

Sygn. akt: KIO 293/12

WYROK
z dnia 23 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Aneta Młacka
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2012 r. przez wykonawcę

InPost Sp. z o.o., ul. Malborska 130, 3-624 Kraków
w postępowaniu prowadzonym przez **Oddział Regionalny Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, ul. J. Korczaka 5, 42-200 Częstochowa.**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i unieważnia, w zakresie zobowiązań niewykonanych, umowę nr 499/CP RH4-4/2011/F/FP/S/EP zawartą w dniu 21 grudnia 2011 r. w Sosnowcu pomiędzy Poczta Polska Spółką Akcyjną z siedzibą w Warszawie, w ramach której działa Przedstawicielstwo Handlowe w Sosnowcu z siedzibą w Sosnowcu a Kasą Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego Oddziałem Regionalnym w Częstochowie na świadczenie usługi polegającej na przyjęciu, przemieszczaniu i doręczaniu przesyłek zwykłych, poleconych i kurierskich o wadze do 50 g i powyżej 50 g, w kraju i za granicą dla OR KRUS w Częstochowie i podległych placówek oraz
 - 1.1 nakłada na Oddział Regionalny Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego w Częstochowie karę finansową w wysokości 3 000 zł (słownie: trzy tysiące złotych);
2. kosztami postępowania obciąża Oddział Regionalny Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego w Częstochowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez InPost Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Oddziału Regionalnego Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego w Częstochowie na rzecz InPost Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie kwotę 15 223 zł 50 gr (słownie: piętnaście tysięcy dwieście dwadzieścia trzy złote pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu o odwołania i kosztów dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 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 **Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

InPost Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej jako: „odwołujący”) wniósł dnia 10.02.2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności zamawiającego, którym jest Oddział Regionalny Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego w Częstochowie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi polegającej na przyjęciu, przemieszczaniu i doręczaniu przesyłek zwykłych, poleconych i kurierskich o wadze do 50 g i powyżej 50 g, w kraju i za granicą dla OR KRUS w Częstochowie i podległych placówek prowadzonym początkowo w trybie negocjacji bez ogłoszenia i jednocześnie w trybie zamówienia z wolnej ręki. Wskazał na ogłoszenia u udzieleniu zamówienia z 29.12.2010 r. i z 11.01.2012 r.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający zastosował wskazane tryby udzielenia zamówienia z naruszeniem art. 62 ust. 1, art. 63 ust. 1 i 3, art. 67 ust. 1 pkt 1a i b, art. 7 ust. 1, art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa pzp”).

Odwołujący wniósł o unieważnienie umowy o udzielenie zamówienia publicznego zawartej we wskazanym postępowaniu oraz nakazanie zastosowania w postępowaniu na udzielenie przedmiotowego zamówienia, trybu przetargu nieograniczonego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że w dniu 11 stycznia 2012 r. w Dzienniku Urzędowym UE zostało zamieszczone ogłoszenie o udzieleniu zamówienia publicznego na wskazaną usługę. Zamówienie zostało udzielone na rzecz Poczta Polska S.A. Zgodnie z treścią ogłoszenia, zamówienie zostało udzielone w trybie negocjacji bez uprzedniego ogłoszenia, zamawiający nie wykazał jednak, aby ziściła się którakolwiek przesłanka z wymienionych w art. 62 ust. 1 ustawy pzp. Odwołujący stwierdził również, że zamawiający nie wykazał, iż zgodnie z art. 61 ustawy pzp negocjował z wybranymi przez siebie wykonawcami warunki umowy i zaprosił ich do składania ofert. Stwierdził, że zamawiający jako uzasadnienie wyboru procedury opisanej w ogłoszeniu jako „Negocjacyjna bez uprzedniego ogłoszenia”, podał jako uzasadnienie wyboru tego trybu przepisy art. 67 ust. 1 pkt 1 a i b ustawy pzp, które dotyczą trybu zamówienia z wolnej ręki. Odwołujący wskazał na treść powołanych przepisów ustawy i stwierdził, że zastosowanie równoległe dwóch trybów w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia jest niedopuszczalne i niezgodne zwłaszcza z art. 10 ustawy wskazującym na dwa tryby podstawowe i wymóg uzasadniania zastosowania trybów wyjątkowych.

