

WYROK
z dnia 27 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2013 r. przez wykonawcę **InPost Sp. z o.o., ul. Malborska 130, 30-624 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Statystyczny w Rzeszowie, ul. Jana III Sobieskiego 10, 35-959 Rzeszów,**

przy udziale wykonawcy **Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **InPost Sp. z o.o., ul. Malborska 130, 30-624 Kraków** i 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., ul. Malborska 130, 30-624 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

1

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

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 2641/13 Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Urząd Statystyczny w Rzeszowie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 [ustawa Pzp]), którego przedmiotem jest „Świadczenie usług pocztowych dotyczących listów w obrocie krajowym i zagranicznym dla Urzędu Statystycznego w Rzeszowie.” Zdaniem Odwołującego - In Post Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie Zamawiający z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odrzucił ofertę wykonawcy i dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Poczty Polskiej S.A. z Warszawy, pomimo że oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, w szczególności jest droższa od oferty Odwołującego o ponad 5.000 zł. Wykonawca stwierdził również, że jego oferta jest zgodna z ustawą oraz odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz]. Odwołujący zarzucił również naruszenie art. 36 ust. 5 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp z uwagi na uznanie, że wskazanie w ofercie zamiaru posługiwania się podwykonawcą stanowi podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy oraz naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 3 tej ustawy w związku z art. 15 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący zarzucił również naruszenie przepisów ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 Nr 1529) [PP] oraz jej art. 6 ust. 4 poprzez uznanie, że wskazany przez niego podwykonawca mógłby występować w ramach realizacji zamówienia jedynie, jako nadawca, z uwagi na brak wpisu do rejestru operatorów

pocztowych i art. 20 ust. 1 PP w związku z art. 48 PP z uwagi na uznanie, ewentualne naklejenie przez podwykonawcę znaczka opłaty pocztowej na przesyłce w miejsce nabitej pieczętki spowoduje zmianę operatora pocztowego oraz zawarcie umowy na realizację usługi pomiędzy podwykonawcą a Poczta Polska S.A. Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Poczty Polskiej S.A. jako najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonanie wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu podał, że Zamawiający w dniu 6 listopada 2013 r. poinformował m.in. wykonawcę o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, stwierdzając, że oferta jest niezgodna z ustawą oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zamawiający podał, że Odwołujący w formularzu oferty wskazał, że będzie posługiwał się przy realizacji zamówienia podwykonawcą - InforSyst S.A., co jego zdaniem implikuje twierdzenie, iż część usług zostanie powierzona Poczcie Polskiej S.A.,

3

która nie została wskazana w ofercie. Zdaniem Odwołującego taka ocena jest niezgodna z ustawą Pzp oraz ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także z innymi przepisami regulującymi procedurę udzielania zamówień publicznych. Wykonawca dalej podał, że Zamawiający - zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp - dał wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Zgodnie z przepisem art. 36 ust. 5 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Wskazał również, że Zamawiający w punkcie 3.7 siwz wprost dopuścił możliwość powierzenia przez wykonawcę części lub całości zamówienia podwykonawcom. W takim przypadku wykonawca zobowiązany był jedynie do wskazania w swojej ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. Brak takiego wskazania, miał informować o realizacji zamówienia samodzielnie przez wykonawcę - bez udziału podwykonawcy. Wykonawca w punkcie 10 Formularza oferty wskazał firmę i adres podwykonawcy oraz zakres usługi mu powierzonej, podając, że będzie to wysyłka części przesyłek za pośrednictwem operatora wyznaczonego, odbiór, sortowanie i konfekcjonowanie przesyłek. Jego zdaniem z powyższego jednoznacznie wynika, że wykonawca skorzystał z prawa do wskazania w ofercie części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom. W związku z tym nie może czynić Odwołującemu zarzutu, że skorzystał ze swego prawa. Dalej stwierdził, że podanie zakresu do powierzenia podwykonawcy nie oznacza wcale, że wykonawca będzie korzystał z podwykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Ponownie podkreślił, że jest to jego uprawnienie, na co wyraźnie wskazuje art. 36 ust. 5 ustawy Pzp, jednoznacznie stanowiąc, że „wykonawca może powierzyć” wykonanie zamówienia podwykonawcom. Powołując się na orzecznictwo KIO w szczególności stwierdził, że samo niewypełnienie nawet prawidłowo wyrażonych, tj. zgodnych z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, zadań zamawiającego dotyczących wskazania zakresu podwykonawstwa (np. nie podanie informacji o planowanym podwykonawstwie w przypadku, gdy w rzeczywistości wykonawca zamierza wykonywać zamówienie lub jego część z pomocą podwykonawców) pozbawione jest jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych dla wykonawcy wyrażonych w ustawie, a mianowicie nie jest sytuacją opisana w dyspozycjach art. 24 lub 89 tej ustawy na podstawie których wykonawca może jedynie pozbawiony zostać możliwości uzyskania zamówienia. W szczególności, jego zdaniem, nie zostaje w ten sposób wypełniona dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Przeciwny skutek prawny wynikałby tylko z innego sformułowania adekwatnych przepisów - z odmiennej redakcji art. 36 ust. 4 i nałożenia tego typu obowiązków bezpośrednio na wykonawcę. Dalej podał, że podanie lub brak informacji o zakresie podwykonawstwa, poza walorem informacyjnym, nie rodzi

