/12).

Z powyższego zdawał sobie sprawę również sam Zamawiający, który wezwał wykonawcę InPost do złożenia wyjaśnień wskazując, że nie jest możliwe wykonanie przez InPost przedmiotu zamówienia bez udziału operatora wyznaczonego jako podwykonawcy. W odpowiedzi InPost wskazał natomiast jedynie, że nie zamierza realizować przedmiotu zamówienia w sposób wskazany w treści SIWZ i wyjaśnieniach Zamawiającego. Zamawiający nie sprzeciwił się takiemu działaniu InPost co należy uznać za niedopuszczalną negocjację treści oferty, po jej złożeniu.

7. PODSUMOWANIE

W postępowaniu przetargowym Zamawiający wymagał od wykonawców świadczenia usług pocztowych. Wskazują na to zapisy SIWZ oraz treść wyjaśnień Zamawiającego. Pomimo wniosku wykonawcy o dopuszczenie do przetargu podmiotów świadczących usługę pośrednictwa przy realizacji usług pocztowych, Zamawiający nie dopuścił takiej możliwości.

10

Jednocześnie z treści wyjaśnień wykonawcy InPost, które skierowane zostały do wykonawcy w związku z wątpliwościami dotyczącymi poprawności oferty InPost wynika, że w odniesieniu do usług wskazanych w punkcie 25 i 26 Rozdziału II SIWZ InPost w ogóle nie zamierza realizować usługi pocztowej, a jedynie usługę pośrednictwa przy zawarciu umowy o świadczenie usługi powszechnej pomiędzy Zamawiającym, a operatorem wyznaczonym. InPost stwierdził bowiem że będzie jedynie odbierał część przesyłek będących przedmiotem zamówienia i doręczał je do placówek operatora wyznaczonego, natomiast nie będzie w ogóle zajmował się, ani brał odpowiedzialności za doręczenie przesyłki do adresata, co przecież jest istotą usługi będącej przedmiotem zamówienia.

Należy zauważyć, że sposób wykonywania przedmiotu zamówienia założony przez InPost

pozostawał ponadto w sprzeczności z wyjaśnieniami Zamawiającego dotyczącymi

braku możliwości nanoszenia na przesyłki znaków opłaty podmiotów trzecich. Z wyjaśnień Zamawiającego wynikało, że na przesyłkach mogą się znajdować jedynie znaki opłaty wykonawcy lub jego podwykonawców. InPost wyjaśnił zaś, że na przesyłkach doręczanych adresatowi widnieć będą znaki opłaty operatora wyznaczonego, przy czym operator wyznaczony nie będzie jego podwykonawcą, a podmiotem trzecim, z którym nie będzie go łączyć żaden stosunek prawny.

7.4 Z powyższego zdawał sobie sprawę sam Zamawiający, który wezwał InPost do wskazania, że powierzy część zadania operatorowi wyznaczonemu na co jednak InPost odpowiedział, zamierza świadczyć usługę w sposób nie wskazany w SIWZ. Zamawiający nie zareagował na takie oświadczenie InPost i nie odrzucił jego oferty, co należy uznać za naruszenie art. 87 ust. 1 p.z.p.

7.5 W konsekwencji InPost wprost w swoich wyjaśnieniach wskazał, że nie zamierza świadczyć usługi objętej przedmiotem zamówienia, a inną usługę. Z wyjaśnień InPost wynikało więc jednoznacznie, że jego oferta pozostaje w sprzeczności z SIWZ. Pomimo tego Zamawiający nie odrzucił oferty InPost, tylko przystąpił do wyboru oferty najkorzystniejszej. [...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska, oświadczenia i dowody

11

stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się w tym przypadku uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W dalszej kolejności Izba wskazuje, iż okoliczności faktyczne sprawy zostały zgodnie z rzeczywistością opisane w treści odwołania przytoczonej powyżej, wymagają jednak uzupełnienia w poniższym zakresie.

