

Sygn. akt: KIO 685/12

WYROK
z dnia 20 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Renata Tubisz**
 Bogdan Artymowicz
 Agnieszka Bartczak - Żuraw

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 6 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **InPost Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Malborska 130, 30-624 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalna Dyrekcja Ochrony Środowiska, ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Poczta Polska S.A., ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża InPost Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Malborska 130, 30-624 Kraków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez InPost Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Malborska 130, 30-624 Kraków tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Dnia 6 kwietnia 2012 r. zostało wniesiono odwołanie przez spółkę InPost sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Malborska 130, 30-624 Kraków zwaną dalej „Odwołującym”.

Odwołanie zostało wniesione w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego Generalną Dyрекcyję Ochrony Środowiska, ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa zwanego dalej „Zamawiającym”.

Prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy „Świadczenia usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych o wadze do 50 g dla zamawiającego”.

Tryb w jakim zamawiający zamierza prowadzić postępowanie to udzielenie zamówienia z wolnej ręki.

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy - usługi zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 kwietnia 2012 r. pod nr ogłoszenia: 74357-2012.

Podstawę prawną wniesionego odwołania stanowi art. 180 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 182 ust. 2 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm) zwanej dalej „Ustawą Pzp”

Odwołanie wniesiono od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, która to czynność polegała na ogłoszeniu o zamiarze zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem następujących przepisów ustawy Pzp: art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a) i b), art. 7 ust. 1, art. 10 ust. 1 i ust. 2.

Odwołujący w związku z wniesionym odwołaniem wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki oraz nakazanie zamawiającemu czynności polegającej na zastosowaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia trybu przetargowego,
2. dopuszczenie dowodów zawnioskowanych i dołączonych do niniejszego odwołania,
3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) w tym kosztów związanych z dojazdem na rozprawę oraz uiszczeniem opłaty od pełnomocnictwa.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

Zamawiający przewidział udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Odwołujący na dowód powyższego załączył do odwołania wydruk ogłoszenia z Biuletynu Zamówień Publicznych nr 74357-2012 z dnia 2 kwietnia 2012 r. – ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy - na okoliczność zastosowania przez zamawiającego trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

W sekcji III pkt 1 zamawiający jako podstawę prawną zastosowanego trybu wskazuje art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp. Natomiast w uzasadnieniu wyboru trybu - w ocenie Odwołującego - zamawiający odwołuje się także do przesłanki z lit. b) ww. przepisu.

W ocenie odwołującego nie zaszła żadna z przesłanek z art. 67 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniająca zamawiającego do zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, w szczególności zaś nie wystąpiła żadna z przesłanek powołanych przez zamawiającego, tj. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) lub b), wobec czego należy uznać, iż zamawiający naruszył postanowienia ww. artykułu ustawy Pzp.

Odwołujący nie zgadza z uzasadnieniem zamawiającego, że Poczta Polska S.A. jest jedynym podmiotem uprawnionym do świadczenia usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla przesyłek zastrzeżonych do 50 g. W tym celu odwołujący przywołał przepis art. 47 ust. 1 prawa pocztowego, który zaopatrzone jest klauzulą „z zastrzeżeniem ust. 2”, z którego to ustępu wynika możliwość świadczenia usług pocztowych zastrzeżonych także przez operatorów innych niż operator publiczny czyli nie tylko przez Poczta Polską S.A.

Zdaniem odwołującego usługi pocztowe, zastrzeżone dla operatora publicznego, mogą być zatem świadczone również przez innych operatorów pocztowych z tym jednak zastrzeżeniem, że opłaty za takie usługi, stosowane przez niepublicznych operatorów pocztowych, nie mogą być niższe niż 2,5-krotność opłaty, jaką pobiera operator publiczny.

Z powyższych uregulowań prawa pocztowego, odwołujący wywodzi, że Poczta Polska S. A. nie jest jedynym podmiotem uprawnionym do świadczenia usług będących przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji tego nie zaszła przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp (przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze), którą Zamawiający wskazał jako podstawę prawną zastosowanego trybu z wolnej ręki.

Odwołujący na poparcie swojego stanowiska przywołał Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 kwietnia 2002 r., sygn. akt II SA 2514/01 cytując: przesłanka ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca - monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi; przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w

której obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwóch lub więcej wykonawców, mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, ponieważ w tym ostatnim przypadku decyzja o tym, któremu z nich należy udzielić zamówienia publicznego, powinna być podjęta w innym trybie przewidzianym ustawą o zamówieniach publicznych, zasadniczo w trybie przetargu.

Natomiast według odwołującego ograniczenie dla operatorów prywatnych w zakresie wysokości opłaty za świadczenie usług zastrzeżonych w żaden sposób nie wpływa na ich zdolność bądź uprawnienie do świadczenia tych usług.

