

Sygn. akt X Ga 237/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 listopada 2013 r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, X Wydział Gospodarczy
w składzie

Przewodniczący Sędzia SO Leszek Guza (spr.)

Sędzia SO Iwona Wańczura
Sędzia SO Barbara Piżybyła

Protokolant

Grzegorz Kaczmarek

po rozpoznaniu w dniu 15 listopada 2013 roku w Gliwicach

na rozprawie

sprawy ze skargi: ...

przy udziale przeciwnika skargi ...

skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej

w wyroku z dnia 19 czerwca 2013r.

sygn. KIO 1362/13

1 oddala skargę.

2 zasądza od skarżącej na rzecz zamawiającego kwotę 1.217,00 (jeden tysiąc dwieście siedemnaście złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym

SSO Leszek Guza

SSO Iwona Wańczura

SSO Barbara Przybyła

sygn. akt X Ga 237/13

Uzasadnienie

Zamawiając) 'prowadziło w hybie przetargu nieograniczonego, w oparciu o przepis) prawa zamówień publicznych, postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego na świadczenie usług pocztowych na potrzeby)

W SIWZ przedmiot zamówienia został opisany jako świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na potrzeby Zakres usługi obejmować miał przyjmowanie, sortowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek z korespondencją i paczek pocztowych, zwrot przesyłek niedoręczonych i potwierdzeń odbioru oraz usługę przewozu korespondencji i dokumentów nadawczych z siedzib) 'zamawiającego do siedzibę- wykonawcy w rozumieniu ustawy prawo pocztowe

Przedmiot zamówienia podzielono na dwa zadania - zadanie I obejmowało świadczenie usług pocztowych w obrocie lokalnym na na potrzeby

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto w załączniku nr ". gdzie ni in dla zadania I wskazano, że przesyłki pocztowe polecane, których adresatem jest sąd oraz w sytuacji gdy zamawiającemu jest niezbędne uzyskanie potwierdzenia nadania które ma moc dokumentu urzędowego, wykonawca zobowiązany - jest odebrać w tym samym dniu, w którym zamawiający zgłosił mu taką konieczność oraz nadać w t)in samym dniu w placówce pocztowej operatora wyznaczonego tj Wykonawca zobowiązań) ' jest do uzyskania potwierdzenia przesyłki a otrzymane potwierdzenie niezwłocznie dostarczyć zamawiającemu tzał nr 7 pkt 5)

Wśród warunków udziału w postępowaniu wskazano m m dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co sprecyzowano jako konieczność wykazania, że wykonawca dysponuje lub będzie dy sponował odpowiednią liczbą placówek zdawczo odbiorczych na terenie miasta Ruda Śląską - co napunie jedną na dwie sąsiadujące dzielnice miasta minimum 5 czynnych w dni robocze w dogodnych godzinach W celu wykazania spełniania tego warunku wykonawca zobowiązany - lw i przedłoży ć wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy- wi az z informacją o podstawie dy sponowania hmi zasobami - zgodnie z załącznikiem ni 5 (Rozdział XII pkt 2 3 SIWZ)

Ponadto wskazano, że wykonawca może w opisanym zakresie polegać na potencjale innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z mmi stosunku W takiej sytuacji by ło wymagane udowodnienie, że wykonawca będzie dysponował hm potencjałem przez złożenie pisemnego zobowiązania heli podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzy stania z nich przy- wykonywaniu zamówienia (Rozdział XII pkt 4 SIWZ)

W toku postępowania przetargowego zostało zadane py tanie (p)tame nr 4) zamawiającemu czy- dopuszcza on sytuację, gdy- część przesyłek zostanie nadana przez mny podmiot na rzecz i w linieniu zamawiającego, w wnuku czego na dowodzie nadania będzie figurował inny podmiot niż zamawiający, natomiast na podstawie zawartych umów będzie możliwość wykazania, że nadanie przesyłki zlecił zamawiający, przy czym na kopercie znajdować się będą dane adresowe zamawiającego a jedynie na dowodzie nadania będzie wskazany inny podmiot mż zamawiający