Pismem z dnia 16.10.2014 r. Zamawiający udzielił m.in. następujących odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące treści SIWZ:

23) Pytanie:

„Czy w stosunku do przesyłek, dla których Zamawiający przewiduje konieczność nadawania w sposób określony w art. 57 § 5 pkt 2 KPA, art. 12 § 6 pkt 2 Ordynacji podatkowej oraz pism sądowych za pośrednictwem operatora wyznaczonego (apelacje, zażalenia, odwołania), to:

- 1) czy dopuszcza możliwość wyłączenia takich przesyłek z zakresu przedmiotu zamówienia i niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego?*

Ze względu na swoją specyfikę, a więc konieczność posługiwania się w tym zakresie operatorem wyznaczonym, uzasadnione jest wyłączenie powyższych przesyłek i wszczęcie w tym zakresie osobnego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego obejmującego wyłącznie tego rodzaju przesyłki. Wykonawca informuje, że wyłączenie tych przesyłek wpłynie na cenę oferty Wykonawcy, a także innych Wykonawców przystępujących do postępowania i w istotny sposób wpłynie na

12

zwiększenie konkurencyjności postępowania. Brak konieczności uwzględniania w kosztach nadawania ww. przesyłek pozwoli Wykonawcy na zaproponowanie najbardziej optymalnych dla Zamawiającego warunków cenowych. Co więcej, również konkurenci Wykonawcy, przede wszystkim operator wyznaczony - Poczta

Polska S.A., wiedząc o zwiększeniu konkurencji, będą zmuszeni do obniżenia proponowanych cen ofertowych.

2) ewentualnie, czy Zamawiający dopuszcza możliwość sporządzenia przesyłek wymagających nadania u operatora odrębnego wykazu wyznaczonego lub ich oznakowania wokreślony sposób - w celu wydzielenia i nadania przez Wykonawcę u operatora wyznaczonego w dniu odbioru przesyłek od Zamawiającego?

Wykonawca informuje, że w tym przypadku będzie stosował następujący tryb: wydzielone przesyłki pocztowe, po ich odebraniu od Zamawiającego, w tym samym dniu zostaną dostarczone do placówki operatora wyznaczonego i nadana w imieniu Zamawiającego, Wykonawca następnie dostarczy Zamawiającemu uzyskane potwierdzenie nadania. będzie pośrednikiem między Wykonawcą tylko Zamawiającym a operatorem wyznaczonym, nadanie przesyłek nastąpi w imieniu i na rzecz Zamawiającego, nie zmieni jednak danych Zamawiającego na kopercie. Sposób oznaczenia wniesienia opłaty pocztowej ustalony z Zamawiającym zastąpią znaki opłaty pocztowej stosowane przez operatora wyznaczonego.

Wykonawca podkreśla, że Poczta Polska S.A. jako operator wyznaczony zobowiązany do świadczenia powszechnej usługi pocztowej ma obowiązek zrealizować usługę i nie może odmówić w tym zakresie zawarcia umowy o świadczenie usług pocztowych niezależnie od łączących ją stosunków z Wykonawcą.

Powyższe działanie ma bardzo istotne znaczenie z punktu widzenia interesów Zamawiającego. W sytuacji bowiem gdy Zamawiający, jest stroną np. postępowania cywilnego i zależy mu na złożeniu pisma w terminie wynikającym z konkretnej procedury, winien taką przesyłkę wydzielić i wskazać operatorowi pocztowemu, że powinna być ona doręczona przez operatora wyznaczonego. W przeciwnym wypadku negatywne skutki procesowe (uchybiecie terminu np. do wniesienia apelacji) poniesie Zamawiający, który nie poinformuje operatora pocztowego o charakterze przesyłki, na co ten ostatni nie miał żadnego wpływu.

13

Możliwa jest również w tym zakresie sytuacja, że przesyłki muszą być przekazane operatorowi na tyle wcześnie do doręczenia, aby przesyłka "fizycznie" trafiła do organu/sądu w terminie przewidzianym na dokonanie danej czynności procesowej. Niemniej wymaga to współpracy z Zamawiającym i najpierw wyodrębnienia przesyłek, które muszą być nadane w trybach według ww. procedur."

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuszcza możliwości wyłączenia przedmiotowych przesyłek z zakresu przedmiotu zamówienia, Zamawiający oczekuje kompleksowej realizacji usługi. Zamawiający dopuszcza możliwość sporządzania odrębnego wykazu w celu poprawnego świadczenia usługi.