Odwołujący wskazuje, że w uzasadnieniu wyboru trybu zamawiający pośrednio nawiązuje do przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b) ustawy Pzp cytując: „ (...) obecnie na rynku jest tylko jeden dostawca uprawniony do świadczenia usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla przesyłek zastrzeżonych do 50 g-(art. 47 ust. 1 ww. ustawy), którym jest Poczta Polska S.A.”.

W ocenie odwołującego, Poczta Polska S.A. nie posiada praw wyłącznych do świadczenia usług pocztowych zastrzeżonych (co wynika z przepisu art. 47 ustawy prawo pocztowe), która to okoliczność ewentualnie uprawniałaby zamawiającego do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu.

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący wskazuje na najnowsze wyroki Krajowej Izby Odwoławczej w analogicznych sprawach:

- wyrok z dnia 23 lutego 2012 r. (KIO 293/12). Jak wynika z uzasadnienia ww. wyroku:

„(...) pomimo użycia przez ustawodawcę sformułowania o wyłączności i usługach zastrzeżonych, usługi dotyczące wskazanych przesyłek, abstrahując od obowiązku zastosowania wskazanej opłaty minimalnej, mogą być świadczone przez różnych operatorów pocztowych” oraz

wyrok z dnia 26 marca 2012 r. (KIO 476/12): „(...) w zakresie usług pocztowych „zastrzeżonych” nie została spełniona przesłanka do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wskazana w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b) ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawa Prawo pocztowe w zakresie „usług zastrzeżonych” nie nadała Poczcie Polskiej S.A. praw wyłącznych do ich świadczenia, których konieczność ochrony uzasadniałaby skorzystanie z przywołanej przesłanki.”

W konsekwencji odwołujący wskazuje na naruszenie art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż zamawiający nie wykazał, iż stosując tryb zamówienia z wolnej ręki, iż ziszcili się przesłanki określone w ustawie Pzp, a pozwalające zamawiającemu zastosować ten tryb i zamawiający nie zastosował trybu przetargu jako trybu podstawowego.

Odwołujący wskazuje również na naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, o zasadzie prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Bowiem zamawiający przez zamiar udzielenia zamówienia z wolnej ręki uniemożliwił innym operatorom poza Poczta Polska S.A. złożenie ofert.

Zamawiający, stosując tryb szczególny, uniemożliwił Odwołującemu złożenie oferty, a tym samym naruszył jego interes ekonomiczny i prawo do wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, albowiem jest operatorem pocztowym świadczącym usługi pocztowe. Może zatem potencjalnie złożyć ofertę na świadczenie usług będących przedmiotem zamówienia, a następnie zostać wybranym jako wykonawca. Na dowód czego złożył kopię wpisu do rejestru operatorów pocztowych - na okoliczność posiadania przez Odwołującego interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący mógłby złożyć swoją ofertę i zostać wybranym jako wykonawca. Jest to możliwe nawet w sytuacji, gdy zamówienie dotyczy jedynie usług zastrzeżonych (co dla Odwołującego wiąże się z koniecznością zaproponowania na przesyłki o masie do 50 g ceny wyższej niż ta, którą może zaoferować Poczta Polska S.A.). Nie można bowiem wykluczyć, że Poczta Polska S.A. nie złożyłaby swojej oferty bądź oferta Poczty Polskiej S.A. została odrzucona zgodnie z art. 89 Ustawy (bo np. oferta ta zawierałaby błędy w obliczeniu ceny czy treść oferty nie odpowiadałaby treści SIWZ). Odwołujący jako przykład załącza dwa ogłoszenia - dowody nr 3 i 4. Potencjalnie może dojść do ww. sytuacji, a wówczas oferta innego wykonawcy, w tym oferta odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Dowód: informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 29.12.2011 r. i ogłoszenie nr 15567-2012 w BZP o udzieleniu zamówienia. Dowody nr 3 i 4 - na okoliczność potencjalnej możliwości uzyskania przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia.

Reasumując w ocenie odwołującego, zamawiający dokonał czynności niezgodnej z przepisami ustawy Pzp, polegającej na zastosowaniu w przedmiotowym postępowaniu trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, dlatego czynność taka powinna zostać unieważniona, a umowa ewentualnie zawarta przez zamawiającego z Poczta Polska S.A. winna zostać unieważniona, zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt. 1 Ustawy.