4

adnego skutku zobowiązaniowego, co do sposobu wykonania zamówienia określonego w ofercie. Dodatkowo wskazał, że zadanie przez Zamawiającego podania przez wykonawcę w punkcie 10 formularza oferty nazwy i adresu podwykonawcy jest naruszeniem art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, gdy ustawodawca pozwala jedynie zadać od wykonawcy części zamówienia,

które zamierza powierzyć podwykonawcą i nie może w tym zakresie dać dalszych informacji w tym zakresie, w szczególności nazwy podwykonawcy czy jego adresu. Zwrócił również uwagę na nowy porządek prawny na rynku pocztowym od początku bieżącego roku obowiązuje, który dopuszcza do świadczenia usług pocztowych także innych wykonawców - operatorów pocztowych. Tym samym skoro wolą ustawodawcy jest by rynek pocztowy był wolny i dostępny dla jak największej liczby operatorów pocztowych, to wszelkie działania mające na celu ograniczenie konkurencji w tym zakresie będą stanowiły również naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który statuuje zasadę równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji. Wskazał na art. 6 ust. 4 Prawa pocztowego, który nie wymaga wpisu do rejestru operatorów pocztowych działalność wykonywana przez podwykonawcę w imieniu operatora pocztowego na podstawie umowy zawartej w formie pisemnej. Nieprawidłowe jest więc twierdzenie Zamawiającego, że wskazany przez Odwołującego podwykonawca, mógłby występować jedynie w roli nadawcy, gdy nie jest wpisany do rejestru operatorów pocztowych. Takie twierdzenie jest w świetle powyższego nieuprawnione, gdy ustawodawca wyraźnie sankcjonuje sytuację, gdy podwykonawca nie jest wpisany do rejestru operatorów pocztowych, a mimo to świadczy pewien zakres usług pocztowych. Może on wówczas realizować czynności w imieniu i na rzecz wykonawcy, a wykonawca ponosi za niego odpowiedzialność względem Zamawiającego. Jego zdaniem nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, że ewentualne naklejenie przez podwykonawcę znaczka opłaty pocztowej w toku realizacji usługi pocztowej w miejsce nabitej pieczętki spowoduje naruszenie art. 20 ust. 1 PP. Zgodnie z tym artykułem, operator pocztowy, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, jest obowiązany do oznaczenia przyjętej przesyłki pocztowej informacją potwierdzającą przyjęcie przez niego opłaty za usługę pocztową albo sposób jej uiszczenia oraz umożliwiający jego identyfikację. Brak jest w szczególności w tym przepisie zakazu naklejania znaczków opłaty pocztowej na przyjętą przez operatora przesyłkę, także w kontekście ewentualnego podwykonawstwa. Wskazał również, że wykonawca uczynił zadość obowiązkom przewidzianym w tym artykule, gdy realizując usługę oznaczy przyjętą przesyłkę w zakresie opłaty, które to oznaczenie umożliwi jego identyfikację. Tym samym niezasadne jest, jego zdaniem, również twierdzenie Zamawiającego, wedle którego naklejenie znaczka opłaty pocztowej na przesyłkę spowoduje zawarcie umowy pomiędzy podwykonawcą i Poczta Polska S.A., co zdaniem Zamawiającego spowoduje zmianę nadawcy. W każdym bowiem wypadku, zarówno gdy wykonawca będzie korzystał z usług podwykonawcy, jak i wówczas gdy sam będzie