Jednocześnie Zamawiający nie dopuszcza aby przesyłki listowe były nadawane przez inny podmiot, w sposób, w wyniku którego na dowódzie nadania przesyłki figurowałby inny podmiot niż Zamawiający.

24) Pytanie:

„Czy Zamawiający, w przypadku braku wyłączenia przesyłek wymagających pośrednictwa operatora wyznaczonego, może wskazać szacunkowe wolumeny wszystkich przesyłek, które mają być nadawane w ten sposób?

Zasady doręczeń obowiązujące w procedurze administracyjnej i cywilnej, a w szczególności konieczność nadania części przesyłek u operatora wyznaczonego wymagają innej organizacji Wykonawcy w zakresie realizacji usługi, jak też zaangażowania innych środków. W związku z tym, informacje, o których mowa powyżej będą niezwykle pomocne Wykonawcy w kalkulowaniu ceny oferty."

Odpowiedź:

Zamawiający szacuje, że ilość ww. przesyłek może wynosić około 1000 szt. miesięcznie. Jednakże Zamawiający nie gwarantuje takiego poziomu.

„Czy Zamawiający dopuszcza możliwość by na kopercie oprócz danych wskazanych przez Zamawiającego znajdowały się informacje o opłacie za usługę pocztową związane ze świadczeniem części zamówienia przez podwykonawców, ewentualnie inne informacje związane z obiegiem przesyłek pocztowych?

Wykonawca jednocześnie zaznacza, że informacje te nie będą zakrywać nadruku adresu firmowego Zamawiającego oraz nie będą naruszać innych wymagań wskazanych w Zaprośzeniu.”

Odpowiedź:

Wykonawca dopuszcza możliwość by na kopercie oprócz danych wskazanych przez Zamawiającego znajdowały się informacje o opłacie za usługę pocztową związane ze świadczeniem części zamówienia przez podwykonawców, jednakże Wykonawca nie może nanosić na opakowaniu przesyłki listowej jakichkolwiek treści/znaków, które nie są niezbędne do prawidłowego nadania przesyłki.

Wprowadzenie ewentualnych zmian w zakresie układu danych adresowych na kopercie nie może naruszać zasad zawartych w księdze identyfikacji wizualnej obowiązującej w Spółce, która zostanie udostępniona wybranemu Wykonawcy.

Formularz ofertowy w ofercie InPost nie zawierał odpowiedniego wykreślenia w pkt 7: „Oświadczamy, że nie powierzamy żadnych usług Podwykonawcom/, że powierzamy podwykonawcom usługi w zakresie podanym w załączniku nr do niniejszej oferty.* (niepotrzebne skreślić)”.

Odnośnie powyższego pismem z dnia 03.11.2014 r. Zamawiający „w oparciu o art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych” wezwał InPost do „uzupełnienia złożonej oferty poprzez złożenie oświadczenia o niepowierzeniu bądź powierzeniu podwykonawcom realizacji usługi wraz z wyszczególnieniem zakresu powierzonych usług”.

Pismem z dnia 04.11.2014 r. InPost oświadczyła, „że nie powierza żadnych usług Podwykonawcom”.

W nawiązaniu do powyższego oświadczenia, Zamawiający pismem z dnia 19.11.2014 r. poprosił InPost o wyjaśnienia „w jaki sposób Wykonawca zamierza świadczyć usługi wyszczególnione w punktach 25 i 26 w rozdziale II SIWZ”

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 20.11.2014 r. InPost złożyła następujące wyjaśnienia:

W dniu 4 listopada 2014 roku Wykonawca, na wniosek Zamawiającego uzupełnił ofertę poprzez wskazanie, że nie powierzy żadnych usług

W z tym podwykonawcom. związku oświadczeniem wyniknęła wątpliwość Zamawiającego odnośnie sposobu nadawania przesyłek wskazanych w pkt. 25 i 26 rozdziału II tj. operatora SIWZ, przesyłek wymagających pośrednictwa wyznaczonego (m.in. nadawanych w trybie art. 57 par, 6 pkt. 2 KPA).