Pismem z dnia 12.04.2012r. do postępowania odwoławczego zgłosiła się Poczta Polska S.A. ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa zwana dalej „Przystępującym” w charakterze uczestnika po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania w całości, wskazując na posiadanie interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego. Uzasadniając swoje przystąpienie treścią ogłoszenia, o zamiarze zawarcia z nią umowy z wolnej ręki, opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych. Na poparcie swojego stanowiska przystępujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 grudnia 2011r. o Sygn. akt KIO 2583/11 cytując "faktycznie zgodnie z art.47 ust.1 prawa pocztowego operatorowi publicznemu (...) przysługuje wyłączność świadczenia usług pocztowych polegających na przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu przesyłek pocztowych o masie

nieprzekraczającej 50 gram (...) W przedmiotowym stanie faktycznym należy mieć na uwadze, iż monopol operatora publicznego w przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu przesyłek pocztowych o masie nieprzekraczającej 50 gram nie wynika z woli zamawiającego a wprost z obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa. Stosowanie przez zamawiającego obowiązujących norm prawnych, choćby w odczuciu odwołującego społecznie krzywdzących nie może stanowić podstawy uznania, iż takie działania zamawiającego utrudniają uczciwą konkurencję, czy też ograniczają krąg potencjalnych wykonawców". Przystępujący odniósł się także do przywoływanego w odwołaniu wyroku KIO z dnia 23 lutego 2012r. o Sygn. akt 293/12 wskazując przede wszystkim na okoliczność, że wyrok został wydany w odmiennym stanie faktycznym w tym, iż przedmiotem zamówienia były przesyłki zwykłe, polecone i kurierskie o wadze do 50 g i powyżej 50 g, a przedmiotowe postępowanie odnosi się do przesyłek o wadze do 50g.

Zamawiający pismem z dnia 19.04.2012r. złożył odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości. Do odpowiedzi załączył wykaz ogłoszeń o udzieleniu zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki Poczcie Polskiej S.A. za okres jednego miesiąca w 2012r. w ilości 50 zamówień.

W ocenie zamawiającego zamiar udzielenia zamówienia publicznego Poczcie Polskiej S.A. (przystępującemu) w trybie z wolnej ręki w przedmiotowym postępowaniu jest usprawiedliwione treścią art. 67 ust.1 pkt 1 lit.a ustawy Pzp jako operatorowi publicznemu.

Na poparcie swojego stanowiska przywołał w szczególności brzmienie następujących przepisów prawa: art.57 § 5 pkt 2 k.p.a., art.165 §2 k.p.c., art.45, art.46 ust.2, art.47 ust.1 i ust.2 prawa pocztowego oraz art.44 ustawy o finansach publicznych, które uzasadniają uznanie czynności zamawiającego za zgodne z obowiązującym porządkiem prawnym. Odwołał się również do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 9 stycznia 2004r. w sprawie warunków wykonywania powszechnych usług pocztowych oraz Raportu Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej o stanie rynku usług pocztowych w Polsce w 2010r., wskazujących na to, że Poczta Polska S.A. jest jedynym podmiotem dysponującym infrastrukturą konieczną do świadczenia usług pocztowych o charakterze powszechnym.

Reasumując zamawiający uważa, że pozycja operatora publicznego Poczty Polskiej S.A. w obecnych warunkach prawnych i faktycznych wynika z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, co wyklucza konkurencję pomiędzy operatorami pocztowymi a operatorem publicznym, jako jedynym i wyłącznym wykonawcy mogącym świadczyć usługi pocztowe w zakresie przesyłek do 50 g. w sposób wymagany przez zamawiającego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Izba ustaliła co następuje

Wobec wniesionego odwołania Izba nie stwierdziła spełnienia którejkolwiek z przesłanek ustawowych określonych w art.189 ust.2 skutkujących odrzuceniem odwołania.

W związku z powyższym w myśl art.189 ust.4 ustawy Pzp Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Odwołujący jako podmiot wpisany do Rejestru operatorów publicznych, zgodnie z przedłożonym zaświadczeniem wystawionym przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w dniu 17.08.2011r. L.dz. DRP-WZR-7121-41/06(25) posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy Pzp, w związku z podniesionym w odwołaniu zarzutem naruszenia zasad udzielenia zamówienia w trybie poza przetargowym to jest zamiarem udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Na podstawie dokumentacji przedłożonej przez zamawiającego, dokumentów dołączonych do odwołania oraz wyjaśnień złożonych na rozprawie Izba ustaliła co następuje.

Przyczynę wniesienia odwołania stanowiła treść ogłoszenia zamawiającego zamieszczona w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 2 kwietnia 2012 r. pod numerem ogłoszenia: 74357-2012 – ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy.

Zamawiający nadał zamówieniu następującą nazwę: Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych o wadze do 50 gram dla Generalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska w Warszawie – Sekcja II. 1) ogłoszenia.

Z kolei w sekcji II pkt II.3) zamawiający opisał przedmiot zamówienia, w następujący sposób:

„Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych o wadze do 50 gram. Okres świadczenia usługi: od dnia 05.05.2012 r. do dnia 30.04.2015 r.”

Z ogłoszenia wynika, że Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, a podmiotem, któremu zamierza udzielić przedmiotowego zamówienia jest Poczta Polska S.A to jest przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Jako podstawę prawną trybu zamówienia z wolnej ręki w ogłoszeniu podano, że postępowanie wszczęte zostało na podstawie art.67 ust.1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp.