5

korzystał z trybu usługi powszechnej w celu wysyłki przesyłek, nie dojdzie do zmiany nadawcy, gdy tym nadawcą będzie zawsze Zamawiający. W związku z czym brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że wykonawca postąpił niezgodnie z siwz czy ustawą PP. W konkluzji stwierdził, że ma interes w uzyskaniu tego zamówienia w tym, albowiem złożył ona ofertę, a na skutek niezasadnego odrzucenia jego oferty, która była najkorzystniejsza cenowo doznał uszczerbku wskutek i to wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc w szczególności, że określił przedmiot zamówienia w punkcie 3 siwz, zastrzegając w pkt 3.5.a), i „Zamawiający nie dopuszcza sytuacji, w której część przesyłek zostanie nadana przez inny podmiot na rzecz i w imieniu Zamawiającego, w wyniku czego na dowód nadania przesyłki będzie figurował inny podmiot niż Zamawiający. Przesyłki muszą być doręczane w oryginalnych kopertach Zamawiającego i nadawane wyłącznie na podstawie dokumentów i druków potwierdzenia nadania, doręczenia i odbioru wypełnionych przez Zamawiającego. Zarówno na kopertach jak i na ww. dokumentach i drukach muszą znajdować się dane adresowe Zamawiającego (musi figurować na nich jako nadawca)”. Ponadto w punkcie 3.8 siwz zastrzegł, że znaczek opłaty pocztowej zostanie zastąpiony pieczęcią wykonaną wg wzoru podanego przez wykonawcę. Z oferty złożył ona przez Odwołującego wynika, że zamierza on powierzyć część zamówienia Podwykonawcy, tj. firmie In Forsys S.A. z siedzibą w Radzyminie, Al. Jana Pawła 24, jednocześnie wskazując jaki zakres zamówienia Odwołujący zamierza powierzyć Podwykonawcy. Czynności, które będą wykonywane przez Podwykonawcę wskazane w ofercie sprowadzają się nie tylko do przemieszczania i sortowania przesyłek, lecz także będą polegać na wysyłaniu poprzez operatora wyznaczonego przesyłek do miejscowości nieobsługiwanych przez Odwołującego

(załącznik do oferty Lista Miast i Kodów obsługiwanych przez Odwołującego). Wskazał na art. 14 ustawy PP zgodnie z którym świadczenie usług pocztowych odbywa się na podstawie (1) umów o świadczenie usług pocztowych zawieranych między nadawcami a operatorami pocztowymi, lub (2) umów o współpracę zawieranych między operatorami pocztowymi. Wskazał tak e na art. 35 tej ustawy, w myśl którego operator pocztowy, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, może po przyjęciu przesyłki pocztowej powierzyć dalsze wykonanie usługi innemu operatorowi pocztowemu na podstawie umowy o współpracę zawartej w formie pisemnej. Jego zdaniem, w niniejszym stanie faktycznym, część przesyłek nadawanych przez Zamawiającego na podstawie umowy z Odwołującym, będzie nadawana przez podwykonawcę, który nie jest operatorem pocztowym, a to jest niezgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy Prawo Pocztove. Według szacunku Zamawiającego, Odwołujący będzie świadczył usługi zastrze one dla operatora pocztowego do adresatów