W odpowiedzi na to pytanie zamawiający wskazał, że nie dopuszcza sytuacji opisanej w pytaniu i wymaga aby na dowodzie nadania przesyłki figurował zamawiający jako podmiot nadający przesyłkę

Pismem z dnia 1" maja 2013 r zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie wanmków udziału w przetargu w tym, m m

- wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem w stosunku do placówek prowadzonych na podstawie umów agencyjny di poprzez złożenie pisemnych zobowiązań zgodnych z Rozdziałem XII piet 4 SIWZ

W odpowiedzi wykonawca pismem z dnia 20 maja 201,3 r wyjaśnił, że wskazane w

ofercie placówki zdawczo - odbiorcze są jego własnymi placówkami, wchodzące w skład jego infrastruktury, działające pod jego szyldem i świadczące usługi na jego rzecz Ocenil, że placówki te wchodzą w skład przedsiębiorstwa wykonawcy Wykonawca złożył poprawiony załącznik ni 5 zawierający wykaz narzędzi

W dniu 29 maja 2013 r zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzy stniejszej oferty w zakresie części pierwszej zamówienia (zadanie ni I) i w w zakresie części drugiej izadame ni II)

Wykonawca wniósł odwołanie od czynności

- wybór oferty wykonawcy dla zadania nr 1 .
- zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy jako mspelniającej wymogi SIWZ i wymogi prawa zamówień publicznych,
- prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania

W odwołaniu wykonawca ten wniósł o

- uwzględnienie odwołania,

- nakazanie unieważnienia czynności wykonania oferty.
- nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i wykonania oferty odwołującego dla zadania nr 1
- zasądzenie kosztów postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu

- naruszenie art 24 ust 2 pkt 3 i 4 w związku z art 22 ust 1 pkt 2 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy w sytuacji gdy podał on nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania i w konsekwencji nie wykazał spełnienia wskazanych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia.
- naruszenie art 24 ust 4 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty . w związku z zaistnieniem podstaw do wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia.
- naruszenie art 22 ust 1 . art 22 ust 1 pkt 3 , art 59 ust 1 pkt 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia wybranej oferty wobec złożenia przez wykonawcę Sp z o.o oświadczenia w zakresie wykonania części zamówienia przy pomocy operatora wyznaczonego - skutkującego tym. że wybrany wykonawca stanie się faktycznym nadawcą części przesyłek objętych przedmiotem zamówienia, co jest sprzeczne z postanowieniami SIWZ oraz interesem zamawiającego, który wymaga aby nadawcą wszystkich przesyłek był on sam

W uzasadnieniu odwołania wykonawca podnosił, że wykonawca wskazał jako potencjał techniczny którym dysponuje na terenie miasta ~ placówek agencyjnych i wskazał, że placówki te wchodziły w skład jego przedsiębiorstwa, co według odwołującego oznacza korzystanie z zasobów innych podmiotów. Odwołujący podkreślił, że agent może zawierać umowy na rzecz zlecającego lub w jego imieniu a to drugie wymaga zaś pełnomocnictwa. Tym samym agent jest odrębnym przedsiębiorcą i zachowuje samodzielność - nie jest więc placówką własną wykonawcy. Podniósł odwołujący, że wybrany wykonawca nie wykazał w sposób przewidziany w Rozdziale XII pkt 4 SIWZ, że może liczyć na potencjał podmiotów trzecich.

Ponadto odwołujący zarzucił, że zamawiający wymaga aby na dowód nadania przesyłki był wpisany zamawiający a nie wykonawca pośredniczący. Zgodnie zaś z obowiązującymi przepisami faktycznym nadawcą części przesyłek będzie wykonawca a nie zamawiający.