W uzasadnieniu wyboru trybu zamawiający podał, zgodnie z art.67 ust.1 pkt 1 lit.a ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi okoliczność, iż dane usługi mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Jak wynika z przepisów ustawy z dnia 12 czerwca 2003r. Prawo pocztowe, obecnie na rynku jest tylko jeden dostawca uprawniony do świadczenia usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla przesyłek zastrzeżonych do 50 g, (art. 47 ust. 1ww. ustawy), którym jest Poczta Polska S.A.

W Sekcji IV ogłoszenia podano nazwę wykonawcy, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia: Polska Poczta S.A. Przedstawicielstwo Handlowe w Warszawie, ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa (Przystępujący).

Odwołujący na rozprawie podtrzymał argumentację formalną i prawną zawartą w odwołaniu, a odnosząc

się do udzielonej odpowiedzi na odwołanie podkreślił, iż poprzez zapisy stosownej umowy strony mogą zapewnić skuteczność i terminowość doręczeń na takich samych zasadach jak jest zobowiązana w świetle aktualnych przepisów prawa Poczta Polska S.A.

Również zamawiający ma prawo w umowie określić stosowne kary umowne, a tym bardziej odszkodowania, które pokryją ewentualne szkody z tytułu nie wywiązania się z umowy, tak jak by to uczyniła Poczta Polska S.A.

Podkreślił również, iż skuteczność doręczenia tj. nadanie w placówce operatora publicznego z przywołaniem stosownych przepisów w odpowiedzi na odwołanie to jest przepisów k.p.a. i k.p.c jest istotne dla klienta, petenta, a nie dla organu administracji publicznej, jakim jest zamawiający.

Po za tym w odpowiedzi powołuje się zamawiający na powszechność usług, a przecież w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy nie wynika, iż usługi te mają mieć charakter powszechny w rozumieniu prawa pocztowego.

Co do przywoływanego w odpowiedzi na odwołanie raportu prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej to odwołujący praktycznie jest w stanie zorganizować się tak, aby świadczyć usługi jak o charakterze powszechnym zgodnie z rozporządzeniem.

Ponadto co do szans na wygranie zamówienia w postępowaniu przetargowym, należy mieć na uwadze, że przecież Poczta Polska może być w postępowaniu odrzucona, wykluczona.

Co do wykazu załączonego do odpowiedzi na odwołanie - nie ma on żadnego znaczenia w sprawie bo nie dotyczy sprawy. Nie wiadomo czy inni wykonawcy nie kwestionowali trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie oraz w wyjaśnieniach na rozprawie wskazywał w szczególności na bezprzedmiotowość organizowania przetargu w sytuacji gdy dla usług, zastrzeżonych na podstawie art. 47 prawa pocztowego dla operatora publicznego, będących przedmiotem zaskarżonego postępowania w trybie z wolnej ręki, inni operatorzy pocztowi, w tym odwołujący mogą złożyć ofertę na poziomie nie niższym niż dwu i półkrotność cennika operatora publicznego (przystępującego po stronie zamawiającego- Poczty Polskiej S.A.). Zamawiający w sytuacji wskazywanej w odwołaniu to jest gdyby najkorzystniejsza oferta okazała się ofertą operatora niepublicznego byłby zobowiązany unieważnić postępowanie, ponieważ zamówienie kalkuluje na poziomie cennika operatora publicznego to jest dwa i półkrotnie niższego niż mogą zaoferować operatorzy niepubliczni. Do powyższego zachowania zobowiązuje zamawiającego treść art.44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych, która nakazuje wydawać środki publiczne w sposób celowy i oszczędny oraz w sposób umożliwiający terminową realizację zadań. Dlatego też zamawiający podnosił, że Poczta Polska S.A. na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa jest jedynym i wyłącznym wykonawcą mogącym świadczyć usługi pocztowe w zakresie przesyłek do 50 gram.

Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego oraz na rozprawie w szczególności

wskazywał na to, iż w ogłoszeniu zacytowano treść i przywołano art. 47 prawa pocztowego i uważa, że ust. 1 art. 47 świadczy o wyłączności Poczty Polskiej S.A. w zakresie przesyłek do 50g a ust. 2 tylko o sposobie obliczenia ceny przez innych wykonawców i możliwości wykonywania przez nich również usług w zakresie przesyłek do 50g. Poczta Polska S.A. ma obowiązek zgodnie z przepisami wykonawczymi posiadać placówki we wszystkich miejscach w skali kraju, gdzie inni wykonawcy nie docierają stąd obowiązek istnienia sieci ok. 8,5 tys. placówek, a w przypadku innych wykonawców w tym InPost to jest odwołujący nie ma takiego obowiązku, a sieć jego kształtuje się na poziomie ok. 10% placówek operatora publicznego. Na okoliczność, iż wyłączności nie obala ust. 2 art. 47 prawa pocztowego przystępujący przywołał ust.3 art. 67 ustawy Pzp, wskazujący na zwolnienie z obowiązku przekazywania ogłoszeń o zamówieniach dotyczących m.in. usług pocztowych, co w kontekście do zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1) lit.a ustawy Pzp świadczy o ich bezpodstawności. W jego ocenie ustawa Pzp zezwala na wolną rękę w obrębie usług zastrzeżonych.

