

POSTANOWIENIE
z dnia 3 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Emil Kuriata
Jolanta Markowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 3 grudnia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2014 r. przez wykonawcę InPost spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S. A. w Warszawie

przy udziale wykonawcy Poczta Polska S.A. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzucić odwołanie,
2. kosztami postępowania obciążyć InPost spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy] uiszczoną przez InPost spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od InPost spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie na rzecz zamawiającego - Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S. A. w Warszawie

kwotę 3 600 zł 00 gr [słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy] stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232]. na niniejsze postanowienie -w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Skład orzekający:

Uzasadnienie

I. Zamawiający Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. w Warszawie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług pocztowych dla spółek GK PGNiG”.

II. W dniu 17 listopada 2014 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności polegających na:

1) udzieleniu odpowiedzi na pytanie Odwołującego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], w której to Zamawiający nie zgadza się, by przesyłki pocztowe, które dla wywołania skutków przewidzianych przepisami prawa wymagają nadania w placówce operatora wyznaczonego [wskazanych w pkt. 2.4 Załącznika nr 1 do Umowy, będącej załącznikiem nr 2 do SIWZ], były przez wykonawcę - operatora pocztowego niebędącego operatorem wyznaczonym — odbierane od Zamawiającego, a następnie nadawane w placówce operatora wyznaczonego,

2) udzieleniu odpowiedzi na pytanie Odwołującego o wyjaśnienie treści SIWZ, w której to Zamawiający nie dopuszcza możliwości sporządzenia odrębnego wykazu lub odrębnego oznakowania przesyłek, które dla wywołania skutków przewidzianych przepisami prawa wymagają nadania w placówce operatora wyznaczonego [wskazanych w pkt. 2.4 Załącznika nr 1 do Umowy, będącej załącznikiem nr 2 do SIWZ], celem ich wyodrębnienia i umożliwienia nadania przez wykonawcę w placówce operatora wyznaczonego w dniu ich odbioru od Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił naruszenie

1) art. 7 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez udzielenie odpowiedzi ograniczającej zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności przez brak dopuszczenia trybu „posłańca” w stosunku do przesyłek, które wymagają nadania w placówce operatora wyznaczonego, jak również brak zgody na ich wyodrębnienie poprzez sporządzenie odrębnego wykazu lub oznakowania w określony sposób;

2) art. 7 oraz art. 29 ust 2 ustawy, poprzez udzielenie odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ, która wprowadza do opisu przedmiotu zamówienia zastrzeżenia, w wyniku

których zamówienie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego jest w stanie realizować tylko jeden wykonawca.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na udzieleniu odpowiedzi na pytania nr 59, 60, 61;
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności udzielenia wyjaśnień z uwzględnieniem zasad uczciwej konkurencji i zarzutów przedstawionych w odwołaniu;
- 3) z ostrożności, w przypadku uwzględnienia odwołania, oraz przy założeniu, że termin składania ofert nie zostanie przez Zamawiającego przedłużony i upłynie przed rozpoznaniem odwołania, Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności otwarcia ofert oraz czynności wyznaczenia terminu składania ofert, a także o nakazanie Zamawiającego wyznaczenia nowego terminu składania ofert;
- 4) zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł następujące argumenty:

W pkt. 2.4 załącznika nr I| do Umowy, będącej załącznikiem nr 2 do SIWZ, Zamawiający wskazał:

2.4. Nadawanie przez Zamawiającego Przesyłek listowych poleconych [rejestrowanych] w tym Przesyłek z usługą komplementarną za zwrotnym potwierdzeniem odbioru [ZPO/EPO] musi skutkować:

2.4.1. potwierdzenie nadania Przesyłki rejestrowanej wydane przez operatora pocztowego ma moc dokumentu urzędowego zgodnie z art. 17 Prawa pocztowego [Dz. U. z 2012 roku, poz. 1529]

2.4.2. zachowaniem terminów o których mowa w:

2.4.2.1. art. 12 § 6 pkt 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa;

2.4.2.2. art. 57 § 5 pkt 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego;

2.4.2.3. art. 124 ustawy z dnia 4 sierpnia 1997 r. Kodeks Postępowania Karnego;

2.4.2.4. art. 193 b ust 2 zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych,

2.4.3. wniesieniem pisma do sądu, o którym mowa w:

2.4.3.1. art. 165 § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego;

2.4.3.2. art. 83 § 3 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniach przed sądami administracyjnymi.