6

zamieszkałych na terenie jedynie 15 % gmin w Polsce. Zamawiający w większości przypadków nie będzie występował jako nadawca - faktycznym nadawcą i stroną umowy z operatorem wyznaczonym będzie Podwykonawca. Dalej podał, e ustawa Prawo Pocztove w art. 2 pkt 10 stanowi, e nadawcą jest wyłącznie podmiot, który zawarł z operatorem pocztowym umowę o świadczenie usługi pocztowej. Przyjmując sposób realizacji zamówienia zaproponowany w ofercie zło onej przez Odwołującego, Zamawiający straci ustawowy status nadawcy, zastrze ony dla niego w specyfikacji. Zamawiający dopuścił mo liwość wykonywania części zamówienia przez podwykonawcę, jednak te czynności powinny być wykonywane zgodnie z ustawą Prawo Pocztove. Odwołujący, wskazując jako podwykonawcę firmę In Forsys S.A. powierzył jej czynności zastrze one prawem dla Zamawiającego - nadawcy, co jest niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia określonym w siwz. Zatem przyjmując sposób realizacji usługi wskazany w ofercie Odwołującego, nie tylko nastąpi zmiana nadawcy - nadawcą w miejsce Zamawiającego stanie się podwykonawca, który przesyłki będzie nadawał w imieniu i na rzecz Zamawiającego - jak równie dojdzie do zmiany operatora pocztowego, bez zawartej umowy pomiędzy operatorami pocztowymi. Tym samym dojdzie do naruszenia art. 14 pkt 2 ustawy Prawo Pocztove. Zamawiający stwierdził równie , e zarzut naruszenia art. 36 ust. 5 w zw. z art. 36 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jest niezasadny. Zamawiający określił przedmiot zamówienia z nale ytą starannością na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie dopuścił wykonywanie części przedmiotu zamówienia przez podwykonawców. Czynności związane z wykonywaniem usługi przez Odwołującego i podwykonawcę powinny być zgodne z ustawą Prawo Pocztove. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego nie było powierzenie realizacji części zamówienia przez podwykonawcę jako takiego, lecz fakt, i powierzony mu zakres czynności i sposób wykonywania przez niego usługi jest sprzeczny z zapisami ustawy Prawo Pocztove i siwz. Zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy Prawo Pocztove, wpisu do rejestru operatorów pocztowych nie wymagają czynności przyjmowania, sortowania, przemieszczania i doręczania druków bezadresowych, natomiast do wszystkich pozostałych czynności wymagany jest wpis do rejestru operatorów pocztowych. Dalej podał, e tak e zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp jest niezasadny, albowiem zasada równego traktowania oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na ka dym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale tak e środków dyskryminujących ze względu na ich właściwości. Zamawiający w taki sposób opisał przedmiot zamówienia, aby ka dy wykonawca będący operatorem pocztowym, nawet nieposiadający rozwiniętej sieci punktów pocztowych, miał mo liwość zło enia oferty w postępowaniu, poprzez powierzenie części przedmiotu zamówienia podwykonawcy (innemu operatorowi pocztowemu zgodnie z ustawą Prawo Pocztove). Ponadto czynności niezastrze one ustawą Prawo Pocztove do wykonywania dla operatora pocztowego, mógł

7

powierzyć podwykonawcy niewpisanemu do rejestru operatorów pocztowych. Podkreślił, e zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, e dokonany opis nie

e opis narusza konkurencji i

równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, przedmiotu zamówienia uniemo liwia zło enie oferty przez dany podmiot, nie wskazuje na

naruszenie podstawowych zasad udzielenia zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum. Stwierdził również, że bezzasadny jest również zarzut naruszenia art. 20 w zw. z art. 48 ustawy Prawo Pocztowe. Operator pocztowy może powierzyć dalsze wykonanie usługi innemu operatorowi pocztowemu na podstawie umowy o współpracę zawartej w formie pisemnej. Takiej umowy firma In Post Sp. z o. o., z operatorem wyznaczonym nie posiada. W tej sytuacji Odwołujący zlecając Podwykonawcy wysyłanie części korespondencji za pośrednictwem operatora wyznaczonego, faktycznie spowoduje zmianę operatora pocztowego dla Zamawiającego. Natomiast naklejenie przez podwykonawcę znaczka opłaty pocztowej, spowoduje zawarcie umowy o świadczenie usługi pocztowej pomiędzy podwykonawcą, a operatorem wyznaczonym. Zamawiający podał również, że Odwołujący złożył oświadczenie zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, że dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym, tj. dysponuje na terenie każdej gminy minimum jedną placówką do obrotu przesyłkami awizowanymi, czynną w dni robocze. Z oferty Odwołującego wynika, że nie spełnia on tego wymogu (do oferty została dołączona lista, na której jest wskazane jedynie 379 placówek pocztowych, gmin). Odwołujący w ofercie nie wykazał, że będzie dysponował w pozostałych gminach zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawa zamówień publicznych nie wzywał wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonego oświadczenia, gdy na podstawie art. 89 ust. 1 i 2 ustawy Prawa zamówień publicznych oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca - Poczta Polska S.A. w Warszawie, wnosząc także o oddalenie odwołania i wskazując w szczególności, że w formularzu ofertowym, wykonawca In Post Sp. z o. o. oświadczył, że część zamówienia (wysyłka przesyłek do miejscowości niewymienionych w siwz) wykona przy pomocy podwykonawcy - In Forsys S.A., który ma dokonywać wysyłki części przesyłek za pośrednictwem operatora wyznaczonego, jakim aktualnie jest Poczta Polska S.A. Nie kwestionując dopuszczalności takiego oświadczenia, przystępujący stwierdził, że świetle postanowień siwz oraz wyjaśnień jej przez Zamawiającego, treść wybranej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tym przypadku wskazał na § 1 ust. 1 wzoru umowy (załącznik nr 7 do siwz), w którym Zamawiający wykluczył możliwość nadawania części przesyłek objętych przedmiotem