Wykonawca pragnie wskazać na treść odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na pytanie 23 w piśmie z 16 października 2014 roku. W zawartym tam pytaniu Wykonawcy opisany został tryb „posłańca” w treści przytoczonej poniżej:

wydzielone przesyłki pocztowe, po ich odebraniu od Zamawiającego, w tym samym dniu zostaną dostarczone do placówki operatora wyznaczonego i nadane w imieniu Zamawiającego, Wykonawca następnie dostarczy Zamawiającemu uzyskane potwierdzenie nadania. Wykonawca będzie tylko pośrednikiem między Zamawiającym a operatorem wyznaczonym, nadanie przesyłek nastąpi w imieniu i na rzecz Zamawiającego, nie zmieni jednak danych Zamawiającego na kopercie. Sposób oznaczenia wniesienia opłaty pocztowej ustalony z Zamawiającym zastąpią znaki opłaty pocztowej stosowane przez operatora wyznaczonego.

Zamawiający w odpowiedzi nie zanegował takiego sposobu nadawania

przesyłek wymagających pośrednictwa operatora wyznaczonego, zaznaczając jedynie, że na dowódzie nadania musi figurować Zamawiający, co w wypadku zastosowania trybu „postańca” zostanie zachowane.

Nadawanie wyżej wymienionych przesyłek z zastosowaniem trybu „postańca” przez operatora pocztowego nie może być traktowane jako podwykonawstwo w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U. 2004 nr 19 poz. 177 z późn. zm.), bowiem faktycznie to Zamawiający będzie nadawał przesyłki wymagające pośrednictwa operatora wyznaczonego u tego właśnie operatora, Wykonawca zaś będzie pośredniczył w tej procedurze, odbierając od Zamawiającego przesyłki kierowane do operatora wyznaczonego i nadając je w jego placówkach na zasadach świadczenia przez Poczta Polska powszechnych usług pocztowych (także z tego powodu operator wyznaczony nie może być określony, jako „podwykonawca”). Wykonawca podkreśla, że Poczta Polska S.A., jako operator wyznaczony

16

zobowiązany do świadczenia powszechnej usługi pocztowej ma obowiązek zrealizować usługę (art. 46 Prawa pocztowego) i nie może odmówić w tym zakresie zawarcia umowy o świadczenie usług pocztowych niezależnie od łączących ją stosunków z Wykonawcą (art. 48 Prawa pocztowego). Koszty takiego nadania zostały uwzględnione w cenie jednostkowej oferowanej za przesyłki polecone w przedłożonej przez Wykonawcę ofercie, toteż usługa „postańca” będzie odbywać się w całości na koszt Wykonawcy.

Wykonawca pragnie także zaznaczyć, że wspomniany tryb „postańca” jest jedynym sposobem nadawania przesyłek wymagających pośrednictwa operatora wyznaczonego przez innych operatorów pocztowych. Świadczenie takiej usługi nie może odbyć się na podstawie art. 35 Prawa Pocztowego (Dz.U. 2012 poz. 1529 z późn. zm.) tj. poprzez powierzenie dalszego wykonywania usługi innemu operatorowi pocztowemu na podstawie umowy o współpracę. Wykonawca zwraca uwagę, że wspomniane przepisy art. 57 KPA, 165 KPC i innych podobnych wyraźnie wskazują, że określone skutki (tj. zachowanie terminu do wniesienia pisma lub wniesienie pisma do sądu) uzyskuje się jedynie poprzez nadanie przesyłki wpłacówce operatora wyznaczonego. Nie jest konieczne, by przesyłka ta była później doręczana przez operatora wyznaczonego - może on po jej przyjęciu powierzyć dalsze wykonywanie usługi podwykonawcy lub innemu operatorowi pocztowemu. W odwrotnym zaś przypadku, tj. gdyby to wpłacówce Wykonawcy dokonała się czynność nadania, a operator wyznaczony doręczałby przesyłkę na podstawie umowy o współpracę wskazanej w art. 35 Prawa pocztowego, skutki te nie byłyby zachowane, ponieważ pismo nie zostałoby nadane wpłacówce operatora wyznaczonego. Biorąc powyższe pod uwagę, nadawanie przez Wykonawcę jako „postańca” odebranych od Zamawiającego przesyłek wpłacówce operatora wyznaczonego jest jedyną dopuszczalnie prawną formą zapewnienia wskazanych skutków w przypadku wyboru oferty operatora niebędącego operatorem wyznaczonym.