W dniu 23 października 2014 roku Odwołujący przesłał do Zamawiającego wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ, w którym zwrócił uwagę Zamawiającego, że przywołane przepisy odwołują się każdorazowo do konieczności nadania przesyłki w placówce operatora wyznaczonego. Zamawiający jednak nie określił sposobu postępowania z wspomnianymi przesyłkami, w związku z czym Odwołujący, po zwróceniu uwagi Zamawiającego na konieczność nadania wspomnianych przesyłek w placówce operatora wyznaczonego, zapytał:

„czy Zamawiający dopuszcza możliwość sporządzenia odrębnego wykazu przesyłek wymagających nadania u operatora wyznaczonego lub ich oznakowania w określony sposób - w celu wydzielenia i nadania przez Wykonawcę u operatora wyznaczonego w dniu odbioru przesyłek od Zamawiającego?

Wykonawca informuje, że w tym przypadku będzie stosował następujący tryb: wydzielone przesyłki pocztowe; po ich odebraniu od Zamawiającego, w tym samym dniu zostaną dostarczone do placówki operatora wyznaczonego i nadana w imieniu Zamawiającego, Wykonawca następnie dostarczy Zamawiającemu uzyskane potwierdzenie nadania. Wykonawca będzie tylko pośrednikiem między Zamawiającym a operatorem wyznaczonym, nadanie przesyłek nastąpi w imieniu i na rzecz Zamawiającego, nie zmieni jednak danych Zamawiającego na kopercie. Sposób oznaczenia wniesienia opłaty pocztowej ustalony z Zamawiającym zastąpię znaki opłaty pocztowej stosowane przez operatora wyznaczonego. Wykonawca podkreśla, że Poczta Polska SA, jako operator wyznaczony zobowiązany do świadczenia powszechnej usługi pocztowej ma obowiązek zrealizować usługę i nie może odmówić w tym zakresie zawarcia umowy o świadczenie usług pocztowych niezależnie od łączących ją stosunków z Wykonawcą.”

W dniu 7 listopada Zamawiający przesłał udzielone odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, w których negatywnie ustosunkował się do możliwości pełnienia funkcji „posłańca” przez operatora pocztowego przy nadaniu przesyłek wymagających pośrednictwa operatora wyznaczonego.

Tym samym udzielone odpowiedzi uniemożliwiają realizację zamówienia operatorom innym niż wyznaczony powodując, że ten ostatni de facto jako jedyny może złożyć ofertę odpowiadającą wymaganiom Zamawiającego.

Zgodnie z ustawą, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców [art. 7 p.z.p.]. Ustawa stanowi również, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję [art. 29 ust. 2 ustawy]. Przede wszystkim jednak przedmiot zamówienia opisuje się 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. 1 ustawy]. Udzielone w trybie art. 38 ustawy odpowiedzi na pytania wykonawców powinny być rozpatrywane jako integralna część specyfikacji, w szczególności opisu przedmiotu zamówienia, gdyż „*wyjaśnienia udzielane wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na pytania każdego z nich w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią zarówno rodzaj wykładni autentycznej wiążącej Zamawiającego i uczestników przetargu; stanowią też rodzaj zmiany; jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego zmodyfikowania SIWZ*” [tak: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2002 r. sygn. akt. V Ca 1311/2002].