8

zamówienia przez inny podmiot, niż wybrany wykonawca, na rzecz i w imieniu nadawcą wszystkich przesyłek ma być Zamawiającego, stwierdzając

jednoznacznie, i

Urząd Statystyczny w Rzeszowie. Natomiast zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Prawo pocztowe oświadczenie In Post Sp. z o.o. skutkuje tym, że w przypadku nadania części przesyłek za pośrednictwem Poczty Polskiej S.A. faktycznym nadawcą będzie podwykonawca - InForsys S.A., a nie Zamawiający. W tym przypadku wskazał także na art. 14 ustawy PP i jego zdaniem, z literalnego brzmienia przywołanych wyżej przepisów, oświadczenie wybranego wykonawcy, byłoby skutecznie i ważne tylko w przypadku, jeśli wybrany wykonawca, który jest operatorem pocztowym zawarłby umowę o współpracę z Poczta Polska S.A., jako wskazanym podwykonawcą w zakresie realizacji części przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że Poczta Polska S.A. zawarła stosowną umowę z firmą InForsys S.A., jednakże ta umowa dotyczy współpracy w zakresie konkretnych (enumeratywnie wyliczonych) podmiotów, wśród których nie ma aktualnie Zamawiającego. W konsekwencji nie została zawarta umowa w rozumieniu art. 14 ustawy Prawo pocztowe, która mogłaby stanowić podstawę do realizacji usług przez In Forsys S.A. na rzecz Zamawiającego, za pośrednictwem Poczty Polskiej S.A. i trudno przewidzieć, czy dojdzie do jej zawarcia, zwłaszcza, że przepisy tej ustawy nie nakładają na operatora wyznaczonego takiego obowiązku (inaczej niż w przypadku umowy na dostęp do infrastruktury pocztowej). Zatem świadczenie usług pocztowych objętych przedmiotowym zamówieniem przez Poczta Polska S.A., jako faktycznie dalszego podwykonawcę, nie jest możliwe z uwagi na brak podstawy prawnej. Wskazał także na art. 15 ustawy Prawo pocztowe, który stanowi, że zawarcie umowy o świadczenie usługi pocztowej następuje w szczególności przez: (1) przyjęcie przez operatora pocztowego przesyłki pocztowej do przemieszczenia i doręczenia; albo (2) wrzucenie przesyłki listowej, z wyłączeniem przesyłek rejestrowanych oraz podlegających ustawowemu zwolnieniu z opłat pocztowych, do nadawczej skrzynki

pocztowej operatora pocztowego; lub (3) przyjęcie przez operatora pocztowego przekazu pocztowego, z tym, e do przyjmowania przekazów pocztowych ze świadczeniami z ubezpieczeń społecznych, w tym emerytalnymi i rentowymi, świadczeniami z pomocy społecznej, a tak e przekazów pocztowych na tereny wiejskie jest uprawniony operator wyznaczony. Przystępujący stwierdził, e niewykluczone zatem, e wykonawca - InPost Sp. z o.o. zamierza realizować część przedmiotu zamówienia za pośrednictwem InForsys S.A. w oparciu o powyższy przepis, nadając część przesyłek w placówkach (urzędach pocztowych) Poczty Polskiej S.A., opatrując je znaczkiem pocztowym jako potwierdzeniem wniesionej opłaty. Takie zapatrywanie jest tym bardziej uzasadnione, e zgodnie z art. 48 ustawy PP operator wyznaczony nie może odmówić zawarcia umowy o świadczenie usługi pocztowej, dotyczącej świadczenia usługi powszechnej. Jednak e, zgodnie z art. 20 ustawy PP operator pocztowy, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, jest obowiązany