Powołując treść Sekcji IV pkt IV.1.1 ogłoszenia o zamówieniu zakwestionował zawarte w nim stwierdzenie iż operatorowi publicznemu (Poczcie Polskiej S.A.) przysługuje wyłączność świadczenia usług pocztowych zastrzeżonych przepisem art. 47 ust. 1 ustawy Prawo

pocztowe, a „inni wykonawcy świadczący usługi pocztowe, nie są uprawnieni do świadczenia zastrzeżonych usług pocztowych”. Wskazując na przepis art. 47 ust. 2 Prawa pocztowego odwołujący stwierdził, że usługi pocztowe zastrzeżone mogą być 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. Zauważył, że formalnie i zgodnie z prawem, oferty na świadczenie usług pocztowych dotyczący przesyłek o wadze do 50 g mogą złożyć także inni operatorzy.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że przedmiotowe zamówienie dotyczy zarówno przesyłek o wadze do, jak i powyżej 50 g. Co do tych drugich przesyłek zamawiający wprawdzie przyznaje, iż Poczta Polska nie posiada na nie wyłączności, jednak szacuje, że zamówienie na tę część przesyłek nie przekracza progu 14 000 euro, a więc „udzielenie zamówienia operatorowi publicznemu na świadczenie usług pocztowych zastrzeżonych jak i powszechnych, tj. o wadze przewyższającej 50 g jest dopuszczalne i nie stanowi naruszenia przepisów ustawy.” Odwołujący poddaje w wątpliwość takie uzasadnienie wskazując, że powyższe oszacowanie nie jest pewne, 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 zastrzeżone. Nie można zatem wykluczyć, że oferta konkurencyjna „całościowo” byłaby bardziej korzystna niż oferta Poczty Polskiej S.A.

Odwołujący zauważa ponadto, że nawet jeśli wykonawca na przesyłki do 50 g zaproponowałby cenę dużo wyższą od ceny Poczty Polskiej, to przystąpienie do przetargu można by uznać za niecelowe przy cenowym kryterium oceny ofert, jednakże taka okoliczność nie może być podstawą do zastosowania trybów niekonkurencyjnych. Obowiązkiem zamawiającego jest wykazanie przesłanek zastosowania trybu postępowania, który nie jest podstawowy. Odwołujący stwierdził, że ma prawo do wzięcia udziału w postępowaniu i interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, bowiem jest operatorem pocztowym świadczącym usługi pocztowe wpisanym do rejestru operatorów.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, ewentualnie jego oddalenie. Stwierdził, że nie doręczono mu kopii odwołania w sposób umożliwiający zapoznanie się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia. Odwołanie otrzymał faksem dnia 10.02.2012 r. (piątek) o godz. 15.48 oraz e-mailem o godz. 15.25 tj. po godzinach pracy, w tym osób uprawnionych do reprezentacji. W tym czasie nie było dostępu do urządzeń odbiorczych (fax i komputer). Przedmiotowa korespondencja została odebrana w kolejnym dniu roboczym tj. 13.02.2012 r. (poniedziałek).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że prowadził postępowanie w trybie z wolnej ręki, a w treści ogłoszenia popełniono oczywistą omyłkę pisarską i zapis o rodzaju procedury powinien brzmieć: „Rodzaj procedury – zamówienie z wolnej ręki”. Zarzut o jednoczesnym zastosowaniu dwóch trybów postępowania uznał zatem za nieuzasadniony. Ponadto zamawiający wyjaśnił, że stosując tryb z wolnej ręki kierował się następującymi przesłankami:

- zgodnie z art. 47 ust. 1 i 4 w zw. z art. 46 ust. 2 Prawa pocztowego doręczanie przesyłek o wadze do 50 g wykonywać może jedynie operator publiczny czyli Poczta Polska S.A;
- zgodnie z art. 45 ustawy potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej wydane przez placówkę operatora publicznego ma moc dokumentu urzędowego. Dla zamawiającego, jako urzędu centralnego organu administracji państwowej (Prezesa KRUS) okoliczność ta ma istotne znaczenie;
- zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 a ustawy pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli usługi mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze;
- oszacowana wartość zamówienia w części dot. doręczania przesyłek o wadze powyżej 50 g wynosiła 10 726,20 zł, a wartość w części dot. przesyłek kurierskich wynosiła 9 885 zł, łącznie w tych częściach 20 611,20 zł, co oznacza, że dla tych przesyłek zamawiający mógł zastosować tryb z wolnej ręki;
- zawarcie dwóch oddzielnych umów – jednej na przesyłki do 50 g, drugie na pozostałe spowodowałoby wydłużenie procesu przygotowania korespondencji do wysyłki. Dlatego z przyczyn organizacyjnych zamawiający nie wyodrębnił zamówienia na usługi doręczania przesyłek o wadze pow. 50 g i na usługi kurierskie.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem pełnomocników stron, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła i zważyła co następuje.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy pzp, stwierdzając w szczególności, że zostało ono wniesione w terminie określonym w art. 182 ust. 4 pkt 1 ustawy tj. przed upływem 30 dni od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z uzasadnieniem. Izba nie podziela także stanowiska zamawiającego o zaistnieniu przesłanki odrzucenia odwołania określonej w art. 189 ust. 2 pkt 7 tj. nie przesłania kopii odwołania zamawiającemu, zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy pzp (omyłkowo wskazanego w odpowiedzi na odwołanie jako art. 182 ust. 5). W ocenie składu orzekającego kopia odwołania została