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, mimo wskazania, że zamierza wysłać przesyłki, które dla wywołania skutków wskazanych w ustawie, wymagają pośrednictwa operatora wyznaczonego, nie określił, w jaki sposób skutek ten powinien zostać osiągnięty w sytuacji, gdy zamówienie realizować będzie operator pocztowy niebędący operatorem wyznaczonym. Jediną wskazówką dla wykonawców mogło być ogólne sformułowanie zawarte w pkt. 1.1. Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do Umowy będącej załącznikiem nr 2 do SIWZ [dalej jako – SOPZ], tj. wymóg, by zamówienie realizować zgodnie z zasadami wyrażonymi w powszechnie obowiązujących przepisach prawa, w szczególności w ustawie z dnia 23.11.2012r. Prawo pocztowe [Dz. U. z 2012 roku poz.1529 - dalej jako: „Prawo pocztowe”]. W tym miejscu należy przypomnieć treść niektórych wskazanych w pkt. 2.4 SOPZ przepisów, określających tryb postępowania z przesyłkami tam wskazanymi:

Art 165 § 2 KPC:

Oddanie pisma procesowego w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe [...].

Art. 57 § 5 pkt 2 KPA:

Termin uważa się za zachowany, jeżeli przed jego upływem pismo zostało:

2) nadane w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego,

Art. 12 § 6 pkt 2 Ordynacji podatkowej:

Art 12 § 6 Termin uważa się za zachowany; jeżeli przed jego upływem pismo zostało:

2) nadane w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego albo złożone w polskim urzędzie konsularnym;

Art. 17. Prawa pocztowego:

Potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej lub przekazu pocztowego wydane przez placówkę pocztową operatora wyznaczonego ma moc dokumentu urzędowego.

Przywołane przez Zamawiającego przepisy wyraźnie wskazują na konieczność nadania w placówce operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe [operatorem

wyznaczonym w chwili obecnej, na mocy art. 178 Prawa pocztowego, jest Poczta Polska SA. z siedzibą w Warszawie]. W związku z brakiem wyraźnej dyspozycji Zamawiającego, jak powinien z wspomnianymi przesyłkami postąpić operator pocztowy niebędący operatorem wyznaczonym, Odwołujący przedstawił rozwiązanie, które - jego zdaniem - jest jedyną prawnie dopuszczalną formą zapewnienia wymaganych przez Zamawiającego skutków w przypadku „niezależnych” operatorów pocztowych. Tryb ten ma polegać na tym, że wydzielone przesyłki pocztowe, po ich odebraniu od Zamawiającego, w tym samym dniu zostaną dostarczone do placówki operatora wyznaczonego i nadana w imieniu Zamawiającego, operator następnie dostarczy Zamawiającemu uzyskane potwierdzenie nadania. Operator będzie tylko pośrednikiem między Zamawiającym a operatorem wyznaczonym, nadanie przesyłek nastąpi w imieniu i na rzecz Zamawiającego, nie zmieni jednak danych Zamawiającego na kopercie, tj. Zamawiający w każdym przypadku będzie figurował jako jedyny nadawca przesyłki. Sposób oznaczenia wniesienia opłaty pocztowej ustalony z Zamawiającym zastąpią znaki opłaty pocztowej stosowane przez operatora wyznaczonego.

Poczta Polska S.A. jako operator wyznaczony zobowiązany do świadczenia powszechnej usługi pocztowej ma obowiązek zrealizować usługę i nie może odmówić w tym zakresie zawarcia umowy o świadczenie usług pocztowych niezależnie od łączących ją stosunków z Odwołującym [art. 45 i 46 Prawa pocztowego].

Wspomniane przepisy [art. 57 k.p.a., art. 165 k.p.c. i inne] wyraźnie wskazują, że określone skutki [tj. zachowanie terminu do wniesienia pisma lub wniesienie pisma do sądu] uzyskuje się jedynie poprzez nadanie przesyłki w placówce operatora wyznaczonego. Ewentualny argument, że można wskazane skutki osiągnąć w inny sposób, poprzez np. zawarcie z operatorem wyznaczonym umowy w myśl art. 35 Prawa pocztowego, tj. poprzez powierzenie dalszego wykonywania usługi innemu operatorowi, jest błędny. W tym przypadku, tj. gdyby to w placówce Odwołującego dokonana się czynność nadania, a operator wyznaczony doręczałby przesyłkę na podstawie umowy o współpracę wskazanej w art. 35 Prawa pocztowego, skutki te nie byłyby zachowane, ponieważ pismo nie zostałoby nadane w placówce operatora wyznaczonego, a jedynie później przez niego doręczane [status doręczyciela nie ma zaś żadnego znaczenia]. Biorąc powyższe pod uwagę, nadawanie przez Odwołującego jako „posłańca” odebranych od Zamawiającego przesyłek w placówce operatora wyznaczonego jest jedyną dopuszczalną prawnie formą zapewnienia wskazanych skutków w przypadku wyboru oferty operatora niebędącego operatorem wyznaczonym.