9

do oznaczenia przyjętej przesyłki pocztowej informacją, potwierdzającą przyjęcie przez niego opłaty za usługę pocztową albo sposób jej uiszczenia oraz informacją umożliwiającej jego identyfikację. Zatem In Post Sp. z o.o., przyjmując do nadania przesyłki Zamawiającego, przed ich przekazaniem do InForsys S.A., zobligowany jest do ich oznaczenia w sposób umożliwiający jego identyfikację. Dopiero tak oznaczona przesyłka mogłaby zostać nadana w placówce Poczty Polskiej S.A., która rzecz jasna również musiałaby ją oznaczyć swoim znakiem opłaty pocztowej. W konkluzji stwierdził, e stroną tak zawartej umowy o świadczenie usług pocztowych z operatorem wyznaczonym byłby wykonawca In Post Sp. z o.o., a nie Zamawiający - co odpowiada definicji nadawcy określonej w art. 3 pkt 10) ustawy Prawo pocztowe, zgodnie z którym nadawca to podmiot, który zawarł z operatorem pocztowym umowę o świadczenie usługi pocztowej. Podkreślił, e możliwość stosowania znaczków wyklucza Zamawiającego w punkcie 3.8 siwz, zgodnie z którym znaczek opłaty pocztowej zostanie zastąpiony pieczęcią wykonaną (...) wg wzoru podanego przez wykonawcę." Wskazał tak e na stanowisko Zamawiającego z dnia 23 października 2013 r., który udzielając odpowiedzi na pytanie nr 5 do siwz, stwierdził, e nie dopuszcza zmian układu danych adresowych na kopercie, których dokonanie byłoby konieczne ze względu na obowiązek naniesienia znaku opłaty pocztowej Poczty Polskiej S.A. Reasumując, Przystępujący stwierdził, e zło ona w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawcę In Post Sp. z o.o. oferta winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na to, e jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdy wykonanie zamówienia przy pomocy operatora wyznaczonego nie będzie mogło zostać zrealizowane w sposób zapewniający, aby nadawcą wszystkich przesyłek objętych przedmiotem zamówienia był Zamawiający, który to warunek jednoznacznie wynika z postanowień siwz. Przystępujący stwierdził tak e, e Zamawiający w sposób jednoznaczny stwierdził, formułując postanowienia siwz, a tak e udzielając odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści siwz, e nie dopuszcza możliwości nadawania części przesyłek objętych przedmiotem zamówienia przez inny podmiot niż wybrany wykonawca, na rzecz i w imieniu Zamawiającego, podając, e nadawcą wszystkich przesyłek ma być Urząd Statystyczny. Podkreślił, e zaprezentowana w odwołaniu interpretacja postanowień specyfikacji jest nieuzasadniona w świetle przepisów Pzp, a tak e zgodnie z orzecnictwem, nie odpowiadałaby wykładni autentycznej dokumentu przetargowego wykonawcy, a ponadto w sposób nieuprawniony prowadziłaby do wykreowania stosunku prawnego niezgodnego z przepisami prawa pocztowego. Powołując się na orzecznictwo sądowe stwierdził, e nie może na dokonać w ramach wykładni (art. 65 k.c.) takiego przekształcenia umowy, które stworzyłoby nową, odmienną umowę, o zupełnie innej relacji między stronami, w treści której powstałyby inne prawa i obowiązki stron, przy czym wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zrehabilitowała umowę.

10

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, e przedmiotem tego zamówienia jest usługa, której wartość nie przekracza kwoty ustalonej przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest

uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot [stanowi kwotę 489.373,28 zł, co stanowi równowartość 121.746, 76 euro] i ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych. Tym samym w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniach o wskazanej wartości odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: (1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; (2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; oraz wobec (4) odrzucenia oferty odwołującego.