Ponadto wykonawca wskazał jako podwykonawcę którym wykona część zamówienia a nie ma zawartej umowy o podwykonawstwo z Zatem świadczenie usług przez jako podwykonawcę nie jest możliwe z braku stosownej umowy.

Wskazał odwołujący, że możliwe jest, iż wykonawca wybrany może świadczyć usługi w ten sposób, że będzie nadawał przesyłki w placówkach operatora wyznaczonego a ten może odmówić przyjęcia przesyłki, ale wtedy wykonawca jest zobligowany do oznaczenia przesyłki w sposób pozwalający na jego identyfikację (art 20 pr poczty).

Dlatego w ocenie odwołującego oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu. W ocenie odwołującego wykonawca ten nie jest bowiem w stanie zrealizować zamówienia zgodnie z warunkami SIWZ. Podkreślił odwołujący, że to zamawiający tak opisując przedmiot zamówienia spowodował, że jedynym

jest w stanie go zrealizować

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 19 czerwca 2013 r. Krajowa Izba (Odwoławcza) oddaliła odwołanie.

W uzasadnieniu Izba wskazała, że dla wykluczenia wykonawcy zgodnie z art 24 ust 2 pkt 3 konieczne jest spełnienie kumulatywnie przesłanek

- wykonawca musi złożyć obiektywnie nieprawdziwe informacje.
- podanie takich informacji musi lub może mieć wpływ na wynik postępowania

Podkreśliła KIO, że dowód nieprawdziwości informacji spoczywa na skarżącym a istnienie przesłanek wykluczenia musi być udowodnione należyście.

Wskazała Izba, iż konieczne jest powiązanie podania nieprawdziwych informacji z intencjami wykonawców w tym zakresie.

Zarzut podania nieprawdziwych informacji w zakresie zarzutu dotyczącego spełniania przesłanek udziału w postępowaniu Izba uznała za niezasadny.

Podniosła, iż zarzuty odwołania sprowadzić się mogą do zakwestionowania wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art 24 ust 2 pkt 4 PZP) a zarzut podania nieprawdziwych informacji jest wobec tego zarzut wtórny.

Ponadto w odwołaniu nie wskazano aby którakolwiek z informacji podanych przez byłaby obiektywnie nieprawdziwa, ale zakwestionowano znaczenie tych informacji oraz podjęto polemikę ze stanowiskiem zamawiającego i wybranego wykonawcy w zakresie intencji podania tych informacji. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego odnośnie kwalifikacji placówek.

wskazanych przez jako zasób własny wykonawcy

Wskazała, że kryteria z art 26 ust 2b PZP nie są ostre Dlatego ocena w tym zakresie winna być dokonywana w okolicznościach konkretnej sprawy. - na podstawie kryteriów przyjmowanych w orzecznictwie i wypracowanych w tej konkretnej sprawie

Jako takie kryterium wskazała Izba bezpośrednie i stałe dysponowanie daną rzeczą lub prawem, w tym również na podstawie dowolnej umowy cywilnoprawnej - w odróżnieniu od pozyskania danej rzeczy lub prawa do niej na potrzeby danego zamówienia

Dlatego dysponowanie placówkami pocztowymi prowadzonymi na podstawie umów agencyjnych przy pomocy których i pod szyldem wykonawcy jest prowadzona działalność pocztowa wykonawcy nie jest, w ocenie KIO, przypadkiem wykorzystania potencjału cudzego

Odnosząc zarzut zaniechania odrzucenia oferty ze względu na podnoszona w odwołaniu niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba wskazała, iż zgodnie z art 89 ust 1 pkt 2 PZP zamawiający odrzuca ofertę jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art 51 ust 2 pkt 3

Podkreśliła Izba, iż rzeczoną niezgodność ofert z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego z zobowiązaniem oferowanym, lub może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ. Podniosła, że możliwe winno być wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność polega Izba przypominała w uzasadnieniu swego orzeczenia, że SIWZ od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego - jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny Jednocześnie SIWZ podlega wykładni na podstawie art 65 k.c. jak każde oświadczenie woli, a więc w taki sposób jak tego wymagają zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje rozpatrywane w odniesieniu do okoliczności w których oświadczenie zostało złożone