Podając, zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podstawę prawną rozstrzygnięcia zarzutów odwołania należy wskazać, że art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych

17

warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Ponadto według art. 87 ust. 1 w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Następnie zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu bądź jakości zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które

18

również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego). Elementem sporządzanej i przedstawianej przez wykonawcę oferty są w tym kontekście również tzw. dokumenty przedmiotowe potwierdzające zgodność oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Konsekwentnie ich nieprzedstawienie albo przedstawienie dokumentów nieprawidłowych spowoduje niezgodność treści oferty z SIWZ.

W *petitum* odwołania, jako podstawę prawną zarzutu co prawda wskazano art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy, referujący do odrzucenia oferty niezgodnej z ustawą, jednakże w odniesieniu do przedstawionej w odwołaniu, rzeczowej osnowy zarzutów, prawidłowe będzie zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – w uzasadnieniu zarzutu wskazuje się na niezgodność świadczenia oferowanego i zamawianego, co jest klasycznym przykładem i przypadkiem niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W rozpatrywanym przypadku nie stwierdzono żadnego z opisywanych powyżej typów niezgodności treści oferty InPost z SIWZ ani złamania przez Zamawiającego zakazu wyrażonego w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy dotyczącego negocjacji treści oferty i dokonywania zmian w jej treści.

Część przedmiotu zamówienia – obsługa przesyłek, o których mowa Roz. II pkt 25 i 26 SIWZ – została wystarczająco opisana w przytaczanych powyżej: treści odwołania, wyjaśnieniach zamawiającego dotyczących SIWZ z dnia 16.10.2014 r. oraz piśmie InPost z dnia 20.11.2014 r. Na potrzeby niniejszego uzasadnienia ww.

przesyłki określane będą jako „przesyłki specjalne”, a usługi ich odbierania przez InPost od Zamawiającego i nadawania w jego imieniu w placówkach operatora wyznaczonego określane będą jako „usługi pośrednictwa”.

Na wstępie do uzasadnienia dla oddalenia zarzutów odwołania Izba wskazuje, iż przedmiotowe odwołanie jest kolejną, dokonywaną w ramach środków ochrony prawnej, próbą Odwołującego, zmierzającą do niedopuszczenia do udzielania zamówienia na usługi pocztowe wykonawcom innym niż operator wyznaczony – w związku z okolicznością, iż częścią przedmiotu takich zamówień jest nadawanie przesyłek, które dla uzyskania skutków przewidywanych przepisami prawa (co do potwierdzenia terminu ich nadania) winny być nadawane w placówkach operatora wyznaczonego czyli Poczty Polskiej S.A..

I tak Izba rozpatrywała już i oddalała analogiczne odwołania Poczty Polskiej – wyrokiem z dnia 19 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1362/13) oraz wyrokiem z dnia 31 października 2014 r. (sygn. akt KIO 2160/14). Powyższe zagadnienia były również przedmiotem orzekania Sądu Okręgowego w Gliwicach, który wyrokiem z dnia 26 listopada 2013 r. (sygn. akt X Ga 287/13) oddalił skargę Poczty Polskiej na wyrok KIO 1362/13.

Kolejne, ww. odwołania zmierzają więc do tego samego celu – odrzucenia oferty InPost. Ponadto oparte są właściwie na takich samych, albo prawie takich samych okolicznościach faktycznych. Odwołujący eksponuje jedynie inne aspekty i elementy zastanych stanów faktycznych oraz dobiera do nich inną kwalifikację i argumentację prawną.

