

POSTANOWIENIE
z dnia 26 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Robert Skrzyszewski**
Ewa Sikorska
Marek Szafraniec

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania odwoławczego w dniu 26 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2012 r. przez wykonawcę **InPost Sp. z o.o., ul. Malborska 130, 30-624 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiatowy Urząd Pracy w Mogilnie, ul. Obrońców Mogilna 1, 88-300 Mogilno**

postanawia:

1. odrzuca 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 złotych, zero groszy) uiszczoną przez **InPost Sp. z o.o., 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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:
.....
.....

Sygn. akt: KIO 527/12

U z a s a d n i e

Zamawiający - Powiatowy Urząd Pracy w Mogilnie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług pocztowych polegających na uiszczaniu opłat w formie bezgotówkowej z dołu za nadane i zwrócone przesyłki pocztowe/ w większości z granicą wagową do 50 g”.

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy - usługi zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 marca 2012 r. pod numerem ogłoszenia: 74754-2012.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący - InPost sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wniósł w dniu 16.03.2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej - w jego ocenie - z przepisami ustawy czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług pocztowych polegających na uiszczaniu opłat w formie bezgotówkowej z dołu za nadane i zwrócone przesyłki pocztowe/ w większości z granicą wagową do 50 g” (nr ogłoszenia: 74754-2012, ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy - usługi, zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 marca 2012 r.), która to czynność polegała na zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż dokonując powyższej czynności naruszył przepisy ustawy Pzp tj. art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a) i b), art. 7 ust. 1, art. 10 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym wnosił o:

a/ nakazanie Zamawiającemu unieważnienia powyższej czynności dokonanej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oraz nakazanie wykonania czynności zamawiającego, polegającej na zastosowaniu w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia trybu przetargu;

b/ dopuszczenie dowodów zawnioskowanych i dołączonych do niniejszego odwołania;

c/ zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego postępowania, zgodnie z § 3 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 rozliczenia(Dz. U. Nr 41, poz. 338).

W ocenie Odwołującego, pomimo, iż przedmiot zamówienia został określony w sposób nieprawidłowy (czym Zamawiający naruszył art. 29 ust.1 ustawy Pzp), to jednak z treści całego ogłoszenia można wywnioskować, iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych /w większości o masie do 50 g/ oraz ich ewentualnych zwrotów, opłacanych w formie bezgotówkowej z dołu.

Według Odwołującego z powołanego wyżej 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.

Powołał się przy tym na wydruk ogłoszenia nr 74754-2012 - ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy - usługi, zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 marca 2012 r. – wskazując na okoliczność treści ww. ogłoszenia oraz zastosowania przez Zamawiającego trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wykazał, aby ziściła się którakolwiek z przesłanek wymienionych w art. 67 ust. 1 ustawy Pzp i tym samym naruszył postanowienia tego artykułu.

Zauważył, że w sekcji III pkt 1 Zamawiający, jako podstawę prawną zastosowanego trybu wskazuje art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) Ustawy, natomiast w uzasadnieniu wyboru trybu powołuje się także na przesłankę z lit. b) ww. przepisu.

Zwrócił również uwagę, że w uzasadnieniu Zamawiający wskazuje, że „Poczta Polska jest operatorem publicznym, któremu przysługuje wyłączność świadczenia usług pocztowych zwanych -zastrzeżonymi-, polegających na przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu w obrocie krajowym przesyłek z korespondencją, których granica wagowa wynosi do 50 g /zgodnie z art. 47 Ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo pocztowe/. W związku z powyższym wybór trybu zamówienia z wolnej ręki został dokonany z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, gdyż powszechne usługi mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę/art. 67 ust. 1 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (...)”.

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/i b) powołanej wyżej ustawy.

Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, że Poczcie Polskiej S.A. przysługuje wyłączność na świadczenie usług zastrzeżonych (usług pocztowych w zakresie przesyłek o masie do 50 g).

Wskazał, że zgodnie z art. 47 ust. 2 ustawy Prawo pocztowe (dalej: ustawa PP) 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 tego powodu zdaniem Odwołującego usługi pocztowe, zastrzeżone dla operatora publicznego, jakim jest Poczta Polska S.A., 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 za przesyłkę listową najniższego przedziału wagowego najszybszej kategorii. Naruszenie przepisów ustawy PP wystąpi dopiero wówczas, gdy operator prywatny przyjmie, przemieści i doręczy przesyłkę z korespondencją o masie do 50 g za opłatą niższą niż 2,5 - krotność opłaty pobieranej przez operatora publicznego, o której mowa powyżej.