Izba nie podzieliła tezę o zaprezentowanej przez odwołującego w odniesieniu do zakresu przedmiotu zamówienia i związanych z tym wymagań zamawiającego

W tym zakresie odwołała się do wykładni autentycznej dokumentu przetargowego dokonywanej przez zamawiającego oraz wskazała, że interpretacja zaprezentowana przez odwołującego prowadzi do drastycznego ograniczenia konkurencji w postępowaniu czyniąc odwołującego jedynym wykonawcą do którego adresowane byłoby zamówienie

Dlatego KIO oceniła, że dyskwalifikuje to zarzut odwołującego i interpretację SIWZ na której jest on oparty

Izba uznała, że przedmiotem zamówienia byłoby nie tylko świadczenie usług operatora pocztowego w rozumieniu art 2 ust 1 prawo pocztowe ale zamawiający wprost dopuszczał i przewidywał w odniesieniu do wykonawców innych niż operator wyznaczony (...). że będą oni wykonywali de facto

usługi pośrednictwa w nadawaniu określonych rodzajów przesyłek w imieniu i na rzecz zamawiającego w placówkach operatora wyznaczonego

Uznała, że z opisu przedmiotu zamówienia i postanowień umownych wynika, że wykonawcą inny niż będzie jedynie odbierał przesyłki od zamawiającego i przekazywał do placówki operatora wyznaczonego gdzie będzie je nadawał w imieniu i na rzecz zamawiającego któremu następnie będzie

dostać zaś potwierdzenie nadania

Uznała też Izba, że odpowiedź na pytanie 4 dotyczyła jedynie oznaczenia podmiotu na dowódzie nadania, gdzie zamawiający wykluczył wpisanie innego podmiotu niż on sam IV tym zakresie uznała, iż powyższe nie stanowi modyfikacji (wykreślenia) przedmiotu zamówienia w zakresie w którym przewidziano i opisano sposób nadawania przesyłek specjalnych w placówce operatora wyznaczonego Izba wskazała, że wszystkie pozostałe postanowienia SIWZ i odpowiedzi na pytania muszą być interpretowane w uzgodnieniu z celem i kształtem danego zamówienia i tak aby nie przekieślać konkurencji w mniejszym postępowaniu

Od orzeczenia tego Skargę wniósł wykonawca. I do

- wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uwzględnienie odwołania skarżącego w całości,
- zasądzenie kosztów postępowania na swoją rzecz

Zaskarżonemu wyrokowi KIO skarżący zarzucił

I naruszenie przepisów postępowania, które miały wpływ na wynik sprawy tj

- art 192 ust 2 PZP poprzez oddalenie w całości odwołania mimo, iż zachodziły przesłanki do jego uwzględnienia
- art 196 ust 4 PZP poprzez niedostateczne uzasadnienie wyroku - niewskazanie wszystkich okoliczności faktycznych. w tym całkowite pominięcie stanowiska odwołującego zaprezentowanego w trakcie postępowania oraz lakoniczne i ogólnikowe odniesienie się do tylko nielicznych argumentów podnoszonych przez skarżącego