Izba zważyła co następuje

Podstawowym trybem udzielania zamówień publicznych jest przetarg zarówno nieograniczony jak i ograniczony, co wynika wprost z treści art.10 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym „Podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony.

Tylko w sytuacjach przewidzianych w ustawie Pzp zamawiający może od powyższej zasady odstąpić i udzielić zamówienia w innym trybie niż przetarg nieograniczony czy przetarg ograniczony, udzielając między innymi zamówienia z wolnej ręki w myśl art.10 ust.2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zamierza udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki przywołując jako podstawę prawną art. 67 ust.1 pkt 1 lit.a ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę: a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Słowo z przyczyn technicznych należy utożsamiać ze słowem – techno: w złożeniach: sztuka; rzemiosło; techniczny; technologiczny; stosowany lub od słowa z gr. techne; sztuka; nauka; rzemiosło; biegłość; chytry – Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych Władysław Kopaliński część druga od M do Ź tom V wydawnictwo Rzeczpospolita str. 199

Przedmiotem zamówienia są usługi pocztowe dla Generalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska w Warszawie

(zamawiający), która zgodnie z obowiązującą nomenklaturą jest zakwalifikowana do administracji rządowej centralnej.

W cytowanym powyżej ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, zamawiający dokonał następującego opisu przedmiotu zamówienia: „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych o wadze do 50 gram(...)”.

Z kolei w uzasadnieniu wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki przywołał następującą okoliczność: zgodnie z art.67 ust.1 pkt 1 lit.a ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi okoliczność, iż dane usługi mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Jak wynika z przepisów ustawy z dnia 12 czerwca 2003r. Prawo pocztowe, obecnie na rynku jest tylko jeden dostawca uprawniony do świadczenia usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla przesyłek zastrzeżonych do 50 g, (art. 47 ust. 1ww. ustawy), którym jest Poczta Polska S.A.

Czyli zamawiający wyczerpując przesłankę z art.67 ust.1 pkt lit.a ustawy Pzp wykazuje, że zamówienie świadczenia usług pocztowych na terenie kraju i zagranicy w zakresie przesyłek do 50 gram, może wykonać tylko jeden wykonawca i to z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Zgodnie z treścią przywołanego art. 47 ust.1 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo pocztowe (t. j. z dnia 14 października 2008 r. Dz. U. Nr 189, poz. 1159) zwanej dalej „prawem pocztowym” operatorowi publicznemu przysługuje wyłączność, z zastrzeżeniem ust. 2, świadczenia usług pocztowych, zwanych dalej "usługami zastrzeżonymi", polegających na:

1) przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu w obrocie krajowym:

a) przesyłek z korespondencją,

b) przesyłek reklamowych,

c) przesyłek innych niż wymienione w lit. a i b, nadanych w sposób uniemożliwiający sprawdzenie zawartości o masie nieprzekraczającej granicy wagowej, o której mowa w ust. 4;

2) przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu w obrocie zagranicznym przesyłek o masie nieprzekraczającej granicy wagowej, o której mowa w ust. 4;

3) przyjmowaniu i doręczaniu w obrocie krajowym i zagranicznym przesyłek z korespondencją, o ile w procesie przyjmowania lub doręczania stają się one przesyłkami o masie nieprzekraczającej granicy wagowej, o której mowa w ust. 4.

4) (uchylony).

Z treści przywołanego w ust.1 art. 47 prawa pocztowego, ustępu 2 tego artykułu wynika, że nie narusza wyłączności świadczenia usług zastrzeżonych przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek wymienionych w ust. 1, w obrocie krajowym lub zagranicznym, o masie nieprzekraczającej

granicy wagowej, o której mowa w ust. 4, za pobraną przez operatora opłatą, nie niższą niż dwu i półkrotność opłaty za przyjęcie, przemieszczenie i doręczenie przesyłki listowej stanowiącej przesyłkę najniższego przedziału wagowego najszybszej kategorii określonej w cenniku powszechnych usług pocztowych operatora publicznego, o którym mowa w art. 51 ust. 4, obowiązującego w danym czasie odpowiednio w obrocie krajowym i zagranicznym.

Z regulacji zacytowanego powyżej art.47 ust.1 prawa pocztowego wynika, że operator publiczny posiada wyłączność świadczenia usług pocztowych zwanych „usługami zastrzeżonymi” i opisanymi w tymże ustępie, pod warunkiem nie przekroczenia ich masy wagowej powyżej 50 gram. Prawa wyłączności nie łamie (nie narusza) świadczenie usług zastrzeżonych przez innych operatorów (niepublicznych) za opłatą nie niższą niż dwu i półkrotność opłaty określonej w cenniku powszechnych usług pocztowych operatora publicznego, co wynika z treści ustępu 2 art.47 prawa pocztowego (nie narusza wyłączności świadczenia usług zastrzeżonych przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek wymienionych w ust. 1 (...)).