Dlatego też zastrzeżenie przeciwne, tj., brak dopuszczenia stosowania wskazanego trybu „posłańca”, stanowi ograniczenie konkurencyjności postępowania i zasady równego traktowania wykonawców. Brak dopuszczenia wskazanej możliwości realizacji zamówienia

uniemożliwia realizację zamówienia wszystkim operatorom pocztowym z wyjątkiem jednego - tj. operatora wyznaczonego, dla którego osiągnięcie wspomnianych skutków gwarantowane jest przez przepisy powszechnie obowiązującego prawa.

W tym miejscu warto przytoczyć stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 31 października 2014 roku, sygn. KIO 2160/14, która wypowiedziała się w tożsamy sposób w kwestiach i nie znalazła podstaw, by uznać, że takie rozwiązanie stoi w sprzeczności ze specyfiką zamówienia dodając, że *„interpretacji takiej [zakazującej stosowania trybu postańca] nie sposób zaakceptować, gdyż prowadziłoby to do wniosku, że całe postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego jest fikcją, gdyż przedmiotowe zamówienie może zostać udzielone wyłącznie Poczcie Polskiej oraz że „z mocy Prawa Poczтового z uprzywilejowanym statusem operatorom wyznaczonego wiąże się również obowiązek świadczenia powszechnych usług pocztowych. Poczta Polska nie ma zatem prawa odmówić przyjęcia, przemieszczenia, doręczenia, awizowania, wydania i zwrotu przesyłki którą w imieniu i na rzecz Zamawiającego nada w jej placówce InPost.”* Ponadto, należy dodać, że konieczność zapewnienia przytoczonych skutków odnosi się tylko do bardzo wąskiej grupy przesyłek, tj. takich przesyłek, które zawierają pisma do sądów i organów administracji, a które dla wywołania określonych w przepisach skutków prawnych - tj. zachowaniem terminu lub wniesieniem pisma do sądu - w sytuacji składania ich w ostatni dzień tego terminu zostają wysłane pocztą [tj. apelacje, odwołania, zażalenia, odpowiedzi na wezwania w postępowaniach sądowych i administracyjnych. Pozostałe pisma procesowe, takie jak samo wniesienie pozwu czy „zwykłego” pisma procesowego nie podlega temu reżimowi. Z oczywistych względów pisma „prywatne”, tj. do kontrahentów czy klientów Zamawiającego, nie są wysyłane w powyższych trybach]. W tym kontekście należy poddać w wątpliwość również przedstawiony przez Zamawiającego wolumen przesyłek, dla których zapewnienie wspomnianych, skutków jest wymagane [tj. wszystkie przesyłki rejestrowane]. Przytaczane przepisy wyraźnie wskazują, że znajdują one zastosowanie przy wysyłaniu pism procesowych. Wskazany wolumen sugeruje, że Zamawiający prowadzi setki tysięcy postępowań sądowych., co wydaje się co najmniej wątpliwe a może zostać odczytane jako celowe podnoszenie kosztów dla operatorów innych niż operator wyznaczony, którzy muszą uwzględniać w "kosztach realizacji zamówienia pośrednictwo operatora wyznaczonego, będąc jednocześnie wyrazem faworyzowania operatora wyznaczonego. Takie postępowanie również stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców.