przesłana zamawiającemu zgodnie z wymogami określonymi w ustawie tak co do terminu, jak i formy (sposobu przesłania) określonej w art. 27 ust. 2 ustawy. Zamawiający mógł się zapoznać z treścią odwołania w terminie liczonym w dniach, stosownie do domniemania prawnego określonego w art. 180 ust. 5 zdanie drugie ustawy. Powyższego domniemania nie obala okoliczność w postaci zakończenia godzin pracy i braku dostępu do urządzeń odbiorczych przed końcem dnia roboczego, wskazana przez zamawiającego.

Jak wynika z treści ogłoszenia zamawiający przed udzieleniem zamówienia prowadził procedurę negocjacyjną bez uprzedniego ogłoszenia (Sekcja IV.1.1) Uzasadniając udzielenie zamówienia zamawiający wskazał na treść art. 67 ust. 1 pkt 1 a i b ustawy pzp stwierdzając, że przedmiotem zamówienia są usługi pocztowe, w tym zastrzeżone usługi pocztowe świadczone w ramach wyłączności ustanowionej w art. 47 ust. 1 ustawy z 12.06.2003 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. z 2008 r., Nr 189, poz. 1159 ze zm.) na rzecz Poczty Polskiej S.A. Wskazał, że zgodnie z tym przepisem operatorowi publicznemu przysługuje wyłączność na świadczenie usług pocztowych, zwanych usługami zastrzeżonymi. Granica wagowa usług zastrzeżonych wynosi 50 g. Inni wykonawcy tych usług nie są uprawnieni do ich świadczenia, co powoduje, że Poczta Polska posiada faktyczny monopol na świadczenie zastrzeżonych usług pocztowych. W związku z tym usługi jako zastrzeżone dla jednego operatora muszą być wyłączone z konkurencji. Dla przesyłek o wyższej wadze oraz kurierskich zamawiający stwierdził, że ustawa dopuszcza innych operatorów pocztowych, jednakże wartość szacunkowa tego rodzaju przesyłek nie przekracza wartości progowej 14 000 euro, a zatem udzielenie zamówienia operatorowi publicznemu na świadczenie usług pocztowych zastrzeżonych jak i powszechnych jest dopuszczalne i nie stanowi naruszenia przepisów ustawy.

Odnosnie zarzutu odwołania o prowadzeniu równolegle dwóch trybów w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia z naruszeniem w szczególności art. 10 ustawy pzp, Izba uznaje zarzut za nieuzasadniony. Jak wynika z powołanego wyżej uzasadnienia faktycznego i prawnego udzielenia zamówienia, zamawiający udzielił zamówienia z wolnej ręki tj. zastosował tryb przewidziany w art. 66 i n. ustawy pzp, zdefiniowany jako tryb, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą (art. 66 ust. 1), a wskazując jej rodzaj użył stosownej nomenklatury przyjętej w treści ogłoszenia publikowanego w DU Unii Europejskiej. Należy zauważyć, że pojęcie procedury negocjacyjnej bez uprzedniego ogłoszenia zawiera w sobie tryb zamówienia z wolnej ręki przewidziany w ustawie pzp.

Powyższe ustalenie potwierdza stanowisko zamawiającego wyrażone w toku postępowania odwoławczego o zastosowaniu jednego trybu postępowania tj. trybu z wolnej ręki. W konsekwencji zarówno zarzut prowadzenia postępowania jednocześnie w dwóch trybach, jak

i naruszenia przepisów art. 62 ust. 1 i art. 63 ust. 1 i 3 ustawy pzp, które dotyczą udzielenia zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jest nieuzasadniony.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1a i b, art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 1 i 2 ustawy pzp, Izba uznaje zarzut za uzasadniony. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi polegającej na przyjęciu, przemieszczaniu i doręczaniu przesyłek zwykłych, poleconych i kurierskich o wadze do 50 g i powyżej 50 g, w kraju i za granicą dla Zamawiającego i podległych placówek. Zamawiający wskazuje w zakresie przesyłek o wadze do 50 g na wyłączność operatora publicznego tj. Poczty Polskiej S.A., który jako jedyny może doręczać takie przesyłki, powołując przepisy art. 46 i 47 ustawy Prawo pocztowe.