W myśl prawa pocztowego operator publiczny, którym jest Poczta Polska S.A. (art. 46 ust.2) ma obowiązek świadczenia usług powszechnych w sposób ciągły i na warunkach określonych przepisami prawa pocztowego oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków wykonywania powszechnych usług pocztowych z dnia 9 stycznia 2004 r. (Dz. U. Nr 5, poz. 34 z późn. zm.) wydanego na podstawie delegacji prawa pocztowego, zawartej w art.46 ust.3 („3. Minister właściwy do spraw łączności określi, w drodze rozporządzenia, warunki wykonywania powszechnych usług pocztowych przez operatora publicznego dotyczące:

- 1) minimalnych wymagań w zakresie jakości powszechnych usług pocztowych:
 - a) wskaźnika terminowości doręczeń przesyłek w obrocie krajowym, wyrażonego jako procentowy udział przesyłek doręczonych w określonych terminach, liczonych od dnia nadania do dnia doręczenia, w ogólnej liczbie nadanych przesyłek,
 - b) liczby i sposobu rozmieszczenia placówek operatora,
 - c) procentowego udziału nadawczych skrzynek pocztowych spełniających wymagania, o których mowa w art. 56 pkt 3;
- 2) wymagań w zakresie przyjmowania i doręczania przesyłek i przekazów pocztowych, w tym:
 - a) warunków przyjmowania przesyłek oraz przekazów pocztowych,
 - b) sposobu postępowania z przesyłkami uszkodzonymi, nieopłaconymi lub opłaconymi w kwocie niższej niż należna,
 - c) dokumentowania wykonania usługi doręczenia przesyłek rejestrowanych lub przekazów pocztowych,
 - d) terminów odbioru przesyłek lub przekazów pocztowych z placówki operatora,

- e) wymagań w zakresie opakowania i wymiaru przesyłek;
- 3) terminów, po upływie których wymagania określone w pkt 1 lit. a i c zostaną osiągnięte;
- 4) sposobu świadczenia powszechnych usług pocztowych, biorąc pod uwagę ochronę interesów podmiotów korzystających z powszechnych usług pocztowych i sposób wykonywania tych usług, kierując się wymaganiami Europejskiego Komitetu Normalizacji, a w przypadku braku tych wymagań - innych międzynarodowych organizacji normalizacyjnych, których Rzeczpospolita Polska jest członkiem.”)

Powyższe pole do regulacji przez ministra właściwego do spraw łączności wynika z przepisów prawa pocztowego zawartych w rozdziale 4. Świadczenie powszechnych usług pocztowych a w szczególności z treści art. 46 tegoż prawa pocztowego.

Prawa i obowiązki operatora publicznego określone w przepisach powyżej wymienionych oraz w ustawie o komercjalizacji państwowego przedsiębiorstwa użyteczności publicznej „Poczta Polska” z dnia 5 września 2008 r. (Dz. U. Nr 180, poz. 1109) dają wyłączność Poczcie Polskiej S.A. do świadczenia zastrzeżonych usług pocztowych w sposób regulowany prawem w tym również w zakresie ustalania i kontroli cennika powszechnych usług pocztowych (art.51 prawa pocztowego).

Z pełnienia funkcji operatora publicznego przez Poczta Polską wynika również fakt, iż przesyłki pocztowe oraz przekazy pocztowe mają moc dokumentu urzędowego co reguluje art. 45. Prawa pocztowego (Potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej lub przekazu pocztowego wydane przez placówkę operatora publicznego ma moc dokumentu urzędowego).

Z kolei moc dokumentu urzędowego wynika chociażby z treści art. 244 §1 k.p.c. zgodnie z którym dokumenty urzędowe, sporządzane w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania, stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo poświadczane. Natomiast z art. 81 §1 k.c. wynika, że jeżeli ustawa uzależnia ważność albo określone skutki czynności prawnej od urzędowego poświadczania daty, poświadczenie takie jest skuteczne także względem osób nie uczestniczących w dokonaniu tej czynności prawnej (data pewna) a z §2 wynika, że czynność prawna ma datę pewną także w wypadku w razie stwierdzenia dokonania czynności w jakimkolwiek dokumencie urzędowym – od daty dokumentu urzędowego.

Analogiczne jak powyżej opisane skutki dokumentu urzędowego wynikają z art.76 §1 k.p.a. zgodnie z którym dokumenty urzędowe sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy państwowe w zakresie ich działania stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo stwierdzone.

Reasumując tylko i wyłącznie potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej lub przekazu pocztowego wydane przez placówkę operatora publicznego ma moc dokumentu urzędowego.