II - na uszenie przepisów prawa pocztowego. Idone miały wpływ na wynik sprawy tj

- art 2 u.4 1 ustawy prawo pocztowe poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, że przedmiotem zamówienia nie było wyłącznie świadczenie usług pocztowych oraz, że przedmiotem zamówienia są objęte "przesyłki specjalne" - me uregulowane w prawie pocztowym.
- art 3 pkt 10 pr poczt poprzez błędną wykładnię prowadzącą do niezastosowania na skutek przyjęcia, że strona nadawcą umowy zawartej z operatorem wyznaczonym będzie zamawiający a me wybrany wykonawca.
- art 14 pr poczt poprzez jego błędną wykładnię prowadzącą do niezastosowania na skutek przyjęcia, że przedmiot zamówienia może być realizowany na innej podstawie niż wskazana w tym przepisie
- art 20 ust 1 pr poczt w związku z art 15 pr poczt. pr poczt poprzez jego błędną wykładnię prowadzącą do niezastosowania na skutek przyjęcia, że wybrany wykonawca me jest obowiązany do oznaczenia przyjętej przesyłki pocztowej informacją potwierdzającą przyjęcie przez niego opłaty za usługę pocztową albo sposób jej uiszczenia oraz umożliwiającą jego identyfikację.
- art 7 ust 1 PZP poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, że zamawiający prowadził postępowanie zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez przyjęcie, że zamawiający w sposób prawidłowy ocenił treść dokumentów złożonych wraz z ofertą przez wybranego wykonawcę i zasadnie nie stwierdził spójności złożonej oferty z przepisami PZP oraz zapisami SIWZ
- art 26 ust 2b PZP w związku z art "55 k c popi zez jego błędną wykładnię prowadzącą do niezastosowania na skutek przyjęcia, że dysponowanie placówkami pocztowymi na podstawie umowy agencyjnej stanowi dysponowanie potencjałem własnym wykonawcy a me zasobami osób trzecich.
- art 24 ust 2 pkt 4 w związku z art 22 ust 1 pkt 3 i art 26 ust 2b PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie prowadzące do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania pomimo niewykazania spełnienia określonych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym koniecznym do wykonania zamówienia tj zobowiązań agentów (jako podmiotów trzecich) do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów wymaganych na gruncie art 26 ust 2b
- art 24 ust 2 pkt 3 w związku z art 22 ust 1 pkt 3 PZP poprzez niewyłączenie z postępowania mimo podania przez ten podmiot nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania tj informacji dotyczących dysponowania odpowiednim (własnym i potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia),
- art 24 ust 4 PZP poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że me zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty wybranego wykonawcy w związku z zaistnieniem podstaw do jego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia
- art 29 ust 1 PZP poprzez jego błędną wykładnię prowadzącą do niewłaściwego zastosowania . na skutek przyjęcia, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń . uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ- na sporządzenie oferty
- art 29 ust 2 PZP poprzez jego błędną wykładnię prowadzącą do niewłaściwego zastosowania . na skutek przyjęcia, że zamawiający me opisał przedmiot zamówienia w sposób . który naruszałby zasadę uczciwej konkurencji,
- art 38 ust 1 PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie na skutek przyjęcia, że wyjaśnienia treści SIWZ udzielone przez zamawiającego me są wiążące dla zamawiającego i wykonawców,
- art 89 ust 1 pkt 2 poprzez jego niewłaściwe zastosowanie pomimo, że wybrana oferta me odpowiadała treści SIWZ co obligowało zamawianego do jej odrzucenia.
- art 65 kc w związku z art 14 PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie na skutek przyjęcia, że wykładnia postanowień SIWZ wyklucza uwzględnienie stanowiska skarżącego prezentowanego w odwołaniu, w szczególności w zakresie zarzutów dotyczących niezgodności SIWZ z przepisami prawa pocztowego

W uzasadnieniu skargi skarżący wskazał, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia było nim objęte jedynie świadczenie usług pocztowych wskazanych i wymienionych w SIWZ oraz w załączniku nr Sa

Podnosił, iż żaden przepis prawa pocztowego me posługuje się sformułowaniem "przesyłki specjalnej" - takim pojęciem nie posługuje się również SIWZ

Przypominał, że SIWZ wymaga aby wykonawca posiadał uprawnienia do wykonywania działalności polegającej na świadczeniu usług pocztowych

Podniósł, że zgodnie z art 14 pr poczt świadczenie usług pocztowych odbywa się na podstawie umów zawieranych pomiędzy nadawcami i operatorami lub umów o współpracę zawieranych pomiędzy operatorami pocztowymi Dlatego usługi pośrednictwa w nadawaniu przesyłek za pośrednictwem operatora wyznaczonego me znajdują podstawy prawnej w przepisach regulujących sposób świadczenia usług objętych zamówieniem