Brak dopuszczenia stosowania trybu „postańca”, jak również brak sporządzenia odrębnego wykazu przesyłek, dla których wymagane jest pośrednictwo operatora wyznaczonego, oraz wskazania wolumenu przesyłek nadawanych we wspomnianych trybach odzwierciedlającego rzeczywiste zapotrzebowanie Zamawiającego stoi w sprzeczności z zasadami

konkurencyjności postępowania i równego traktowania wykonawców, jak również stanowi jawny wyraz dyskryminacji operatorów pocztowych innych niż operator wyznaczony. Wskazane powyżej zastrzeżenie Zamawiającego faworyzuje jeden podmiot - który w myśl przepisów powszechnie obowiązującego prawa znajduje się w pozycji uprzywilejowanej, na co pozostali potencjalni wykonawcy - operatorzy występujący na konkurencyjnym rynku usług pocztowych - nie mają żadnego wpływu, oraz zmierza do takiego ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia, w wyniku którego zamówienie może zostać udzielone tylko jednemu podmiotowi - operatorowi wyznaczonemu, tj. Poczcie Polskiej S.A.

W związku z powyższym zasadne jest również żądanie unieważnienia czynności otwarcia ofert i wyznaczenia nowego terminu składania ofert. Przy obecnym kształcie SIWZ oraz brzmieniu udzielonych odpowiedzi, złożenie przez Odwołującego oferty, która nie będzie podlegała odrzuceniu ze względu na niezgodność jej treści z SIWZ jest niemożliwe. Brak przedłużenia terminu składania ofert czyniłby złożenie niniejszego odwołania bezprzedmiotowym, gdyż w przypadku jego uwzględnienia przez Izbę Odwołujący i tak pozbawiony byłby możliwości urzeczywistnienia przysługujących mu uprawnień.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej przez Zamawiającego, w tym w szczególności: postanowień SIWZ, odpowiedzi Zamawiającego na wniosek o udzielenie wyjaśnień treści SIWZ, odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący otrzymał zaproszenie do złożenia oferty oraz opracowaną dla tego postępowania specyfikację istotnych warunków zamówienia [SIWZ] w dniu 17 października 2014 r.

W dniu 7 listopada 2014 r. Zamawiający udzielił, na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyjaśnienia wątpliwości dotyczących brzmienia SIWZ, w związku z zadanymi w dacie 23 października 2014 r. pytaniami wobec brzmienia SIWZ, w tym m.in. pytaniami nr 59, 60, 61.

W dniu 17 listopada 2014 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec:

1) udzielenia odpowiedzi na pytanie Odwołującego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], w której to Zamawiający nie zgadza się, by przesyłki pocztowe, które dla wywołania skutków przewidzianych przepisami prawa wymagają nadania w placówce operatora wyznaczonego [wskazanych w pkt. 2.4 Załącznika nr 1 do Umowy, będącej załącznikiem nr 2 do SIWZ], były przez wykonawcę - operatora pocztowego niebędącego operatorem wyznaczonym — odbierane od Zamawiającego, a następnie nadawane w placówce operatora wyznaczonego,

2) udzielenia odpowiedzi na pytanie Odwołującego o wyjaśnienie treści SIWZ, w której to Zamawiający nie dopuszcza możliwości sporządzenia odrębnego wykazu lub odrębnego oznakowania przesyłek, które dla wywołania skutków przewidzianych przepisami prawa wymagają nadania w placówce operatora wyznaczonego [wskazanych w pkt. 2.4 Załącznika nr 1 do Umowy, będącej załącznikiem nr 2 do SIWZ], celem ich wyodrębnienia i umożliwieniu nadania przez wykonawcę w placówce operatora wyznaczonego w dniu ich odbioru od Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W świetle tego przepisu, Krajowa Izba Odwoławcza odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Z treści odwołania wynika, że Odwołujący skierował odwołanie wobec postanowień, dotyczących obowiązków wykonawców biorących udział w postępowaniu, których upatruje w treści wyjaśnień treści SIWZ, przesłanych Odwołującemu w dacie 7 listopada 2014 r.

Analiza treści zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu a także argumentacji podniesionej w celu wykazania zasadności stawianych zarzutów wskazują jednak, że Odwołujący w rzeczywistości kwestionuje postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ].