W niniejszym odwołaniu, zasadniczą zaskarżoną czynnością, jest odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp i tym samym, w tych konkretnych okolicznościach faktycznych, wykonawca, w związku z art. 180 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, ma możliwość powoływania się na legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp, albowiem złożył najkorzystniejszą ofertę cenową [cena jedynym kryterium wyboru] i tym samym uwzględnił zarzut, co do braku podstaw odrzucenia jego oferty umożliwia temu wykonawcy uzyskanie zamówienia.

Rozpoznając niniejsze odwołanie Izba przede wszystkim miała na uwadze dyrektywę zawartą w art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Rozpoznając z kolei zarzuty podniesione w odwołaniu, Izba ma także obowiązek stwierdzić, czy dany zarzut został wniesiony w terminie określonym w art. 182 ustawy Pzp oraz, czy wobec treści art. 180 ust.2 ustawy Pzp – może być skutecznie podnoszony. Takie orzekając w zakresie podnoszonych zarzutów, Izba musi uwzględniać dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie, z którą strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą **kontrydiktoryjności**, która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i w myśl

11

tej zasady strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust.7 ustawy Pzp.

Tak jak ustaliła Izba w przedmiotowym odwołaniu, obok zasadniczego zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, wykonawca podniósł również zarzut naruszenia art. 36 ust.5 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust.4 tej ustawy, gdy zdaniem Odwołującego zamiar postępowania się przez niego podwykonawcą stanowił podstawę odrzucenia jego oferty. Wykonawca wskazał ponadto na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 3 tej ustawy w związku z art. 15 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W treści odwołania, wykonawca podniósł również zarzut naruszenia art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, argumentując, że ustawodawca – zgodnie z tym przepisem pozwala jedynie łączyć od wykonawcy części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcy, a zatem Zamawiający nie mógł łączyć dalszych informacji, w szczególności nazwy podwykonawcy czy jego adresu.

Izba, odnośnie zarzutu naruszenia art. 36 ust.4 ustawy Pzp, w zakresie danych podwykonawcy, stwierdza, że taki sformułowany zarzut, jej nie należy uznać, że dotyczy on, w związku z art. 180 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest zarzutem wniesionym po terminie, albowiem to wymagania zawarto w pkt 10 Formularza oferty i tym samym skuteczne jego wniesienie, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, było możliwe w tym postępowaniu, w terminie 5 dni od dnia publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia,.

Rozpatrując, zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że wykonawca w ofercie – Formularz ofertowy – poz. 10 - wskazał w kolumnie 1 [Nazwa i adres podwykonawcy] - podwykonawcę – InForsys S.A. z Radzimyń, a w kolumnie 2 [Zakres usług oraz wartość powierzonych części zamówienia [wartość brutto] – podał, że „Wysyłka przesyłek do miejscowości niewymienionych w załączniku – wykaz miejscowości”

oraz, e „Wysyłka części przesyłek za pośrednictwem operatora wyznaczonego w przypadkach wymaganych przez przepisy prawa jak i wysyłka do miejscowości obsługiwanych w załączniku Lista Miast i Kodów (...) odbiory, sortowanie i konfekcjonowanie przesyłek.”

12

Na gruncie ustawy - Prawo Pocztowe [ustawa PP] operatorem wyznaczonym jest wyłącznie Poczta Polska, a taki podwykonawca nie został wymieniony w kol. 1 pkt 10 Formularza. Ponadto wnoszący odwołanie wykonawca nie przeczył, e wskazany przez niego podwykonawca – InForys S.A. ma co prawda zawartą umowę z Poczta Polska w oparciu o art. 14 ustawy Prawo Pocztowe, jednak e w katalogu podmiotów, których dotyczy obsługa nie został wymieniony Urząd Statystyczny w Rzeszowie i tym samym czynności tego podwykonawcy w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia mogłyby dotyczyć tylko odbioru, sortowania i konfekcjonowania przesyłek, albowiem wykonanie usługi operatora pocztowego, wobec treści art. 14 ustawy PP, nie byłoby mo liwe. Powoływanie się bowiem na mo liwość rozszerzenia katalogu firm obsługiwanych przez podwykonawcę InForys S.A. w istocie potwierdzało, e wykonawca ten – na dzień zło enia oferty - nie miał mo liwości realizacji usługi w sposób dopuszczony ustawą PP.