Podnosił skarżący, że skoro przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych to nie może polegać na wykonywaniu usług pośłańca lub pośrednika

Ponadto naruszałoby zasady konkurencji przyznanie wszystkim innym poza operatorom prawa do świadczenia usług pośrednictwa w stosunku do przesyłek kierowanych za pomocą operatora wyznaczonego

Przypomniawszy skarżący, że zamawiający wykluczył w odpowiedzi na pytanie 4 możliwość nadawania przesyłek w ten sposób aby na dowód nadania figurował inny podmiot niż zamawiający Przypomniawszy, że zgodnie z obowiązującymi przepisami zarówno wykonawca jak i skarżący winni na przesyłkach oznaczyć je w sposób pozwalający na ich identyfikację

Dlatego w przypadku nadania przesyłek za pośrednictwem Poczty Polskiej faktycznym nadawcą byłby wykonawca wybrany w przetargu

Podniósł skarżący, iż stanowisko KIO zwalnia operatora pocztowego z obowiązku oznaczania swych przesyłek informacją potwierdzającą już pocztową opłatę za usługę pocztową

Wskazał skarżący na fakt wykluczenia jednego z wykonawców z powodu braku dysponowania odpowiednimi zasobami - wykonawca wskazał jako źródło dysponowania zasobami umowami agencyjnymi Podniósł, że skoro wykluczono tego wykonawcę to zasada równego traktowania wymagała wykluczenia także również cliche się posługiwać zasobami na podstawie umów agencyjnych

W ocenie skarżącego KIO błędnie przyjęła, że placówki pocztowe którymi dysponuje na podstawie umów agencyjnych stanowią potencjał własny wykonawcy W tym zakresie skarżący tutaj powtórzył argumentację z odwołania

Podniósł skarżący, iż nie było również prawidłowe umożliwienie "podmiany" załącznika - skoro używano go do uzupełnienia to winien był uzupełnić a nie zmienić stanowisko

Przeciwko skargi wniósł o jej oddalenie i zasądzenie od skarżącego kosztów postępowania Podniósł, że zarzut naruszenia art 192 ust 2 i 196 ust 4 PZP nie został należycie uzasadniony Wskazał, iż zawarcie w SIWZ postanowień o przekazywaniu przesyłek do operatora wyznaczonego nie stanowi naruszenia art 2 definiującego usługę pocztową

Przedmiotem zamówienia nie były przesyłki specjalne ale przez pojęcie przesyłki specjalne rozumiane miały być przesyłki które wymagały nadania za pośrednictwem operatora wyznaczonego Przeciwnik zarzucił, iż skarżący nie wykazał aby KIO przyjęła, że przedmiot zamówienia może być realizowany w tym zakresie na innej podstawie niż wskazana w art 14 pr pocztowego

Sąd Okręgowy po przeprowadzeniu rozprawy skargę oddalił

Zważył tutaj Sąd, że liczne zarzuty skargi sprowadzają się do zakwestionowania prawidłowości oceny przez Izbę trzech okoliczności

- faktu dysponowania przez wykonawcę placówkami pocztowymi potrzebnymi do wykonania zamówienia,
- faktu spełniania przez wykonawcę wymogów zamówienia w zakresie dobiegania przesyłek opisanych jako "specjalne" i
- prawidłowości oceny sposobu opisu przedmiotu zamówienia

Zważył Sąd, że ten ostatni zarzut - zarzut dotyczący prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia - nie mógł być przedmiotem rozpoznania bowiem nie był przedmiotem zarzutów odwołania (art 196 ust 4 PZP)

Ponadto ten zarzut powinien być podniesiony na innym etapie postępowania przetargowego (art 182 ust 2 PZP) Jest zaś niesporne w niniejszej sprawie, że na owym etapie postępowania nikt nie kwestionował Specyfikacji nie kwestionował