We wszystkich postępowaniach, których ww. odwołania dotyczyły, przedmiotem zamówienia miało być świadczenie usług pocztowych w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe, odnośnie których poszczególni zamawiający modelowali cały opis przedmiotu zamówienia (sposób wykonania zamówienia, obowiązki umowne, zasady odpowiedzialności za wykonanie zobowiązań, rozliczenia i płatności... etc.). Następnie, w innych postanowieniach SIWZ lub po wszczęciu postępowań w odpowiedziach na pytania dotyczące SIWZ, w celu dopuszczenia konkurencji w postępowaniach, w odniesieniu do tzw. przesyłek specjalnych zamawiający rozszerzali przedmiot zamówienia o usługi pośrednictwa realizowane w sposób opisany w pytaniu nr 23 zadany w przedmiotowym postępowaniu.

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. Właśnie powyższe braki były eksploatowane w kolejnych odwołaniach wnoszonych przez Poczte Polską – przy czym były to odwołania dotyczące nie treści dokumentów przetargowych, ale składane na etapie oceny ofert i podnoszące niezgodność ofert InPost z treścią zastanych specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

I tak w odwołaniu oznaczonym sygn. akt KIO 1362/13 podnoszono generalnie niezgodność oferty InPost z SIWZ, w związku z faktem, iż przedmiotem zamówienia było tylko i wyłącznie świadczenie usług pocztowych, a w odniesieniu do przesyłek specjalnych InPost nie oferuje świadczenia takich usług, ale jedynie usługi pośrednictwa w nadawaniu tych przesyłek u operatora wyznaczonego.

W odwołaniu KIO 2160/14 eksponowano natomiast niezgodność oferty InPost z SIWZ z powodu niemożliwości wypełnienia przez oferowane usługi pośrednictwa, szeregu szczegółowych wymagań SIWZ dotyczących usług pocztowych, związanych ze sposobem wykonania zamówienia, zwłaszcza potwierdzenia jego wykonania i odpowiedzialności za jego wykonanie, rozliczenia i płatności.

W odwołaniu rozpatrywanym obecnie główną osią zarzutów jest również niezgodność oferowanego przez InPost świadczenia w części dotyczącej przesyłek

specjalnych (usług pośrednictwa) z opisanym w SIWZ przedmiotem zamówienia (usługami pocztowymi).

Jednakże w związku z niezwykle ogólnością i lakonicznością odpowiedzi Zamawiającego udzielanych na cytowane pytania dotyczące treści SIWZ (zwłaszcza pytanie nr 23), Odwołujący w tym przypadku podnosi również okoliczność, iż w ramach zastanych wyjaśnień dotyczących SIWZ, Zamawiający nie dopuścił wcale wykonania usług w oferowany przez InPost sposób.

Ponadto nowymi podstawami zarzutów, które nie były rozpatrywane w ramach spraw KIO 1362/13, KIO 2160/14 oraz X Ga 287/13, są twierdzenia dotyczące konieczności posługiwania się operatorem wyznaczonym jako podwykonawcą dla wykonania zamówienia oraz niedozwolonych negocjacji treści oferty w zakresie sposobu wykonania zamówienia.

21

Odnosząc powyższe do rozpatrywanego przypadku, Izba konsekwentnie stoi na stanowisku, iż dopuszczenie, nawet w ramach wyjaśnień dotyczących treści SIWZ, 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/dopuszczanym 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. Tym samym wykonawcy taki sposób wykonania części zamówienia mogą oferować. 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 osiągną zostaną wszystkie cele zamówienia oraz zachowane zostaną zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikające z przepisów ustawy.

Natomiast wszelkie ewentualne, zaistniałe w takim wypadku niejasności, niekonsekwencje i niedostatki dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, zawarte zarówno w SIWZ, jak i w wyjaśnieniach dotyczących jej treści – jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Gliwicach w uzasadnieniu ww. wyroku z dnia 26 listopada 2013 r. – powinny być podnoszone i kwestionowane w stosownych terminach przewidzianych w art. 182 Pzp. Tymczasem zastane postanowienia dokumentów przetargowych powinny być interpretowane i stosowane z uwzględnieniem zasad wykładni opisanych w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, ale także z uwzględnieniem zasad ogólnych ustawy i w pełnej z nimi zgodzie. Zasadniczą przesłanką interpretacyjną winien więc być w tym przypadku nakaz zachowania konkurencji w postępowaniu (vide: uzasadnienie ww. wyroku SO w Gliwicach).