Takiej mocy (dokumentu urzędowego) potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej (nadanie listu poleconego, nadanie listu poleconego za potwierdzeniem odbioru) lub przekazu pocztowego, przez operatora nie mającego statusu operatora publicznego nie posiada.

Innymi wyróżniającymi operatora publicznego od innych operatorów, regulacjami prawnymi w zakresie skutków nadania pisma w placówce pocztowej przewidziane są w szczególności: art. 57 § 5 pkt 2 k.p.a (termin uważa się za zachowany, jeżeli przed jego upływem pismo zostało: nadane w polskiej placówce pocztowej operatora publicznego), art. 165 §2 k.p.c (oddanie pisma procesowego w polskiej placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu) czy art.198 b. ust.2 zdanie drugie ustawy Pzp (złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem).

Reasumując tylko usługi pocztowe operatora publicznego, jakim jest według prawa pocztowego tylko i wyłącznie Polska Poczta S.A., z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, co sprowadza się jak wyżej wskazano do organizacji usług (sposobu świadczenia usług, wymagań w zakresie przyjmowania i doręczania przesyłek i przekazów pocztowych, minimalnych wymagań w zakresie jakości usług, terminów regulowanych ww. rozporządzeniem Ministra Infrastruktury w sprawie warunków wykonywania powszechnych usług pocztowych z dnia 9 stycznia 2004 r), skutków potwierdzenia przyjęcia przesyłki oraz przekazu pocztowego (moc dokumentu urzędowego), skutków nadania w placówce pocztowej (moc doręczenia), obowiązku stosowania cenników usług pocztowych kontrolowanych przez prezesa UKE.

Za przekonywującą należy uznać argumentację zamawiającego w zakresie bezprzedmiotowości postępowań w trybach przetargowych ze względów ekonomicznych, w sytuacji gdy na usługi zastrzeżone dla Poczty Polskiej S.A. jako operatora publicznego, inni operatorzy pocztowi mogą oferować ceny nie niższe niż dwu i półkrotność cennika obowiązującego operatora publicznego. Zamawiający uważa, że w sytuacji wykluczenia czy odrzucenia oferty operatora publicznego, zobowiązany byłby do unieważnienia postępowania zwłaszcza w kontekście przepisu art. 44 ustawy o finansach publicznych.

W ocenie Izby należy przywołać również treść art. 32 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Za komentarzem Becka Jerzy Pieróg Prawo zamówień publicznych Komentarz 10 wydanie 2010r. Ustawa nakazuje zamawiającemu ustalić (wyszacować) wartość zamówienia z „należytą starannością”. Kodeks cywilny określa w art.355, iż należytą staranność to staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju (teza 2 str.165). W przedmiotowej sprawie za należytą staranność należy uznać skalkulowanie wartości zamówienia na poziomie cennika operatora publicznego, a nie na poziomie operatora niepublicznego to jest co najmniej dwu i półkrotnie wyższej niż cennik Poczty Polskiej S.A.

Tym samym skoro można taniej uzyskać usługę przesyłki pocztowej przy jednoczesnej gwarancji jakości tej usługi, regulowanej prawem pocztowym dla usług operatora publicznego oraz uzyskując prawem przewidziane skutki doręczenia oraz mocy dokumentu urzędowego przesyłek, co opisano powyżej, to argumentacja odwołującego o możliwościach zamawiającego do regulacji umownych w zakresie kar i

odszkodowań jest bezprzedmiotowa i zaskarżenie czynności zamawiającego o ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy z wolnej ręki z operatorem publicznym nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do przywoływanych przez odwołującego wyroków KIO (Sygn. akt 293/12 i 476/12) na poparcie twierdzenia o obowiązku przetargu to należy zwrócić uwagę, że również zamawiający i przystępujący powoływali się na orzecznictwo Izby (Sygn. akt KIO 2583/11) wskazujące na wyłączność Polskiej Poczty S.A. do świadczenia usług zastrzeżonych. Poza tym, że wyroki KIO nie są źródłem prawa, to zostały wydane w odmiennych stanach faktycznych, gdyż przedmiot zamówienia nie obejmował tylko usług zastrzeżonych dla operatora publicznego.

Przywołane w odwołaniu orzeczenie NSA nie ma zastosowania w przedmiotowej sprawie, ponieważ operatorzy niepubliczni mogą świadczyć usługi zastrzeżone dla operatora publicznego (art.47 ust.2 prawa pocztowego), ale na innych warunkach niż operator publiczny, zarówno co do wymogów świadczenia usług oraz cennika. Tym samym nie można stwierdzić, że na tych samych warunkach świadczone są usługi zastrzeżone przez więcej niż jednego operatora. Reasumując fakt, że usługi zastrzeżone dla Poczty Polskiej S.A. mogą wykonywać inni operatorzy na warunkach określonych w art.47 ust.2 prawa pocztowego nie powoduje, że Poczta Polska S.A. nie zachowuje prawa wyłączności do usług zastrzeżonych na warunkach właściwych tylko dla niej jako operatora publicznego. Co w efekcie daje prawo zamawiającemu do korzystania, w przypadku zamówienia usług zastrzeżonych, z art.67 ust. 1 pkt 1 lit.a i b ustawy Pzp. to jest do zamówienia z wolnej ręki.