Ponieważ więc zarzut tego nie podniósł na odpowiednim etapie postępowania to obecnie zarówno Sąd jak i uczestnicy postępowania muszą zmierzyć się z opisem przedmiotu zamówienia takim jaki on jest Należy zaś wskazać, że opis przedmiotu zamówienia jest ułomny i wymaga interpretacji

W zakresie objętym sporem przede wszystkim wątpliwości budzi opis przedmiotu zamówienia zawarty w załączniku nr 7 pkt 5 Odnosząc się do zadania I opis ten wskazuje bowiem, iż przedmiotem zamówienia jest "świadczenie usług pocztowych w obrocie lokalnym na terenie Miasta na rzecz

" ale jednocześnie w pkt 5 wskazuje, że owe usługi polegają mają również na tym, że "przesyłki pocztowe polecone, których adresatem jest sąd oraz w sytuacji gdy zamawiającemu jest niezbędne

uzyskanie potwierdzenia nadania które ma moc dokumentu uiszedowego, wykonawca zobowiązane jest odebrać w tym samym dniu, w którym zamawiający zgłosił mu taką konieczność oraz nadać w tym samym dniu w placówce pocztowej operatora wyznaczonego tj SA Wykonawca zobowiązany jest do uzyskania potwierdzenia przesyłki a otrzymane potwierdzenie niezwłocznie dostai czyż zamawiającemu

Z przedstawionego opisu wynika zatem, że przedmiotem zamówienia miało być świadczenie usług pocztowych, w tym usług opisanych w pkt 5. które z całą pewnością me spełniają definicji z art 2 ust 1 prawa pocztowego

Sprawę dodatkowo komplikuje jeszcze negatywna odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 4 zadane w trakcie postępowania

Dlatego zapisy SIWZ w części w jakiej stanowią ten opis wymagają wykładni Słusznie bowiem wskazała Izba, że SIWZ podlega wykładni na podstawie art 65 kc jak każde oświadczenie woli, a więc w taki sposób jak tego wymagają zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaj rozpatrywane w odniesieniu do okoliczności w którychli oświadczenie zostało złożone

Aby dokonać jednak tej wykładni trzeba wcześniej zdefiniować założenia na jakiej będzie ona oparta Słusznie wskazała tutaj Izba na to, że obok przesłanek wymienionych w art 65 § 1 kc zasadniczą przesłanką interpretacji omawianego zapisu SIWZ winno być przede wszystkim zachowanie konkurencji Interpretacja omawianego zapisu, o ile to możliwe, me powinna więc prowadzić do sytuacji gdy warunki zamówienie spełniał będzie tylko jeden wykonawca

Ponadto należy pamiętać, że instytucja z art 38 PZP służy wyjaśnieniu wątpliwości odnoszących się do treści SIWZ a me zmianie SIWZ Słusznie wskazała tutaj Izba, że treścią SIWZ zamawiający jest związany

Dlatego odpowiedź na pytanie zadane w trybie art 38 ust 1 PZP me może prowadzić do zmiany SIWZ z pominięciem regulacji art 35 ust 4 do 6 PZP

Biorąc powyższe pod uwagę uznał Sąd, że dokonując interpretacji SIWZ w sytuacji sprzeczności między treścią SIWZ a treścią odpowiedzi na pytanie należy się oprzeć przede wszystkim na literalnej treści SIWZ

Te wszystkie okoliczności powodują, że - w ocenie Sadu Okręgowego - interpretacja opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr " pkt ? nakazuje przyjąć, iż przedmiotem zamówienia były dwa rodzaje usług

- usługi o charakterze usług pocztowych w rozumieniu art 2 ust 1 prawa pocztowego i
- usługi polegające na dostarczaniu przesyłek do placówki operatora wyznaczonego