Na marginesie można dodać, iż z problemami związanymi z brakiem ustalenia niektórych warunków wykonywania usług pośrednictwa, Zamawiający będzie borykał się na etapie podpisywania umowy oraz realizacji zamówienia.

Izba nie podziela również dokonanej przez Odwołującego interpretacji odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 23 dotyczące SIWZ, jako opisanego w pytaniu wykonania niedopuszczającej sposobu zamówienia.

22

Przeciwnie, w ocenie Izby, łączna interpretacja zestawionych w treści pisma z dnia 16.10.2014 r. pytania i odpowiedzi, nie pozostawia wątpliwości co do rzeczywistych intencji Zamawiającego i przesądza o dopuszczeniu postulowanego w pytaniu sposobu wykonania usług.

Należy wskazać w tym zakresie, iż w pytaniu nr 23 sformułowano w istocie dwa kolejne, wariantowe pytania. Pierwsze było prośbą/pytaniem o wyłączenie przesyłek specjalnych z zakresu przedmiotu zamówienia. Natomiast drugie było pytaniem/postulatem na wypadek niedopuszczenia powyższego przez Zamawiającego. Wykonawca wyraźnie w zapytał, czy w takim przypadku

Zamawiający dopuści *możliwość sporządzenia odrębnego wykazu przesyłek wymagających nadania u operatora wyznaczonego lub ich oznakowania w określony sposób - w celu wydzielenia i nadania przez Wykonawcę u operatora wyznaczonego w dniu odbioru przesyłek od Zamawiającego*, a następnie opisał szczegółowo tego typu usługi.

Na tak postawione pytania odpowiedział Zamawiający: na pierwsze przecząco – nie wyłączy przesyłek specjalnych z zakresu swojego zamówienia; na drugie twierdząco – dopuści sporządzenie odrębnego wykazu. Natomiast cel sporządzenia takiego wykazu był opisany w pytaniu i Zamawiający nie musiał go powtarzać, aby sens takiego potwierdzenia był oczywisty. W ramach swojej odpowiedzi Zamawiający zaznaczył jedynie, iż nie dopuszcza, aby to wykonawca był nadawcą przesyłek, ale winny być one nadawane jako przesyłki Zamawiającego.

Odnosnie zarzutów dotyczących podwykonawstwa Izba wskazuje, iż w pełni podziela stanowisko Przystępującego InPost wyrażone w cytowanym powyżej piśmie z dnia 20 listopada 2014 r.

Jak już stwierdzono powyżej, dopuszczalne było w tym przypadku wykonanie części przedmiotu zamówienia dotyczącego przesyłek specjalnych przez świadczenie usługi polegającej na odebraniu przesyłek Zamawiającego przez wykonawcę i nadawaniu ich w imieniu Zamawiającego w placówce operatora wyznaczonego. W takim przypadku stronami usługi pocztowej w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe, są Zamawiający i operator 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

23

umowny dotyczący usług polegających na zanoszeniu przesyłek Zamawiającego na Poczcie, nadawaniu ich i opłacaniu (charakter tego typu usług jest szeroko opisywany w treści powoływanych odwołań).

Izba nie uwzględniła również zarzutu dotyczącego niedozwolonych negocjacji/zmian treści oferty. InPost nie zamierza wykonywać zamówienia (zwłaszcza w zakresie usług pośrednictwa) przy pomocy oferowanych podwykonawców i powyższego nie podawał w treści swojej oferty. Do żadnych negocjacji i zmian treści oferty w tym przypadku więc nie doszło.

W rozpatrywanym przypadku Zamawiający zastosował błędną kwalifikację prawną własnej czynności z dnia 3 listopada 2014 r. (art. 26 ust. 3 Pzp). W rzeczywistości było to zwykłe wyjaśnienie treści oferty dokonywane w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, które wobec uzyskanej odpowiedzi nie pociągało za sobą konieczności dokonywania żadnych formalnych zmian w treści oferty (na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp), polegających np. na wskazywaniu jaki zakres zamówienia zostanie powierzony do podwykonania (w przypadku gdyby z podwykonawców oferent zamierzał korzystać) lub dokonywania w pkt 7 Formularza ofertowego graficznych przekreśleń.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 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).

.....
.....
.....

24