Nie ulega bowiem wątpliwości, że w treści SIWZ Zamawiający przewidział postanowienia, których udzielone na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy wyjaśnienia nie zmieniły. W powyższym zakresie, wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ w istocie stanowiły wnioski o zmianę treści SIWZ – wynika to wyraźnie z treści zapytań skierowanych przez wykonawcę do Zamawiającego. Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ]

wynika określony sposób realizacji usługi doręczeń przesyłek pocztowych, obejmujący m.in. doręczenia za potwierdzeniem odbioru, ze skutkiem dokumentu urzędowego a także, który powoduje zachowanie terminów określonych w ustawach kpa, kpc, kpk, Prawo zamówień publicznych czy ustawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi.

Nie ulega również wątpliwości, że Odwołujący opiera postawione zarzuty o dokonane przez Zamawiającego wyjaśnienia SIWZ, dotyczące odpowiedzi na pytania [a w istocie wnioski o zmianę] nr 59, 60 i 61. Wszystkie te trzy pytania nawiązują do reguł doręczania przesyłek urzędowych na podstawie ustaw kpa, kpc, kpk, Prawo zamówień publicznych czy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, to jest przesyłek dla których zachowania terminu doręczenia wymaga nadania przez operatora wyznaczonego i zostały osadzone w treści postanowienia pkt 2.4.1, 2.4.2 i 2.4.3. Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia.

O tym, iż okoliczność stanowiąca podstawę wniesienia odwołania była znana Odwołującemu już z dniem przekazania SIWZ świadczy również to, iż w istocie wskazane pytania nie stanowiły wniosków o wyjaśnienie SIWZ, która miała być w tej mierze dla Odwołującego niezrozumiała, ale były to wnioski o zmianę SIWZ. Sam fakt wnioskowania przez Odwołującego o zmianę SIWZ w określonym kierunku i zakresie oznacza, że w tej mierze Odwołujący nie pozostawał w niewiedzy co do treści i znaczenia postanowień SIWZ będących przedmiotem zapytań, ale przeciwnie – że zinterpretował SIWZ w sposób niekorzystny dla siebie, czego konsekwencją jest wniosek o jej zmianę.

Analiza treści wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w dniu 7 listopada 2014 r. nie wskazuje na to, by Zamawiający ich dokonując, w a w istocie odmawiając zmiany postanowień SIWZ w sposób proponowany przez wykonawcę, wprowadził nowe, nie istniejące wcześniej w SIWZ elementy, dotyczące opisu przedmiotu zamówienia czy też nakładające na wykonawców wcześniej nie opisane obowiązki. Odwołujący w pytaniu nr 59 wyraźnie bowiem podał, że w Jego ocenie w świetle brzmienia postanowień SIWZ, wskazane w niej wymogi spełnić może jedynie operator wyznaczony, wskazując w tej mierze na naruszenia przepisów i postulując wykreślenie pkt 2.4.1. Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, bowiem wykonywanie zamówienia przez innego operatora niż operator wyznaczony wymagałoby zmiany SIWZ i współpracy zamawiającego z wybranym wykonawcą, nie będącym operatorem wyznaczonym.

Podkreślenia wymaga, że skoro Odwołujący już w oparciu o postanowienia SIWZ przekazanej mu wraz z zaproszeniem do składania ofert w dniu 17 listopada 2014 r. znał

wymagania Zamawiającego, mógł w terminach wynikających z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych składać środki ochrony prawnej wobec treści SIWZ.

Zamiast wniesienia odwołania wobec tych postanowień SIWZ, które nie odpowiadały Odwołującemu, Odwołujący zdecydował się w dniu 23 października 2014 r., na wystąpienie o zmianę postanowień SIWZ. Wskazanie w tych wyjaśnieniach, że Zamawiający nie zmienia w postulowany sposób odpowiednich postanowień SIWZ, nie wprowadza żadnej nowej okoliczności, która uzasadniałaby reaktywowanie dziesięciodniowego terminu do kwestionowania postanowień SIWZ, które znane były od dnia przekazania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu tego dokumentu a także wzoru umowy.