Za oczywiście przyjmuje Sad, że również taka interpretacja może budzić wątpliwości ale wydaje się, że przy zachowaniu zasad wskazanych wyżej i w zakresie wyznaczonym literalną treścią załącznika nr ' innej interpretacji nie da się racjonalnie uzasadnić

Na marginesie należy wskazać, że me bez znaczenia był tutaj również fakt, iż skarżący formułując swe zarzuty próbował pomijać fałd istnienia poszczególnych zapisów załącznika ni zastępując je poszczególnymi zapisami załącznika nr 8

Podkreślić w tym miejscu jeszcze należy, iż zupełnie odrębną kwestią jest to czy owe usługi opisane w pkt 5 załącznika nr ⁷ w sytuacji wykonywania ich przez operatora pocztowego mają charakter usług pocztowych i czy przy ich wykonywaniu wybrany wykonawca musi wypełniać wskazane w skardze obowiązki wynikające z prawa pocztowego oraz czy je w konkretnej sytuacji wypełnia Uznał Sad, że to już pozostaje do oceny właściwych organów i w zakresie procedur przewidzianych odpowiednimi przepisami prawa pocztowego

W hm zakresie trzeba odnieść się jeszcze do zarzutów skargi dotyczących tzw "przesyłek specjalnych" Tutaj zaś wskazać należy, że wbrew twierdzeniom skarżącego nikt w toku postępowania me twierdził, że prawo pocztowe przewiduje taką kategorię przesyłek Jedynie dla potrzeb sprawy zamawia, acv i Izba używa takiego skrótu dla określenia usług opisanych w pkt ? załącznika nr ⁷

Odnosząc się do zarzutów skarżącego dotyczących fałdu dysponowania pi zez wykonawcę placówkami pocztowymi potrzebnymi do wykonania zamówienia zważył Sąd, że wbrew twierdzeniom skarżącego ocena Izby jest tutaj prawidłowa

Słusznie bowiem przyjęła tutaj Izba kryteria oparte na specyfice prawa zamówień publicznych W tym zakresie w szczególności, prawidłowo Izba przyjęła, że dysponowanie placówkami pocztowymi na podstawie umowy agencyjne, stanowi dysponowanie potencjałem własnym wykonawcy a nie zasobami osób trzecich w rozumieniu przepisów ustawy prawo zamówień publicznych

Słusznie tutaj wskazała Izba na kryterium bezpośredniego i stałego dysponowania daną rzeczą lub prawem, w tym również na podstawie dowolnej umowy cywilnoprawnej - w odróżnieniu od pozyskania danej rzeczy lub prawa doraźnie na potrzeby danego zamówienia

Dlatego dysponowanie placówkami pocztowymi prowadzonymi na podstawie umów agencyjnych przy pomocy których i pod szyldem wykonawcy jest prowadzona działalność pocztowa wykonawcy

nie może być w ramach postępowania przetargowego opartego o przepisy prawa zamówień publicznych uznane za przypadek wykorzystania potencjału cudzego

W tym zakresie nie bez znaczenia są również podnoszone w toku postępowania argumenty, że zamawiający opierał się w omawianym zakresie na oświadczeniach wykonawcy dotyczących tego, iż omawiane placówki prowadzone są w oparciu o potencjał techniczny i rzeczowy wykonawcy. Kluczowe jednak znaczenie dla oceny wskazanego potencjału jako potencjału własnego ma wskazana przez Izbę okoliczność stałego dysponowania daną rzeczą lub prawem w ramach prowadzonej działalności w odróżnieniu od pozyskania jej na potrzeby tego konkretnego zamówienia

Z tych przyczyn uznał Sąd, że zarzuty skargi nie zasługują na uwzględnienie a zaskarżony wyrok jest prawidłowy

Biorąc po uwagę wszystkie omówione okoliczności Sąd Okręgowy w oparciu o art 198f ust 2 PZP skargę oddalił orzekając o kosztach na podstawie art 198fust 5 PZP

- Iwona Wańczura

- Leszek Guza

- Barbara Przebyła