Co do złożonych przy odwołaniu dowodów nr 3 i 4 (informacja o unieważnieniu postępowania i ogłoszenie o udzieleniu zamówienia) to okoliczność, że w innych postępowaniach Poczta Polska S.A. została wykluczona, a jej oferta odrzucona lub nie złożyła oferty, to nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa do zamówienia z wolnej ręki Poczcie Polskiej S.A. usług pocztowych zastrzeżonych dla operatora publicznego.

W ocenie Izby powyższe okoliczności faktyczne i prawne w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym potwierdzają słuszność czynności zamawiającego, co do zamiaru powierzenia operatorowi publicznemu świadczenia usług zastrzeżonych (prawo wyłączności) w zakresie przesyłek do 50 gram, na podstawie wskazanej w ogłoszeniu przesłance z art. 67 ust.1 pkt)1 lit.a ustawy Pzp w związku z art.47 ust.1 prawa pocztowego.

Bowiem uwzględniając treść art. 47 ust 1 i ust. 2 prawa pocztowego, pomimo możliwości świadczenia usług zastrzeżonych przez operatorów niepublicznych, ale według cen wyższych to jest co najmniej powyżej dwu i półkrotności cennika operatora publicznego, czynność zamawiającego ogłoszenia o zamiarze powierzenia usług zastrzeżonych z wolnej ręki operatorowi publicznemu nie może być kwestionowana.

Tym samym odwołujący nie wykazał naruszenia wskazanych w odwołaniu art. 67 ust.1 pkt 1 lit.a i b, art.7 ust.1, art.10 ust.1 i ust.2 przepisów ustawy prawo zamówień publicznych w związku z art. 47 ust.1 i 2 prawa pocztowego.

Przy czym należy podkreślić, że w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy jako podstawę prawną wyboru wolnej ręki zamawiający podał konsekwentnie art.67 ust.1 pkt 1 lit.a ustawy Pzp, przez dwukrotnie jej wskazanie w Sekcji III: Procedura w pkt 1 Podstawa prawna i w pkt 2 Uzasadnienie wyboru trybu. Natomiast wbrew twierdzeniu odwołującego, że w uzasadnieniu zamawiający wskazał również na przesłankę z art. 67 ust.1 pkt 1) lit.b ustawy Pzp przez stwierdzenie „Jak wynika z przepisów ustawy z dnia 12 czerwca 2003 roku prawo pocztowe, obecnie na rynku jest tylko jeden dostawca uprawniony do świadczenia usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla przesyłek zastrzeżonych – (art.47 ust.1 ww. ustawy), którym jest Poczta Polska S.A”, to samo wskazanie na uprawnienie jednego wykonawcy do wykonania usług równie dobrze odpowiada przesłance z art.67 ust.1 pkt 1 lit.a) ustawy Pzp (jeden wykonawca ze względów technicznych o obiektywnym charakterze może świadczyć daną usługę). Reasumując w ocenie Izby zamawiający wykazał, że Poczta Polska S.A. jest jedynym wykonawcą, który ze względów technicznych o obiektywnym charakterze może wykonać usługi pocztowe zastrzeżone a opisane w art. 47 ust.1 prawa pocztowego, ponieważ z mocy tejże ustawy Poczcie Polskiej S.A. jest przypisana funkcja operatora publicznego, którego działalność regulują bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa (ustawa Prawo pocztowe oraz ww. wymienione rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 9 stycznia 2004 r.).

Niemniej w ocenie Izby zamawiający jako podstawę prawną zamiaru zawarcia umowy z wolnej ręki mógł podać również art. 67 ust.1 pkt 1 lit b ustawy Pzp (art. 67ust.1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: pkt1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę: b) z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów), ponieważ Poczta Polska jako operator publiczny posiada wyłączność na świadczenie usług zastrzeżonych, wyspecyfikowanych w art. 47 ust.1 prawa pocztowego (operatorowi publicznemu przysługuje wyłączność, z zastrzeżeniem ust.2, świadczenia usług pocztowych zwanych dalej „usługami zastrzeżonymi”, polegających na (...)), ponieważ operatorzy niepubliczni mogą wykonywać te usługi, ale za wyższą cenę (dwu i półkrotność cennika operatora publicznego) a z treści samego ust.2 art.47 prawa pocztowego wynika, że „ Nie narusza wyłączności świadczenia usług zastrzeżonych przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek wymienionych w ust.1(...)”.

Tym samym odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art.192 ust.9 i 10 ustawy Pzp i zgodnie z § 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w kwocie 7.500,00zł. uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący

.....

.....