Mając na uwadze stan faktyczny niniejszej sprawy Izba stwierdza, e oferowany przez Odwołującego w ofercie model świadczenia usług pocztowych na rzecz Urzędu Statystycznego w Rzeszowie nie odpowiada wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba w tym miejscu zwraca uwagę na pkt 3.5.a) oraz na udzieloną odpowiedź nr 5 do tego punktu w piśmie z dnia 23.10.2013 r., stwierdzając, e zgodnie z tym warunkiem Zamawiający nie zezwolił, aby nawet część przesyłek była nadawana przez inny podmiot na rzecz i w imieniu Zamawiającego, oraz wymagał, aby ich nadawanie następowało wyłącznie na podstawie dokumentów i druków potwierdzenia nadania, doręczenia i odbioru wypełnionych przez Zamawiającego, a na kopertach jak i na wymienionych dokumentach i drukach miały znajdować się dane adresowe Zamawiającego, z podkreśleniem, e Zamawiający ma na nich figurować jako nadawca. Z kolei w punkcie 3.8 siwz zastrzeżono, e znaczek opłaty pocztowej zostanie zastąpiony pieczęcią wykonaną wg wzoru podanego przez wykonawcę. Realizując zatem usługę pocztową z udziałem operatora wyznaczonego – Poczta Polska – Zamawiający nie uzyskiwałby statusu nadawcy, gdy w jego miejsce wszedłby wykonawca wnoszący odwołanie i w konsekwencji taki sposób nadania przesyłki następowałby w imieniu i na rzecz tego Zamawiającego, co nie było dopuszczone w specyfikacji.

Izba zwraca tak e uwagę, e zgodnie z pkt 5.1.2. c) specyfikacji, jednym z warunków udziału w postępowaniu było dysponowanie na terenie ka dej gminy minimum po jednej placówce do odbioru przesyłek awizowanych (...). Tym samym, stanowisko wykonawcy przedstawione na rozprawie, co do mo liwości samodzielnego świadczenia usług pocztowych na dzień składania ofert nie została nie tylko potwierdzona, ale przeczy zło onemu w ofercie oświadczeniu, co do mo liwości wysyłki do miejscowości

13

obsługiwanych, a wymienionych w załączniku Lista Miast i Kodów [przedło onych do oferty]. Ponadto takie działanie wykonawcy, mo na kwalifikować, jako próba zmodyfikowania treści zło onych oświadczeń, a nawet sugerowanie, co nie zostało dopuszczone w specyfikacji, zło enia oferty wariantowej w zakresie sposobu realizacji zamówienia.

Izba ponownie zwraca uwagę, e w związku z art. 180 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, postanowienia Ogłoszenia lub specyfikacji, odnoszące się do opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu mogą być podnoszone w odwołaniu skutecznie, o ile, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, ich wniesienie następuje w terminie 5 dni od dnia publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na późniejszym etapie postępowania, po zło eniu ofert Zamawiający jest zobowiązany przy ocenie ofert stosować warunek wymagany zgodnie z jego literalnym brzmieniem.

W konkluzji Izba stwierdza niezasadność podnoszonego zarzutu odnośnie

naruszenia podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, albowiem ta oferta była niezgodna z ustawą, w tym ustawą Prawo Pocztowe, jak i jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji. Izba stwierdza, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego nie było powierzenie realizacji części zamówienia przez podwykonawcę jako takiego, lecz fakt, że powierzony mu zakres czynności i sposób wykonywania przez niego usługi był niezgodny z przepisami ustawy Prawo Pocztowe i siwz i tym samym podnoszony zarzut naruszenia art. 36 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 4 tej ustawy, nie podlega uwzględnieniu. W konkluzji Izba stwierdza, że wobec powyższych ustaleń nie podlega uwzględnieniu także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 3 tej ustawy w związku z art. 15 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, albowiem dokonując oceny ofert w tym postępowaniu Zamawiający zastosował się do warunków ze specyfikacji, nie naruszając tym samym – na tym etapie postępowania - wskazanych przepisów.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).