Powołał się na stanowisko zawarte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2012 r. (KIO 293/12) z którego wynika, że „Nieuzasadnione jest stwierdzenie zamawiającego zawarte w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia, że operatorowi publicznemu przysługuje wyłączność na świadczenie usług zastrzeżonych, które muszą być wyłączone z konkurencji, a Poczta Polska S.A. posiada monopol na świadczenie zastrzeżonych usług pocztowych.”

Zdaniem Odwołującego, nie zachodzi także przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, którą Zamawiający wskazał, jako podstawę prawną zastosowanego trybu z wolnej ręki.

Wskazał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, ww. 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 (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 kwietnia 2002 r., sygn. akt II SA 2514/01).

Zaznaczył także, że w uzasadnieniu Zamawiający podnosi, że „wybór trybu zamówienia z wolnej ręki został dokonany z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, gdyż powszechne usługi mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę”.

Odwołujący przyznał wnioski Zamawiającego, że obecnie na rynku jest tylko jeden podmiot uprawniony do świadczenia powszechnych usług pocztowych -Poczta Polska S.A., jednak zauważył przy tym, iż zgodnie z treścią ogłoszenia, przedmiotem zamówienia nie są powszechne usługi pocztowe, ale usługi pocztowe:

Sekcja II pkt II. 1) Nazwa nadana zamówieniu przez zamawiającego:

„Świadczenie usług pocztowych polegających na uiszczaniu opłat w formie bezgotówkowej z dołu za nadane i zwrócone przesyłki pocztowe /w większości z granicą wagową do 50 g/”

Sekcja II pkt II.3) Określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia:

„Świadczenie usług pocztowych polegających na uiszczaniu opłat w formie bezgotówkowej z dołu za nadane i zwrócone przesyłki pocztowe /w większości z granicą wagową do 50 g/”.

Zakwestionował twierdzenie Zamawiającego, iż Poczta Polska S.A. jest jedynym podmiotem uprawnionym do świadczenia usług będących przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podkreślił, że przedmiotem zamówienia są usługi pocztowe, dotyczące zarówno przesyłek o masie do 50 g, jak i powyżej 50 g, przy czym ograniczenie dla

operatorów prywatnych, co do wysokości opłaty dotyczy jedynie przesyłek o masie do 50 g (tzw. usługi zastrzeżone). Nawet gdyby Poczta Polska S.A. miała wyłączność na świadczenie usług pocztowych w zakresie przesyłek o masie do 50 g (czemu Odwołujący zaprzecza), to przynajmniej na część usług pocztowych będących przedmiotem zamówienia, dotyczących przesyłek o masie powyżej 50 g, Zamawiający winien udzielić zamówienia w drodze przetargu.

Zaznaczył również, że Zamawiający nie określa w sposób szczegółowy, jaka część zamówienia dotyczy przesyłek o masie do 50 g - wskazuje jedynie ogólnie, że zamówienie w większości dotyczy ww. przesyłek.

W ocenie Odwołującego, jeśli nawet przesyłki o masie powyżej 50 g mają stanowić niewielką część zamówienia, to okoliczność ta nie uzasadnia zastosowania wyboru trybu z wolnej ręki dla udzielenia zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług pocztowych zarówno w zakresie przesyłek do, jak i powyżej 50 g.

Stwierdził, że nie można również wykluczyć, że oferta konkurenta Poczty Polskiej S.A. „całościowo” byłaby bardziej korzystna niż oferta Poczty Polskiej S.A. Inni operatorzy pocztowi mogliby przecież złożyć ofertę z bardzo atrakcyjną ceną na przesyłki powyżej 50 g, aby zwiększyć szanse wyboru swojej oferty wobec konieczności zaproponowania minimalnej ceny na usługi pocztowe zastrzeżone.

Ponadto, zarzucił Zamawiającemu naruszenie postanowienia art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż nie wykazał stosując tryb zamówienia z wolnej ręki, że ziszczyły się przesłanki określone w tej ustawie, a pozwalające Zamawiającemu zastosować ten tryb i art. 7 ust. 1 tejże ustawy, przewidujący m.in. zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wykazał, iż w niniejszym postępowaniu zachodzą przesłanki do zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki i powinien był zastosować formę przetargu, a wówczas Odwołujący mógłby złożyć także swoją ofertę. Zamawiający, stosując w sposób nieuzasadniony tryb szczególny, uniemożliwił zaś złożenie oferty Odwołującemu, a tym samym naruszył jego interes ekonomiczny i prawo do wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący motywował, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, albowiem jest operatorem pocztowym świadczącym usługi pocztowe i zatem może

potencjalnie złożyć ofertę na świadczenie usług będących przedmiotem zamówienia, a następnie zostać wybranym, jako wykonawca.

Odwołujący wskazał również, iż naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Wywodził, iż gdyby Zamawiający zastosował tryb przetargu, Odwołujący mógłby złożyć swoją ofertę i zostać wybranym, jako wykonawca i byłoby to możliwe nawet w sytuacji, gdyby zamówienie dotyczyło 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.].

Odwołujący nie wykluczał, że gdyby Zamawiający zastosował tryb przetargu, wówczas Poczta Polska S.A. nie złożyłaby swojej oferty bądź oferta Poczty Polskiej S.A. została odrzucona zgodnie z art. 89 ustawy Pzp (np. oferta ta zawierałaby błędy w obliczeniu ceny czy treść oferty nie odpowiadałaby treści SIWZ).

Odwołujący, jako przykład załączył dwa ogłoszenia: informację o unieważnieniu postępowania z dnia 29.12.2011 r. i ogłoszenie nr 15567-12 w BZP o udzieleniu zamówienia, jako dowody na okoliczność potencjalnej możliwości uzyskania przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia.

Ostatecznie Odwołujący wskazał, iż nieuzasadnione zastosowanie trybu z wolnej ręki stanowi kwalifikowane naruszenie przepisów ustawy, wobec czego ewentualnie zawarta przez Zamawiającego umowa z Poczta Polską S.A. powinna zostać unieważniona, zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba na posiedzeniu niejawnym doszła do przekonania, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W dniu 23.03.2012r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie z wnioskiem o jego oddalenie.

W swojej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający między innymi stwierdził, że z uwagi na wartość zamówienia (łącznie dla przesyłek do 50g oraz powyżej 50g) nieprzekraczającą

wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 000 euro, bezspornym pozostaje fakt, iż Zamawiający nie był zobowiązany do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie Pzp.

Jednocześnie z wniosku Zamawiającego z dnia 21.03.2012r., l.dz. AO – 2531 – 1/KG/12 wynika, że w przeciągu ostatnich 12 miesięcy, tj. od marca 2011r. do lutego 2012r., wydatki tut. Urzędu związane z realizacją powyższych usług pocztowych wyniosły 52 564,70 zł – wartość ustalona na podstawie faktur za zrealizowane usługi pocztowe oraz na podstawie pocztowej książki nadawczej – (w tym za przesyłki ekonomiczne zwykłe do 50g, ekonomiczne polecane z ZPO do 50g, priorytety oraz priorytety polecane do 50g wyniosły 51 446,20 zł(97,87%), natomiast za przesyłki o wadze powyżej 50g wyniosły 1 118,50 zł(2,13%) – co stanowi równowartość kwoty 13 077, 10 euro. We wniosku tym Zamawiający informował, że wartość szacunkowa całego zamówienia(łącznie dla przesyłek do 50g jak i powyżej 50g) w skali 12 miesięcy nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości 14 000 euro. Zamawiający dodał również, iż kwota 52 564, 70 zł jest kwotą netto=brutto, gdyż świadczenie usług pocztowych(w postaci przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek) zwolnione są z podatku od towarów i usług.

Należy stwierdzić, że stosownie do przepisu § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych z dnia 16.12.2011r. średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych wynosi 4,0196. Po przeliczeniu tej wartości i powyższej wartości szacunkowej zamówienia Izba doszła do przekonania, iż przedmiotowe zamówienie nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 000 euro.

Zgodnie z art.4 pkt. 8 ustawy Pzp ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 000 euro.

Powołane wyżej dokumenty jednoznacznie wskazują, iż Zamawiający zastosował tryb zamówienia publicznego z wolnej ręki w warunkach wyłączenia zastosowania tego przepisu mocą cyt. wyżej art.4 pkt. 8 ustawy Pzp.

W takiej sytuacji Izba jest zobowiązana do działania w granicach przepisu art.189 ust.2 pkt. 1 ustawy Pzp, w którego to myśl Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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).

Przewodniczący:

.....

.....