Krajowa Izba Odwoławcza zauważa w zakresie przepisów powołanych przez zamawiającego, że ustawa Prawo pocztowe przepisem art. 46 nakłada na Poczta Polska obowiązek świadczenia powszechnych usług pocztowych na zasadach określonych tym przepisem. Jednocześnie w art. 47 określa wyłączność operatora publicznego do wykonywania usług powszechnych w określonych ustawą granicach - tzw. „obszar zastrzeżony” (określenie zaczerpnięte ze strony internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej będącego organem regulacyjnym w zakresie działalności pocztowej (<http://www.uke.gov.pl>)). Usługi pocztowe określone w przepisie jako „usługi zastrzeżone” to wyłączność operatora publicznego do wykonywania usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym polegających na realizowaniu przesyłek reklamowych oraz na przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu przesyłek z korespondencją oraz przesyłek nadanych w sposób uniemożliwiający sprawdzenie zawartości, nieprzekraczających granicy wagowej (od dnia 1 stycznia 2006 r. granica wagowa wynosi 50 gramów). Wskazana wyłączność świadczenia usług pocztowych z „obszaru zastrzeżonego” przewidziana w ustawie opatrzona jest klauzulą „z zastrzeżeniem ust. 2” , w którym to przepisie dopuszczono możliwość dla prywatnych operatorów pocztowym świadczenia usług z tego obszaru. Jednak w celu świadczenia tych usług minimalną opłatą, jaką jest zobligowany pobrać prywatny operator, jest dwu i pół-krotność opłaty za przesyłkę listową najniższego przedziału wagowego najszybszej kategorii w cenniku operatora publicznego, odpowiednio w obrocie krajowym i zagranicznym.

Z powyższego wynika, że 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. Tym samym 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. Treść powołanego wyżej ogłoszenia wskazuje, iż zamawiający dokonując wyboru trybu postępowania zastosował przesłankę przewidzianą w art. 67 ust. 1 pkt 1 b ustawy pzp odwołującą się do praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów (tu Prawa Poczтового). Jednocześnie w odpowiedzi na odwołanie wskazano na przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 b ustawy pzp stwierdzając, że przedmiotowe usługi mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

W ocenie składu orzekającego Izby w rozpoznawanej sprawie nie zachodziła żadna z wymienionych przesłanek uprawniających do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. W szczególności obowiązek stosowania przez operatorów niepublicznych opłat za usługi zastrzeżone w wysokości minimalnej zastrzeżonej ustawą, jakkolwiek znacząco utrudnia ich udział na rynku usług w tym obszarze, nie oznacza ani prawnego ani faktycznego monopolu operatora publicznego. Należy przy tym zauważyć, że przedmiot zamówienia obejmuje także usługi spoza obszaru zastrzeżonego. Z powyższego wynika, że umowa zawarta przez zamawiającego w wyniku naruszenia przepisów ustawy pzp o trybie udzielania zamówienia z wolnej ręki podlega unieważnieniu na podstawie art. 146 ust. 1 ustawy pzp.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu dnia 21 grudnia 2011 r. zawarł umowę, zatem, zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, uwzględniając odwołanie po zawarciu umowy, Izba unieważniła zawartą umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych stwierdzając, że ze względu na charakter przedmiotu zamówienia (świadczenie usług pocztowych od dnia 1 stycznia 2012 r.) nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych dotychczas przez strony. Ponadto postanowiono nałożyć na Zamawiającego obowiązkową w takich okolicznościach karę finansową. Uwzględniając przepis art. 193 ustawy pzp karę ustalono w wysokości 3000 zł biorąc pod uwagę rodzaj i zakres naruszenia przepisów ustawy i wysokość wynagrodzenia wybranego wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie w kwocie 618 876,16 zł. Stosunkowo niska wysokość kary wynika z oceny Izby, iż czynności zamawiającego nie były podjęte z zamiarem naruszenia zasad uczciwej konkurencji i eliminacji ewentualnych wykonawców, lecz w wyniku błędnego przeświadczenia o działaniu zgodnym z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 195 ustawy Prawo zamówień publicznych karę finansową uiszcza się w ciągu 30 dni od dnia uprawomocnienia się orzeczenia Izby lub sądu o nałożeniu kary na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Wniosek odwołującego o zasądzenie wynagrodzenia pełnomocnika nie został uwzględniony wobec nie przedłożenia do akt sprawy stosownego rachunku zgodnie z wymogiem § 3 ust. 2 rozporządzenia powołanego w zdaniu poprzednim.

Przewodniczący:

.....

.....