Zawarte w pytaniach, których dotyczą odpowiedzi nr 59, 60 i 61 wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ stanowią w rzeczywistości wnioski o jej zmianę. Zamawiający na te wnioski udzielał odpowiedzi, że nie zmieni wskazywanych postanowień. W szczególności, Odwołujący wskazuje, jakoby w odpowiedziach na jego pytania Zamawiający ujawnił, że nie będzie dopuszczona możliwość doręczania przesyłek wymagających urzędowego potwierdzenia przez „pośrednika”. Dostrzeżenia jednak wymaga, że w treści SIWZ zawarto postanowienia, które wskazują na obowiązek doręczania przesyłek w określony sposób, który nie przewiduje dodatkowego elementu, jakim jest ów „pośrednik” oraz dodatkowy wykaz przesyłek wymagających doręczenia ich przez operatora wyznaczonego. Co więcej, już same pytania wyraźnie wskazują, że na dzień ich zadania, pytającemu znane były postanowienia SIWZ, które obecnie są kwestionowane i których wyartykułowania Odwołujący upatruje w wyjaśnieniach treści SIWZ. Przykładowo, w pytaniu nr 59, 60 i 61 wykonawca wnosi o zmianę SIWZ w zakresie, w jakim wyczytał z SIWZ, że nie jest dopuszczalne skorzystanie z „pośrednika” przy doręczaniu przesyłek, zaś w pytaniu 60 dodatkowo o wyłączenie doręczania przesyłek wymagających spełnienia skutku doręczenia urzędowego w rozumieniu wskazanych w SIWZ przepisów [kpc, kpk, kpa, ustawa Prawo zamówień publicznych, Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi]. Oznacza to zatem tyle, że zadając pytanie wykonawca miał świadomość, że dokumentacja postępowania [SIWZ oraz składające się na nią dokumenty] zakłada kwestionowany aktualnie w odwołaniu sposób doręczania przesyłek. Już same te pytania wskazują, że treść wyjaśnianych postanowień SIWZ, zawierała brzmienie, które aktualnie kwestionuje Odwołujący i że udzielone odpowiedzi znajdowały podstawę w brzmieniu SIWZ oraz jej nie zmodyfikowały.

Nie jest zatem tak, jak twierdzi Odwołujący, że dopiero po udzieleniu przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania, mógł stwierdzić, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy ukształtował SIWZ. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, na podstawie pkt 4.2.1

Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia możliwe było postawienie zarzutów – takie zarzuty zawarł bowiem Odwołujący w argumentacji uzasadniającej wniosek o zmianę SIWZ [pytanie nr 59]. Nie jest też tak, jak podano w odwołaniu, że jedyną wskazówką dla wykonawców mogło być ogólne sformułowanie zawarte w pkt. 1.1. Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, tj. wymóg, by zamówienie realizować zgodnie z zasadami wyrażonymi w powszechnie obowiązujących przepisach prawa, w szczególności w ustawie z dnia 23.11.2012r. Prawo pocztowe. Taką zawartość, która pozwala na wyczytanie ograniczeń w zakresie przesyłek przez operatora pocztowego innego niż wyznaczony niosą bowiem postanowienia zawarte w pkt 2.4.1, 2.4.2. i 2.4.3. SIWZ, co wynika już z samych pytań nr 59, 60 i 61.

Stąd zasadnym jest wniosek, że zarzuty postawione w odwołaniu dotyczą treści SIWZ, której treść została zakomunikowana Odwołującemu w dniu 7 października 2014 r.

W świetle przepisu art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie powinno być wniesione w terminie 10 dni od dnia przekazania wykonawcy SIWZ oraz pozostałych dokumentów.

Zamawiający przekazał Odwołującemu SIWZ w dniu 17 października 2014 r. Termin na wniesienie odwołania wobec treści SIWZ upłynął zatem w dniu 27 października 2014 r. Tymczasem Odwołujący wniósł odwołanie dopiero w dniu 17 listopada 2014 r. Reasumując, należało uznać, że odwołanie które wpłynęło w tej dacie było odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

W świetle powyższych okoliczności, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych orzekła, jak w pkt 1 sentencji. Orzeczenie zapadło w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania [Dz. U. Nr 41, poz. 238].

Skład orzekający: