

WYROK
z dnia 7 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

**Członkowie: Justyna Tomkowska
Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2013 r. oraz w dniu 2 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10.09.2013 r. przez wykonawcę **InPost Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie**, ul. Malborska 130, 30-624 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Sąd Apelacyjny w Krakowie oraz Prokuratura Generalna w Warszawie** reprezentowanych przez **Centrum Zakupów dla Sądownictwa Zakład Gospodarki Budżetowej, ul. Farmaceutyków 2, 31-463 Kraków** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych” (nr sprawy ZP-14/2013),

przy udziale wykonawcy **Poczta Polska S.A., z siedzibą w Warszawie**, ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez usunięcie z treści załącznika nr 5 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia punktu nr 6 zawierającego postanowienie o następującej treści: „Zamawiający wymaga, aby zgodnie z art. 17 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529), potwierdzenie nadania wydane przez placówkę operatora miało moc dokumentu urzędowego.”;

2. w pozostałym zaś zakresie zarzuty oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego reprezentowanego przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Zakład Gospodarki Budżetowej, ul. Farmaceutyków 2, 31-463 Kraków i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę InPost Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz wykonawcy InPost Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy

wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 7 października 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2184/13

Sąd Apelacyjny w Krakowie oraz Prokuratura Generalna reprezentowane przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie (dalej: zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na pn.: „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych” (nr sprawy ZP-14/2013).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 29.08.2013 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej.

W dniu 31.08.2013 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 169-293301.

W dniu 31.08.2013 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2013/S 169-293301.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10.09.2013 r. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenia następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- art. 144 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przesłanek zmiany umowy w sprawie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- art. 25 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie żądań w odniesieniu do dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania przez oferowane usługi

wymagań określonych przez Zamawiającego w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wniósł o uwzględnienie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz nakazanie zamawiającemu dokonania odpowiedniej modyfikacji postanowień ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez usunięcie kwestionowanych, w dalszej części odwołania, postanowień w odniesieniu do obu części zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż przysługuje mu legitymacja do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący podniósł, iż jest przedsiębiorcą, który może wykonywać usługi będące przedmiotem zamówienia. Jak zostanie dalej podniesione, obecny sposób prowadzenia postępowania narusza wyrażoną w art. 7 Pzp zasadę uczciwej konkurencji, ograniczając konkurencyjność niniejszego postępowania i naruszając w tym zakresie interesy wykonawcy InPost.

W części wstępnej uzasadnienia podniósł, iż InPost ma legitymację do wniesienia odwołania, gdyż jest operatorem pocztowym mającym interes w uzyskaniu zamówienia.

Rynek usług pocztowych jest obecnie rynkiem otwartym, na którym działalność w pełnym zakresie konkurencyjności prowadzić mogą przedsiębiorcy pocztowi wpisani do rejestru prowadzonego przez Urząd Komunikacji Elektronicznej.

Zamawiający wymaga, aby potwierdzenie nadania wydane przez placówkę wybranego operatora miało moc dokumentu urzędowego. Takie postanowienie pozwala na złożenie oferty tylko przez jednego wykonawcę w sytuacji, gdy cele postępowania mogą być osiągnięte także przy zachowaniu konkurencyjności postępowania (poprzez zastosowanie równoważnych rozwiązań, pozwalających równocześnie na zabezpieczenie potrzeb zamawiającego).

Wskazał, że tylko operator wyznaczony (Poczta Polska S.A.) może bowiem wstawić potwierdzenie nadania z mocą dokumentu urzędowego, inni operatorzy wystawiają potwierdzenia nadania z mocą dokumentu, który nie jest urzędowy.

Zamawiający wymaga także posiadania - w dacie składania ofert - sieci placówek, którymi dysponuje jedynie wykonawca Poczta Polska S.A. Takie postanowienie przesądza o pozorności zastosowanego trybu konkurencyjnego w niniejszym postępowaniu.

Podniósł również, iż z uwagi na zgłoszony przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej sprzeciw do treści postanowień regulaminu powszechnej usługi pocztowej w zakresie taryf specjalnych, Poczta Polska S.A. z dniem 1 lipca 2012 r. utraciła możliwość

udzielania opustów w składanych przez siebie zamówieniach, co oznacza, że jedyną ofertę jaką jest w stanie złożyć w niniejszym przetargu jest oferta cennikowa, a to oznacza dla wzrost stawek względem obecnie stosowanych dla sądów o około 36%.

W jego ocenie powyższe oznacza, że utrzymanie obecnych warunków przetargu skutkować będzie możliwością złożenia oferty wyłącznie przez Poczta Polska S.A., a w konsekwencji wzrostem wynagrodzenia względem obecnego o kwotę co najmniej 153 mln złotych. Okoliczność ta w związku z możliwością uzyskania niższego wynagrodzenia za takie

same usługi, w przypadku zmiany postanowień przetargu dopuszczających innych operatorów niż Poczta Polska S.A., oznaczać będzie naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Wskazał nadto, iż w innych przetargach, w których nie formułuje się warunków uniemożliwiających złożenie oferty przez innych operatorów niż Poczta Polska S.A. ceny jakie oferują operatorzy są niższe nawet o 40 % od cennikowych cen Poczty Polskiej S.A.

Na nieuzasadnione faworyzowanie Poczty Polskiej S.A. wskazuje jednocześnie fakt, że korzystanie z Elektronicznego Potwierdzenia Odbioru, przewidziane jest dopiero od 1 lipca 2015 r., w sytuacji gdy wiadomym jest, że inni operatorzy są w stanie wprowadzić przedmiotowy system w okresie dużo krótszym, nawet w drugim kwartale 2014 r. Zamawiający w ten sposób prowadzi postępowanie bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Podniósł ponadto, że InPost kwestionuje sposób uregulowania zasad zmian umowy w odniesieniu do treści art. 144 Pzp.

W pierwszej kolejności w treści uzasadnienia InPost podnosi argumentację o charakterze ogólnym, odnoszącą się do liberalizacji rynku usług pocztowych. W dniu 1 stycznia 2013 r. weszła w życie ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z dnia 29 grudnia 2012 r., dalej „pp”). Wraz z wejściem w życie nowego prawa pocztowego nastąpiło uwolnienie rynku usług pocztowych mającego na celu wdrożenie do polskiego systemu prawa postanowień dyrektywy 2008/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lutego 2008 r. zmieniającej dyrektywę 97/67/WE (dalej „III dyrektywa”). III dyrektywa zakończyła, rozpoczęty w 1997 r. w krajach członkowskich UE, proces stopniowej liberalizacji rynku usług pocztowych i określa zasady funkcjonowania rynku pocztowego po jego pełnym otwarciu na konkurencję tj. zniesieniu obszaru usług, jakie mogły być do tej pory zastrzeżone dla operatora świadczącego usługi powszechne w ramach nałożonego przez państwo obowiązku.

W ocenie Odwołującego kluczowym rozwiązaniem przyjętym w prawie pocztowym, określającym zasady funkcjonowania zliberalizowanego rynku pocztowego z uwzględnieniem postanowień III dyrektywy jest likwidacja obszaru zastrzeżonego. Otwarcie rynku pocztowego nastąpiło m. in. poprzez zniesienie przepisu art. 47 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo pocztowe (Dz.U.2008.189.1159 ze zmianami), w którym określony był zakres obszaru usług zastrzeżonych i prawo wyłączne operatora publicznego (Poczty Polskiej S.A.) do świadczenia usług w tym obszarze. Likwidacja usług zastrzeżonych dla Poczty Polskiej S.A. oznacza możliwość zaoferowania przez innych niż Poczta Polska S.A. operatorów pocztowych atrakcyjniejszych cen na usługi pocztowe. Zatem obecnie rynek usług pocztowych jest rynkiem otwartym, na którym działalność w pełnym zakresie konkurencyjności prowadzić mogą także inni przedsiębiorcy pocztowi wpisani do rejestru prowadzonego przez Urząd Komunikacji Elektronicznej. Rynek ten podlega ochronie w zakresie zachowania konkurencyjności gwarantowanej przez Komisję Europejską. Nie istnieją zatem jakiegokolwiek podstawy do uprzywilejowywania wykonawcy Poczta Polska S.A. dotychczas wykonującego usługi objęte niniejszym postępowaniem.

W podsumowaniu części wstępnej wskazał, iż usługi pocztowe co do zasady wykonywane być mogą przez większy krąg podmiotów, a wszelkie ograniczenia konkurencyjności takiego postępowania mogą być dokonywane jedynie w granicach określonych przez przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał na pozorność konkurencyjności postępowania, w którym Zamawiający, pomimo wyboru trybu konkurencyjnego, dokonał określenia sposobu prowadzenia niniejszego postępowania (co zostanie dalej szerzej omówione) w sposób umożliwiający udzielenie zamówienia tylko jednemu wykonawcy, Poczcie Polskiej S.A. Odwołujący podnosi tym samym zarzut rażącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ustawy Pzp. Odnosząc się do powyższego w pierwszej kolejności należy wskazać, iż za naganne powinny zostać uznane praktyki prowadzenia postępowań w trybach konkurencyjnych, w których warunki zamówienia rozstrzygają postępowanie przed otwarciem ofert. Przy czym z góry wybrany wykonawca nie musi być nazwany wprost przez zamawiającego w dokumentacji postępowania. Wystarczy, iż wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że może je spełnić tylko jeden oferent. Przywołał fragment uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 6 maja 2009 r. (sygn. akt: XII Ga 143/09).

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, iż jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych jest bowiem tzw. zasada neutralności opisu przedmiotu

zamówienia. Zasada ta oznacza w praktyce eliminację z opisu wszelkich elementów, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę. Dyskryminacja wykonawców może polegać na takim opisie przedmiotu zamówienia, który nie jest uzasadniony obiektywnymi wymaganiami zamawiającego, a faktycznie ogranicza konkurencję na rynku danych usług, czy też dostaw. Zamawiający, jak wynika z dyrektyw unijnych, powinni otwierać się na konkurencję i w tym celu umożliwiać składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych.

Reasumując Odwołujący wskazał, iż zamawiający narusza podstawowe zasady zamówień publicznych w każdym przypadku, gdy określając warunki przetargu pozwala na złożenie oferty tylko przez jednego wykonawcę. W niniejszym postępowaniu warunki zamówienia umożliwiają złożenie oferty jedynie wykonawcy Poczta Polska S.A. Takie kreowanie monopolu jednego wykonawcy, poprzez wadliwe czynności podejmowane przez Zamawiającego, jest, w ocenie Odwołującego, rażącym naruszeniem wspólnotowych i krajowych zasad udzielania zamówień publicznych.

W zakresie wymogu aby potwierdzenie nadania posiadała moc dokumentu urzędowego Odwołujący wskazał, iż Zamawiający taki wymóg postawił w treści opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 5 do siwz). W załączniku tym zamieszczone zostało następujące postanowienie:

6. Zamawiający wymaga, aby zgodnie z art. 17 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529), potwierdzenie nadania wydane przez placówkę operatora miało moc dokumentu urzędowego.

7. Jednostki sądownictwa i jednostki prokuratury będą wysyłać korespondencję tylko i wyłącznie we własnym imieniu. W każdej sytuacji to właściwa jednostka będąca nadawcą musi figurować jako Nadawca przesyłki.

Na wstępie analizy przedmiotu zamówienia Odwołujący podniósł, iż że zgodnie z art. 17 Prawa Poczтового (dalej także „pp”), jedynie potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej wydane przez placówkę pocztową operatora wyznaczonego ma moc dokumentu urzędowego. Potwierdzenia nadania wystawione przez innych operatorów mają moc dokumentu, który nie jest dokumentem urzędowym. W okresie 3 lat od dnia wejścia w życie nowego pp operatorem wyznaczonym jest Poczta Polska S.A., a więc do 31 grudnia 2015 r. Postanowienie to jest reliktem po poprzednio obowiązujących przepisach prawnych i pochodną faktu, że kiedyś Poczta Polska była urzędem państwowym, obecnie jest spółką prawa handlowego. Zdaniem Odwołującego pomimo pozostawienia art. 17 pp w systemie

prawnym nie ma w odniesieniu do organów administracji publicznej praktycznego znaczenia, a już z pewnością nie ma znaczenia dla Zamawiającego i wysyłanych przez niego przesyłek (o czym mowa w dalszej części pisma). Następnie Odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią dokumentacji postępowania (formularze cenowe cz. 1 i cz. 2) przesyłki rejestrowane wymagające posiadania potwierdzenia nadania stanowią ponad 95% wolumenu przesyłek zamawianych w niniejszym postępowaniu. Zatem w zakresie odnoszącym się do niemalże całości przedmiotu zamówienia określone zostało wymagania pozwalające na złożenie oferty tylko przez jednego wykonawcę tj. Poczta Polska S.A. (działającego samodzielnie lub też w porozumieniu z innymi wykonawcami).

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że przepisy powszechnie obowiązujące, w tym przepisy kodeksów postępowania cywilnego, karnego oraz administracyjnego wskazują wprost na możliwość korzystania z usług operatorów pocztowych innych niż wyznaczony, a więc wprost przewidują możliwość nadawania przesyłek rejestrowanych bez dowody nadania z mocą dokumentu urzędowego. Już tylko z tego tylko faktu wynika, w ocenie Odwołującego, że oczekiwanie by przesyłka posiadała dowód nadania z mocą dokumentu urzędowego (wystawiany z taką mocą wyłącznie przez Poczta Polska S.A.) stanowi formułowanie wymagania, które stoi w sprzeczności z wymaganiami kodeksów postępowania cywilnego, karnego i administracyjnego. W związku bowiem z wejściem w życie 1 stycznia 2013 roku nowego prawa pocztowego, do systemu prawnego zaistniałego w związku z nowelizacją dostosowano przepisy Kodeksu postępowania cywilnego, Kodeksu postępowania karnego oraz Kodeksu postępowania administracyjnego m. in. w zakresie przepisów o doręczeniach, które weszły w życie również w dniu 1 stycznia 2013 roku. Na skutek dostosowania przepisów o doręczeniach we wszystkich wskazanych powyżej kodeksach pisma można doręczać za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu prawa pocztowego (art. 131 § 1 kpk , art. 131 § 1 kpc, art. 39 kpa). Obecnie funkcjonuje na rynku polskim ponad 260 operatorów pocztowych.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z dostosowanymi przepisami kpc, kpk oraz kpa, w sytuacji gdy pismo wysłane poprzez każdego operatora pocztowego, a nie tylko wyznaczonego, nie dotrze do adresata w sposób określony w tych przepisach, każdy operator pocztowy, a nie tylko wyznaczony przechowuje je w najbliższej placówce umieszczając w oddawczej skrzynce pocztowej bądź na drzwiach mieszkania adresata lub w innym widocznym miejscu zawiadomienie, gdzie i kiedy pismo pozostawiono oraz że należy je odebrać w ciągu 7 kolejnych dni, a w razie bezskutecznego upływu tego terminu, należy czynność zawiadomienia powtórzyć jeden raz. Jest to tzw. doręczenie per awizo, które zostało uregulowane w art. 139 § 1 kpc , art. 133 § 1 kpk oraz w art. 44 § 1 kpa .

Jak wskazał Odwołujący szczególnym przykładem, iż od 1 stycznia 2013 r. doszło do szeroko rozumianego uwolnienia rynku usług pocztowych jest nowelizacja art. 133 § 1 kpk. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu przed nowelizacją: *„Jeżeli doręczenia nie można dokonać w sposób wskazany w art. 132, pismo przesłane pocztą pozostawia się w najbliższej placówce pocztowej operatora publicznego, a przesłane w inny sposób w najbliższej jednostce Policji albo we właściwym urzędzie gminy”*. Od nowelizacji w dniu 1 stycznia 2013, przepis art. 133 § 1 kpk posiada następujące brzmienie: *„Jeżeli doręczenia nie można dokonać w sposób wskazany w art. 132, pismo przesłane za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe pozostawia się w najbliższej placówce pocztowej tego operatora pocztowego, a przesłane w inny sposób w najbliższej jednostce Policji albo we właściwym urzędzie gminy ”*.

Reasumując, Odwołujący wskazał, iż zgodnie z przepisami kpc, kpk oraz kpa pisma można doręczać za pośrednictwem każdego operatora pocztowego, a nie tylko operatora wyznaczonego. Doręczenie przez awizo dokonane przez każdego z operatorów pocztowych uważane jest za dokonane skutecznie i prawidłowo. Wskazane powyżej przepisy nie różnicują doręczeń dokonywanych przez operatora wyznaczonego, jakim obecnie jest Poczta Polska z doręczeniami dokonanymi przez innych operatorów pocztowych. Co za tym idzie pismo nadane w placówce operatora wyznaczonego i doręczone przez niego przez awizo będzie wywierało takie same skutki prawne co pismo nadane i doręczone przez awizo przez operatora pocztowego, który nie jest operatorem wyznaczonym. Taki sam skutek prawny będzie miało niepodjęcie pisma w terminie bądź niedoręczenie na skutek zmiany przez stronę adresu zamieszkania (do korespondencji) i nie poinformowania o tym fakcie zainteresowanego np. sądu zarówno w przypadku przesyłek obsługiwanych przez operatora wyznaczonego, jak i pozostałych operatorów pocztowych.

Odwołujący wskazał, że żadna z relewantnych ustaw i rozporządzeń, nie przewiduje wymogu posiadania dowodu nadania z mocą dokumentu urzędowego, a zatem formułowanie takiego oczekiwania jest więc nieuprawnione.

Odwołujący odnosząc się do mocy urzędowej potwierdzenia nadania wskazał, że zgodnie z art. 17 pp moc dokumentu urzędowego ma jedynie potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej wydane przez placówkę pocztową operatora wyznaczonego. Żeby uchwycić istotę potwierdzenia nadania zauważyć należy, że na podstawie art. 3 pkt. 8 pp nadanie jest to polecenie doręczenia przesyłki pocztowej zgodnie z umową o świadczenie usługi pocztowej . W potwierdzeniu takim jest więc mowa o tym, że rzecz opatrzona oznaczeniem adresata i adresem została przyjęta przez operatora pocztowego w celu

przemieszczenia i doręczenia adresatowi zgodnie z umową o świadczenie usługi pocztowej. Powyższe wynika z definicji przesyłki pocztowej (art. 3 pkt. 21 pp) . Innymi słowy potwierdzenie nadania mówi o przyjęciu przez operatora pocztowego rzeczy opatrzonej oznaczeniem adresata i adresem celem jej przemieszczenia i doręczenia adresatowi zgodnie z zawartą umową o świadczenie usługi pocztowej. W praktyce potwierdzenie nadania zawiera następujące informacje:

- a. numer przesyłki,
- b. podane przez nadawcę oznaczenie nadawcy i jego adresu,
- c. podane przez nadawcę oznaczenie adresata i jego adresu,
- d. wysokość opłaty,
- e. masa przesyłki,
- f. gabaryt przesyłki,
- g. informacja, czy przesyłka jest nadawana za potwierdzeniem odbioru,
- h. podpis przyjmującego,
- i. stempel pocztowy (obejmujący datę i miejsce nadania).

Jak wskazał Odwołujący zgodnie więc z art. 17 pp moc dokumentu urzędowego dotyczy tylko wyżej wymienionych informacji.

Następnie Odwołujący wskazał, iż w tym miejscu należy sobie postawić pytanie, co wynika z faktu, że potwierdzenie nadania ma moc dokumentu urzędowego? W jego ocenie sam artykuł 17 pp nic więcej w tym przedmiocie nie stanowi, w związku z czym by odpowiedzieć na to pytanie należy sięgnąć do innych przepisów prawa. Potwierdzenie nadania jest dowodem na to, że w określonym dniu i określonej placówce pocztowej, przesyłka pocztowa, o określonej masie i gabarytach została przez określoną osobę nadana do określonego adresata, a operator wyznaczony zobowiązał się ją doręczyć, za potwierdzeniem odbioru albo bez takiego potwierdzenia, zgodnie z zawartą umową i pobrał za to określoną opłatę. Z powyżej przytoczonych przepisów nie wynika nic więcej, a w szczególności nie wynika to, że nadana przesyłka została doręczona lub co zawierała.

Jak wskazał Odwołujący zgodnie z art. 3 pkt. 23 pp przesyłką rejestrowaną jest przesyłka pocztowa przyjęta przez operatora pocztowego za pokwitowaniem przyjęcia i doręczana przez operatora pocztowego za pokwitowaniem odbioru dokonywanym przez adresata. Zgodnie z przywołanym powyżej przepisem art. 17 pp, tylko potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej lub przekazu pocztowego wydane przez placówkę pocztową operatora wyznaczonego ma moc dokumentu urzędowego, natomiast takiej mocy nie ma pokwitowanie odbioru.

W ocenie Odwołującego wykazanie, że przesyłka została doręczona w określonej dacie przeprowadza się przy pomocy dowodu doręczenia adresatowi, który stanowi oświadczenie adresata, iż przesyłkę odebrał lub doręczenie per awizo (dowodem doręczenia nie jest dowód nadania). Jak już była o tym mowa przepisy kpc, kpk, kpw i kpa dotyczące doręczania per awizo w żaden sposób nie różnicują skuteczności doręczenia przesyłki w ten sposób, niezależnie od tego czy dokonuje tego operator wyznaczony, czy inny operator pocztowy. Wskazać ponadto, że dowód doręczenia nie ma mocy dokumentu urzędowego niezależnie od tego czy nadawca skorzystał z usług operatora wyznaczonego, czy innego operatora pocztowego. Zatem, w ocenie Odwołującego, nie ma żadnych różnic pomiędzy charakterem dowodu doręczenia przesyłki dostarczanych przez Poczta Polska S.A. i innych operatorów - żaden z nich nie ma mocy dokumentu urzędowego, a każdy dowód ma taką samą moc tj. moc dokumentu nieurzędowego.

Reasumując, Odwołujący wskazał, iż oczekiwanie Zamawiającego, żeby dowody nadania przesyłek Zamawiającego posiadały moc dokumentu urzędowego nie ma żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa.

Ponadto podniósł, że formułowanie ww. oczekiwania nie jest niezbędne, ani celowe do realizacji przedmiotu zamówienia, czego najlepszym dowodem jest to, że ten sam zamawiający, w takim samym postępowaniu, na taki sam przedmiot zamówienia w roku 2012, oczekiwanie takiego nie formułował (postępowanie na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych na rzecz jednostek organizacyjnych sądownictwa powszechnego - na podstawie umowy ramowej (znak sprawy: ZP-11/2012) .

Zarzut swój oparł również na okoliczności faktycznej łączenia świadczeń wskazując, że nawet jeśli istniałyby takie typy przesyłek dla których potwierdzenie nadania powinno mieć moc dokumentu urzędowego (czemu zaprzeczamy), to łączenie takich przesyłek (objętych monopolem Poczty Polskiej) w jednym postępowaniu z pozostałymi typami przesyłek oznacza w praktyce zamknięcie postępowania na konkurencję. Teoretycznie zamawiający mógł dopuścić następujące rozwiązania:

- zastosowany w niniejszym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia, który umożliwia złożenie oferty wyłącznie przez Poczta Polska S.A. działającą samodzielnie lub w konsorcjum (zachodzi jednak pozorność konkurencyjności postępowania);
- wyłącznie tychże świadczeń do odrębnego postępowania (udzielanego w trybie zamówienia z wolnej ręki, o ile rzeczywiście potrzeby zamawiającego nie mogłyby być

zabezpieczone świadczeniami wykonywanymi przez innych operatorów niż Poczta Polska S.A. - w ocenie odwołującego jest możliwym zabezpieczenie takich potrzeb);

- dopuszczenie złożenia oferty przez wykonawcę, który wykonywanie świadczeń objętych monopolem Poczty Polskiej (potwierdzenie nadania z mocą dokumentu urzędowego) powierzy temu operatorowi (co z powodów ekonomicznych jest bezzasadne, wykonawca byłby jedynie pośrednikiem dostarczającym świadczenia Poczty Polskiej S.A.);
- całkowita rezygnacja z wymagania wykonywania świadczenia poprzez wykorzystywanie potwierdzenia nadania z mocą dokumentu urzędowego (co znajduje uzasadnienie w charakterze zamawianych świadczeń i pozwala na osiągnięcie celów zamawiającego).

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający wybrał pierwsze rozwiązanie. Zgodnie bowiem z treścią punktu 7 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 5 do siwz): *„Jednostki sądownictwa i jednostki prokuratury będą wysyłać korespondencją tylko i wyłącznie we własnym imieniu. W każdej sytuacji to właściwa jednostka będąca nadawcą musi figurować jako Nadawca przesyłki”*.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający wyłączył możliwość powierzenia Poczcie Polskiej przez wybranego wykonawcę wykonywania świadczeń, na które posiada ona monopol. W ocenie Odwołującego powyższa okoliczność oznacza, że Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji w sposób kwalifikowany, nie dość bowiem, że sformułował oczekiwanie nieuzasadnione, które może spełnić tylko jeden operator (moc dokumentu urzędowego), to wyłączył jeszcze możliwość wykonania usługi przez innego operatora w drodze umowy o powierzenie, zgodnie z art. 35 ust. 1 pp. Pamiętać zarazem trzeba, że nawet gdyby Zamawiający przewidział możliwość wykonania usługi w drodze umowy o powierzenie, to i tak oznaczałoby konieczność powierzenia wykonania niemalże całości świadczeń objętych zamówieniem Poczcie Polskiej S.A. Konkurencyjność byłaby więc w dalszym ciągu pozorna, gdyż podmiotem który mógłby złożyć ofertę byłaby Poczta Polska S.A. lub podmiot, który powierzył wykonanie usługi Poczcie Polskiej S.A. Takiej sytuacji nie można uznać za konkurencyjną, gdyż uznanie takie oznaczałoby, że konkurencyjną jest sytuacja, w której Poczta Polska S.A. konkuruje sama ze sobą oraz decyduje o tym kto może w niniejszym postępowaniu złożyć ofertę (zawierając stosowną umowę na podstawie art. 35 pp, brak zawarcia umowy uniemożliwiłby złożenie oferty).

Reasumując, Odwołujący wskazał, iż Zamawiający poprzez postawienie wymagań w cytowanych punktach 6 i 7 OPZ faktycznie uniemożliwił innym wykonawcom złożenie oferty. Zamawiający pominął inne, obecne na rynku rozwiązania (potwierdzenia nadania bez mocy dokumentu urzędowego) wykluczając całkowicie konkurencyjność niniejszego postępowania nie tylko w zakresie przesyłek rejestrowanych. Nawet gdyby założyć, iż wykonawca mógłby

dostarczać potwierdzenia nadania wystawione przez Poczta Polska S.A. (czego zabrania w punkcie 7 opis przedmiotu zamówienia) to wykonawcy alternatywni w zakresie 95% wolumenu przedmiotu zamówienia stali by się co najwyżej pośrednikami przekazującymi część zamówienia zawsze Poczcie Polskiej S.A. (co z ekonomicznego punktu widzenia jest bezprzedmiotowe).

Zadaniem Odwołującego raz jeszcze należy dodać, Zamawiając nie może opisać przedmiotu zamówienia w takim sposób iż Poczta Polska byłaby jednym wykonawcą do którego adresowane jest niniejsze zamówienie.

W zakresie odnoszącym się do kwestii naruszenia zasady neutralności opis przedmiotu zamówienia Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w ramach celów danego postępowania powinien tak dokonywać opisanie przedmiotu zamówienia, by jedynie w niezbędnym zakresie, uzasadnionym swoimi interesami, dokonywać ograniczenia konkurencyjności postępowania. W orzecznictwie zamówień publicznych wskazuje się na obowiązek przestrzegania zasady proporcjonalności, zgodnie z którą ingerencja w konkurencyjność postępowania powinna następować w jak najmniejszym, obiektywnie uzasadnionym stopniu. Działanie zamawiającego: *musi podlegać analizie pod kątem zgodności z zasadą proporcjonalności, co oznacza, że zastosowanie tego przepisu może być usprawiedliwione tylko w takim zakresie, w jakim osiągnięcie celu nie może być równie skuteczne za pomocą środków mniej ograniczających uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców* (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/KD 3/11).

Zdaniem Odwołującego przypomnieć należy, iż przeprowadzenie postępowania w sposób umożliwiający w nim udział tylko jednego wykonawcy stanowi najdalej idącą ingerencję w zasadę uczciwej konkurencji. Jak słusznie zauważa się na gruncie badania przesłanek zamówienia z wolnej ręki wyłączającego konkurencyjność postępowania, dopuszczenie do udziału w postępowaniu tylko jednego wykonawcy możliwe będzie jedynie w przypadku, gdy nie istnieją na rynku jakiegokolwiek możliwości wykonania zamówienia przez innych wykonawców, które realizowałyby cele danego postępowania.

Zgodnie z orzecznictwem ETS (sprawa C - 199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch) *dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi bowiem przede wszystkim wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie .*

Jak zarazem słusznie podnosi się w orzecznictwie, dopuszczenie rozwiązań alternatywnych, równoważnych nie może mieć jednak charakteru wyłącznie formalnego - zamawiający powinien mieć stosowne rozeznanie rynku, tak aby zaoferowanie rozwiązań równoważnych było realne i możliwe do spełnienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 853/12).

Odwołujący formułując swoje żądanie wskazał tym samym, iż jedynie rezygnacja z wymogu posiadania przez dokument nadania cechy dokumentu urzędowego gwarantuje z jednej strony zachowanie konkurencyjności postępowania, a zarazem celów Zamawiającego związanych z zawieraną umową. Biorąc pod uwagę powyższe wniósł o uwzględnienie zarzutu odnoszącego się do wadliwości punktów 6 i 7 opisu przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do podstaw faktycznych zarzutów dotyczących przedmiotowych warunków udziału w postępowaniu Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zgodnie z punktem 3 podpunkt 6 SIWZ wymagał od wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego przedłożenia oświadczenia potwierdzającego posiadanie:

- a) co najmniej po jednej placówce pocztowej, licząc średnio w skali kraju, przypadającej na 6000 mieszkańców na terenie gmin miejskich i gmin miejsko - wiejskich.
- b) co najmniej jedną placówką pocztową, licząc średnio w skali kraju, przypadającą na 85 km² powierzchni w gminach wiejskich.
- c) w każdej gminie co najmniej jedną stałą placówką pocztową.
- d) oraz potwierdzające, iż wskazane w lit. a-c placówki pocztowe czynne będą we wszystkie dni robocze, z wyjątkiem sobót, co najmniej 5 dni w tygodniu, a jeżeli w tygodniu przypada dzień ustawowo wolny od pracy, liczba ta może być odpowiednio niższa,

W ocenie Odwołującego powyższe postanowienie narusza zasadę uczciwej konkurencji z co najmniej dwóch powodów. Po pierwsze postanowienie to oznacza, iż tylko wykonawca Poczta Polska może w niniejszym postępowaniu złożyć ofertę (gdyż tylko ten wykonawca posiada opisaną powyżej infrastrukturę). Zatem Zamawiający jedynie pozornie dopuszcza konkurencyjność niniejszego postępowania (abstrahuje od warunków rynku usług pocztowych). Ponadto zauważyć należy, że w ocenie Odwołującego, formułowanie ww. oczekiwania nie jest niezbędnym, ani celowym do realizacji przedmiotu zamówienia, czego najlepszym dowodem jest to, że ten sam zamawiający, w takim samym postępowaniu, na taki sam przedmiot zamówienia w roku 2012 oczekiwanie takiego nie formułował (postępowanie na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w

zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych na rzecz jednostek organizacyjnych sądownictwa powszechnego - na podstawie umowy ramowej (znak sprawy: ZP-11/2012).

Niezależnie od powyższego, w ocenie wykonawcy InPost posiadanie tej infrastruktury nie powinno być wymagane już w dacie składania ofert (skoro w ocenie Zamawiającego niezbędna będzie ona dopiero na etapie wykonywania świadczeń, z czym InPost się nie zgadza). W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości sprzeciwiano się takiemu formułowaniu wymagań przez zamawiającego, które prowadziłoby na preferencyjne traktowanie wykonawcy już wykonującemu świadczenia na rzecz zamawiającego, dysponującego wymaganą infrastrukturą w dacie składania ofert (wyrok ETS z dnia 27 października 2005 r. C-234/03), gdzie zostało wskazane, iż: *„Art. 49 WE sprzeciwia się temu, aby instytucja zamawiająca zawarła w dokumentacji zamówienia na świadczenie usług (...) po pierwsze, przesłanki dopuszczenia, która zobowiązuje przedsiębiorstwo oferenta do posiadania w chwili składania oferty biura dostępnego dla klientów w stolicy prowincji, w której mają być świadczone te usługi, i po drugie, kryteriów oceny ofert, które uwzględniają, poprzez przyznanie dodatkowych punktów, istnienie w chwili złożenia oferty zakładów produkcyjnych (...) usytuowanych w odległości mniejszej niż 1000 km od tej prowincji lub biur dostępnych dla klientów w innych miejscowościach tam określonych”.*

Jak wskazał Odwołujący podobnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 roku (sygn. KIO 350/08) w którym stwierdzono, iż wymóg posiadania przez wykonawcę w dacie składania ofert placówek o określonej lokalizacji narusza zasadę równego dostępu do zamówienia preferując określonych wykonawców. W orzecznictwie KIO wielokrotnie podkreśla się, iż warunki realizacji zamówienia powinny być tak wyznaczone, by dawały możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły usługi objęte przedmiotem zamówienia (w tym na rzecz Zamawiającego) i posiadają pełną lub częściową infrastrukturę, jak i tym podmiotom, które dla realizacji zamówienia muszą pozyskać niezbędną infrastrukturę (wyrok KIO z dnia 24 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 707/08).

W ocenie Odwołującego należy dodać, iż nieprzypadkowo warunki udziału w postępowaniu o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp (w tym także warunki w zakresie środków organizacyjno - technicznych wykonawcy, o których mowa w rozporządzeniu) odnoszą się do zasobów którymi wykonawca będzie dysponował na etapie wykonywania świadczeń, a nie w dacie składania ofert.

Reasumując, w ocenie Odwołującego, wymóg posiadania w dacie składania ofert placówek o których mowa w punkcie 6.3 SIWZ narusza zasadę uczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę powyższe wniósł o nakazanie wykreślenia przedmiotowego postanowienia z treści dokumentacji postępowania.

Odwołujący jako kolejną podstawę faktyczną podniesionych zarzutów wskazał na wadliwość przesłanek zmiany umowy. Zgodnie z treścią załączników nr 6 do siwz (wzory umów dla obu części zamówienia) Zamawiający w odniesieniu do art. 144 ustawy Pzp określił w § 11 wzorów umów między innymi następującą przesłankę zmiany umowy:

1. Wszelkie zmiany niniejszej umowy wymagają zastosowania formy pisemnego aneksu.

2. Dopuszcza się następujące zmiany umowy:

1) zmiana jednostkowej ceny brutto oraz zmiana całkowitego wynagrodzenia brutto Wykonawcy, w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zmianę, w szczególności w przypadku zmiany warunków świadczenia usług;

W ocenie InPost powyższe postanowienie rażąco narusza art. 144 ustawy Pzp. W piśmiennictwie i orzecznictwie prawa zamówień publicznych akcentuje się znaczenie niezmienności zakresu świadczenia wykonawcy ustalone w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 czerwca 2008 roku w sprawie C-454/06 za niedopuszczalną zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego została uznana zmiana, która:

- wskazuje na chęć renegotjowania warunków samego zamówienia,
- zawęża lub rozszerza grono wykonawców, którzy byliby zainteresowani uzyskaniem danego zamówienia,
- dopuszcza do etapu wyboru oferty inne, niż pierwotnie wybrana,
- znacznie rozszerza zakres przedmiotu zamówienia, co nie zostało wcześniej przewidziane przez zamawiającego,
- w wyniku jej wprowadzenia równowaga ekonomiczna umowy zostaje zmodyfikowana na korzyść wykonawcy.

Jak wskazał Odwołujący na gruncie orzecznictwa wypracowano katalog podstawowych warunków uznania postanowienia o zmianie umowy za zgodne z treścią przepisu. W ocenie Izby, wyrażonej w wyroku z dnia 4 lutego 2010 r. (sygn. akt Kio/UZP 1883/09) przedmiotowe warunki powinny:

1. wskazywać okoliczności, od których zaistnienia uzależnione zostaje prawo jednej lub obu stron umowy do żądania renegotjacji określonych praw i obowiązków objętych umową,
2. identyfikować - choćby w ujęciu rodzajowym - materię podlegającą ewentualnej renegotjacji z nawiązaniem do konkretnych praw i obowiązków, których dotyczyć mogą ewentualne zmiany (np. w razie zmiany wysokości obowiązujących stawek podatku od

towarów i usług VAT dotyczących przedmiotu umowy zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia uwzględniającego nową wysokość stawek tego podatku),

3. określać procedurę uzgadniania tej zmiany i ewentualną odpowiedzialność za uchylenie się od wyrażenia zgody na wymaganą zmianę umowy.

Podniósł ponadto, iż odnosząc się do tematu zakresu możliwych zmian przewidzianych przez Zamawiającego należy pamiętać, iż podstawową wartością podlegającą ochronie poprzez treść art. 144 jest zasada uczciwej konkurencji.

Zatem wszelkie zmiany winny z góry określać, w sposób maksymalnie precyzyjny zakres zmian i przesłanki otwierające drogę do dokonywanej modyfikacji. Próbuąc określić granice swobody zamawiającego dotyczące sposobu opisywania zmian „przewidzianych” należy zauważyć, iż za niedopuszczalne w naszej ocenie powinny być uznane wszelkie zmiany, które choć zostały opisane w dokumentacji postępowania, to jednak poprzez sposób ich redakcji otwierałyby drogę zamawiającemu oraz wykonawcy do renegotjowania zakresu zamówienia, w tym wynagrodzenia wykonawcy niwecząc tym samym skutek przeprowadzenia konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, iż postanowienie zawarte w §11 ust. 2 pkt 1 wzorca umowy stanowi rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający przewiduje możliwość zmiany najistotniejszego elementu oferty każdego wykonawcy (wysokość wynagrodzenia) odnosząc się do skrajnie niejednoznacznej, niedookreślonej przesłanki „zaistnienia okoliczności uzasadniających zmianę”. Należy uznać, iż faktycznie przesłanka zmiany nie została określona, a strony zachowały sobie całkowitą dowolność zmiany umowy uzależnioną od woli zamawiającego. Wniósł zatem o wykreślenie powyższej przesłanki zmiany umowy.

Jako kolejny przykład uprzywilejowanego traktowania Poczty Polskiej wskazał na określenie w warunkach SIWZ, iż usługa Elektronicznego Potwierdzenia Odbioru będzie wprowadzona nie wcześniej niż 1 lipca 2015 r., a więc w ostatnim półroczu świadczenia usługi przez wykonawcę. Zamawiający ma świadomość, że inni operatorzy są w stanie zapewnić możliwość obsługi EPO nawet w 1 półroczu obowiązywania umowy (konsultacje prowadzone przez Ministerstwo Sprawiedliwości z tynkiem operatorów pocztowych). Podmiotem, który nie jest w stanie zapewnić funkcjonowania tego systemu wcześniej niż w 4 półroczu obowiązywania umowy jest Poczta Polska S.A. Zamawiający ma tego świadomość i dlatego zapewne w taki sposób formułuje warunki przetargu, by Poczty Polskiej S.A. nie wykluczyć, dlaczego jednak wyklucza (innymi warunkami) inne podmioty? Zachowanie takie, jest, w ocenie Odwołującego, kolejnym przejawem nieuprawnionego faworyzowania Poczty

Polskiej S.A. nie mającego nic wspólnego z zasadami wolnej konkurencji, których zamawiający zobowiązany jest przestrzegać. Odwołujący podniósł ponadto, iż Zamawiający miał możliwość uwzględnienia powyższych okoliczności w toku postępowaniu w taki sposób, iż zachowane zostałyby interesy Zamawiającego (uzyskanie jak najszybciej funkcjonalności EPO) jak i uwzględniono by możliwości rynku (różne przygotowanie do świadczenia tej usługi). Zachowując termin maksymalny na wprowadzenie usługi 1 lipca 2015 roku Zamawiający mógł dodatkowo promować w ramach kryteriów oceny ofert te oferty, które zamierałyby deklarację wcześniejszego uruchomienia usługi (pozacenowe kryterium oceny ofert). Powyższe okoliczności potwierdzają tezę, iż w niniejszym postępowaniu w głównej mierze poza interesami Zamawiającego chroniono faktycznie interesy obecnego świadczeniodawcy, Poczty Polskiej S.A.

W podsumowaniu wskazał, iż niniejsze postępowanie obarczone jest obecnie istotnymi wadami. Prowadzenie przez Centrum postępowanie o udzielenie zamówienia dopuszczające jedynie pozorną konkurencyjność godzi w zasadę swobodnego dostępu wykonawców do europejskiego rynku zamówień na usługi pocztowe. Wnosimy o uwzględnienie odwołania.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań odnoszących się do konieczności zapewnienia aby potwierdzenie nadania posiadała status dokumentu urzędowego, określenie warunków realizacji usługi w odniesieniu do rozmieszczenia, lokalizacji oraz sposobu funkcjonowania placówek pocztowych, jak również w zakresie warunków zmiany umowy określonych w jej wzorze.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowieniami SIWZ i wzoru umowy, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, stanowiskiem Przystępującego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba wskazuje, iż z urzędu jest zobowiązana na etapie merytorycznego rozpoznania odwołania do badania spełnienia przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała, iż odwołującemu przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącą konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

W ocenie Izby Odwołujący, posiadający status operatora pocztowego w rozumieniu art. 3 pkt 12 ustawy Prawo pocztowe, ze względu na zawarty w treści SIWZ wymóg, aby potwierdzenie nadania posiadało status dokumentu urzędowego, który to status został w art. 17 ustawy Prawo pocztowe zastrzeżony tylko i wyłącznie dla operatora wyznaczonego, którym od dnia 1 stycznia 2013 r. przez okres 3 lat jest Poczta Polska S.A. nie jest w stanie złożyć oferty zgodnej z wymaganiami SIWZ, co uniemożliwia mu uzyskania przedmiotowego zamówienia. Już tylko ten fakt wskazuje, iż na etapie wniesienia odwołania wykonawcy InPost Spółka z o.o. przysługiwało prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Tym samym postanowienia SIWZ już na etapie ogłoszenia o zamówieniu eliminują Odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu – a zatem przysługuje Odwołującemu legitymacja czynna do skorzystania z ochrony prawnej w ramach postępowania odwoławczego. Jednocześnie uprawdopodobnił on, iż takie sformułowanie wymagań Zamawiającego może narazić go na szkodę mającą swoje źródło w przeszkodach tkwiących w opisie przedmiotu zamówienia uniemożliwiających ubieganie się o uzyskanie niniejszego zamówienia.

Należy bowiem wskazać, że: *„Zgodnie z powołanym przepisem środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)).*

Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.” (za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10).

Biorąc powyższe pod uwagę nie zasługują na uwzględnienie argumenty wskazane w toku rozprawy przez Przystępującego, iż fakt że Odwołujący nie posiada zakładanej ilości placówek przesądza o braku interesu na wniesienie odwołania. Otóż przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przyznające prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej ocenia się na moment wniesienia odwołania w kontekście podniesionych zarzutów. Odwołujący zamierzając do takiego ukształtowania treści SIWZ, jaką prezentuje we wniesionym odwołaniu, uczynił zadość wymogom z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i sama kwestia zasadności podniesionych zarzutów nie ma w tym zakresie znaczenia. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż Odwołującemu przysługuje prawo do skorzystania z drogi odwoławczej.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu. Izba dopuściła również dowody przedstawione przez strony i uczestnika postępowania w toku rozprawy.

Izba uwzględniła ponadto stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż wszczęcie przedmiotowego postępowania nastąpiło w dniu 02.09.2013 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia w siedzibie zamawiającego – w miejscu publicznie dostępnym oraz na stronie internetowej (protokół postępowania).

W dalszej kolejności Izba ustaliła, iż zgodnie z treścią zdania ostatniego Rozdziału I SIWZ zatytułowanego „Informacje ogólne” pkt 2 – „Tryb udzielenia zamówienia” Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych. Zgodnie z Rozdziałem II SIWZ zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 1.2. przedmiot zamówienia został podzielony na 2 części:

- część 1 – świadczenie usług pocztowych na rzecz jednostek organizacyjnych sądownictwa powszechnego;
- część 2 – świadczenie usług pocztowych na rzecz powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury.

Izba następnie ustaliła, iż Zamawiający postawił w treści opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 5 do SIWZ) m.in. następujące wymogi:

6. Zamawiający wymaga, aby zgodnie z art. 17 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529), potwierdzenie nadania wydane przez placówkę operatora miało moc dokumentu urzędowego.

7. Jednostki sądownictwa i jednostki prokuratury będą wysyłać korespondencję tylko i wyłącznie we własnym imieniu. W każdej sytuacji to właściwa jednostka będąca nadawcą musi figurować jako Nadawca przesyłki.

Zgodnie z punktem 3 „wymagane dokumenty” pkt 3.6. SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego przedłożenia **oświadczenia** potwierdzającego posiadanie:

- a) co najmniej po jednej placówce pocztowej, licząc średnio w skali kraju, przypadającej na 6000 mieszkańców na terenie gmin miejskich i gmin miejsko - wiejskich.
- b) co najmniej jedną placówką pocztową, licząc średnio w skali kraju, przypadającą na 85 km² powierzchni w gminach wiejskich.
- c) w każdej gminie co najmniej jedną stałą placówką pocztową.

d) oraz potwierdzające, iż wskazane w lit. a-c placówki pocztowe czynne będą we wszystkie dni robocze, z wyjątkiem sobót, co najmniej 5 dni w tygodniu, a jeżeli w tygodniu przypada dzień ustawowo wolny od pracy, liczba ta może być odpowiednio niższa, zgodnie z załącznikiem nr 10 do SIWZ.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający w § 11 ust. 2 pkt 1 załącznika nr 6A i 6B do SIWZ (wzór umowy) wskazał, że: „Dopuszcza się następujące zmiany umowy: zmiana jednostkowej ceny brutto oraz zmiana całkowitego wynagrodzenia brutto Wykonawcy, w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zmianę, w szczególności w przypadku zmiany warunków świadczenia usług”.

Na powyższą czynność obejmującą sporządzenie SIWZ i opisanie przedmiotu zamówienia Odwołujący w dniu 10 września 2013 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Izba ustaliła, iż w dniu 13 września 2013 r. przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego zgłosił skutecznie wykonawca Poczta Polska S.A. wnosząc jednocześnie o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na otoczenie prawne, które determinuje kwestię oceny opisu przedmiotu zamówienia dokonanego przez zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przedmiotem zamówienia jest bowiem świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych realizowanych na rzecz jednostek organizacyjnych prokuratury i sądownictwa.

Izba oceniając podniesione w treści odwołania zarzuty miała na uwadze okoliczność, iż z dniem 1 stycznia 2013 r. weszła w życie ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z dnia 29 grudnia 2012 r., poz. 1529), która implementowała do krajowego

porządku prawnego postanowienia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/6/WE z dnia 20 lutego 2008 r. zmieniającej dyrektywę 97/67/WE w odniesieniu do pełnego urzeczywistnienia rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty (Dziennik Urzędowy L 052 z dnia 27 lutego 2008 r. P 0003 - 0020), która wprowadza na terenie Unii Europejskiej liberalizację rynku usług pocztowych. Wraz z wejściem w życie nowego prawa pocztowego nastąpiło uwolnienie rynku usług pocztowych mające na celu wdrożenie do polskiego systemu prawa postanowień ww. dyrektywy 2008/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lutego 2008 r. zmieniającej dyrektywę 97/67/WE.

W uzasadnieniu projektu ww. ustawy Prawo pocztowe (nr druku 801) zostało wskazane m.in., że: „III dyrektywa kończy, rozpoczęty w 1997 r. w krajach członkowskich UE, proces stopniowej liberalizacji rynku usług pocztowych i określa zasady funkcjonowania rynku pocztowego po jego pełnym otwarciu na konkurencję tj. zniesieniu obszaru usług, jakie mogły być do tej pory zastrzeżone dla operatora/ów świadczącego usługi powszechne w ramach nałożonego przez państwo obowiązku. (...) Dyrektywa rozszerza także obszar dotychczasowych regulacji o kwestie istotne dla rynku pocztowego funkcjonującego w warunkach konkurencji, tj. o dostęp operatorów pocztowych do elementów infrastruktury pocztowej oraz dostarczanie przez operatorów pocztowych informacji niezbędnych do realizacji zadań organu regulacyjnego związanych z rynkiem pocztowym oraz dla celów statystycznych.”.

Konsekwencje powyższej implementacji odnoszą swoje skutki nie tylko w zakresie prawa pocztowego, ale również w innych obszarach wskazanych w Rozdziale 13 ustawy Prawo pocztowe zatytułowanym „Zmiany w przepisach obowiązujących”. W zakresie relewantnym dla rozstrzygnięcia zarzutów podniesionych w rozpoznawanym odwołaniu należy wskazać na zmiany przepisów procedury administracyjnej (ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego – tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 267 – zwana dalej „kpa”), sądowniczo-administracyjnej (ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi – tekst jednolity Dz. U. z 2012 r., poz. 270 z późn. zm.), karnej (ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego – Dz. U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 z późn. zm. – zwana dalej „kpk”), cywilnej (ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Dz. U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 z późn. zm. - zwana dalej „kpc”) oraz postępowania w sprawach o wykroczenia (ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia – tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., 395 z późn. zm. – zwana dalej „kpw”).

W ramach wniesionego odwołania wykonawca InPost Spółka z o.o. w pierwszej kolejności kwestionuje postanowienie pkt 6 załącznika nr 5 do SWIZ zawierające wymóg,

aby potwierdzenie nadania miało moc dokumentu urzędowego zgodnie z treścią art. 17 ustawy Prawo pocztowe. W odniesieniu do znaczenia i istoty potwierdzenia nadania przesyłki za pośrednictwem operatora wyznaczonego, o której mowa w art. 17 ustawy Prawo pocztowe, wskazać należy, iż powyższe domniemanie prawne ma służyć stronom i uczestnikom postępowań celem dochowania terminów procesowych. Na powyższe wskazuje jednoznacznie treść art. 57 § 5 pkt 2 kpa, art. 124 kpk, art. 165 § 2 kpc oraz art. 83 § 3 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Powyższe przepisy bowiem odnoszą się do czynności dochowania terminów procesowych, co jednoznacznie wynika z miejsca, w jakim zostały one umiejscowione w ww. aktach prawnych i służą one zabezpieczeniu interesów stron i uczestników tychże postępowań. Zgodnie z uzasadnieniem do projektu ustawy Prawo pocztowe (nr druku 801) *„Przepis art. 17 jest kontynuacją dotychczas obowiązującego przepisu, co jest uzasadnione szczególną rolą operatora wyznaczonego, któremu państwo powierza świadczenie usługi powszechnej i który gwarantuje ciągłość i dostępność tej usługi.”*. Tym samym przepisy te gwarantują dochowanie terminów dla stron i uczestników już w momencie nadania pisma procesowego u operatora, który posiada status operatora wyznaczonego, i tylko w tym zakresie korzystanie z tej gwarancji jest uzasadnione celem zapewnienia pewności obrotu prawnego – gwarancja ta nie służy jednak organom ochrony prawa jakimi są sądy i prokuratury.

Jak wynika choćby z treści przepisu art. 131 § 1 kpk *„Wezwania, zawiadomienia oraz inne pisma, od których daty doręczenia biegą terminy, doręcza się przez operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe albo pracownika organu wysyłającego, a w razie niezbędnej konieczności przez Policję.”*. Zatem ustawodawca, celem wywołania skutku polegającego na rozpoczęciu biegu terminów procesowych dla stron i uczestników postępowania, nie wymaga doręczenia ich przez sąd przy pomocy operatora wyznaczonego, lecz za wystarczające uznaje doręczenie dokonane przez operatora pocztowego. Analogiczne regulacje znajdują się w przepisach regulujących procedurę cywilną, administracyjną, sądownoadministracyjną i w sprawach o wykroczenia (odsyłających do uregulowań kpk), w częściach odnoszących się do doręczeń.

Izba rozpoznając podniesione w treści odwołania zarzuty wzięła pod uwagę okoliczność, iż zmiany przepisów procedury administracyjnej, sądownoadministracyjnej karnej, cywilnej oraz postępowania w sprawach o wykroczenia zostały dokonane w wyniku wejścia w życie ustawy Prawo pocztowe. A więc obecne brzmienie art. 131 § 1 kpk, art. 133 § 1 kpk (zmienionych z dniem 1 stycznia 2013 r. na mocy art. 144 Prawo pocztowe) – stosowanych na mocy art. 38 § 1 kodeksu w sprawach o wykroczenia również w tychże postępowaniach, brzmienie art. 131 § 1 kpc oraz art. 139 § 1 kpc (zmienionych z dniem 1

stycznia 2013 r. na mocy art. 134 ustawy Prawo pocztowe), brzmienie art. 39 kpa, art. 44 § 1 pkt 1 kpa, jak również art. 47 § 1 kpa (zmienionych z dniem 1 stycznia 2013 r. na mocy art. 132 ustawy Prawo pocztowe) oraz art. 65 § 1 i 2 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (zmienionych z dniem 1 stycznia 2013 r. na mocy art. 153 ustawy Prawo pocztowe) jest wynikiem zmiany regulacji rynku usług pocztowych będących wynikiem implementacji do krajowego porządku prawnego dyrektyw liberalizujących rynek tego typu usług – a nie zmian przepisów regulujących procedury. Argument ten jest bardzo istotny, gdyż pozwala odczytać intencje ustawodawcy w ramach dokonywania wykładni celowościowej i funkcjonalnej powyższych przepisów.

Izba na wstępie pragnie również wskazać, iż opis przedmiotu zamówienia oraz sprecyzowanie warunków udziału w postępowaniu stanowią najistotniejsze elementy postępowania mające wpływ na krąg podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia i tym samym ich formułowanie winno czynić zadość postanowieniom zasady wyrażonej w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

I. W zakresie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp Izba nie dopatrzyła się naruszenia powyższego przepisu, gdyż Odwołujący nie wykazał, iż opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, bądź nieprecyzyjny. Wprost przeciwnie, zawarty w treści załącznika nr 5 do SIWZ opis jest wystarczający do identyfikacji obowiązków wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – a nadto, co zostanie wskazane w dalszej części uzasadnienia, na skutek uregulowania pkt 6 załącznika nr 5 do SIWZ, zawiera wymagania wychodzące poza zakres niezbędny do zapewnienia należytego wykonania zamówienia. Jest on zatem na tyle kazuistyczny, a więc również z tego powodu precyzyjny, iż ogranicza krąg potencjalnych wykonawców do jednego podmiotu o określonych cechach wynikających z obowiązujących przepisów.

II. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wskazać należy, że norma prawna wyrażona w powyższym przepisie nakazuje dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób aby nie doszło do uprzywilejowania w nieuzasadniony sposób któregośkolwiek z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Analiza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie wskazuje, iż aby doszło do złamania określonego w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazu sposób i treść merytoryczna opisu przedmiotu zamówienia musi być sformułowana w ten sposób, iż przy określonych realiach rynkowych, prawnych i gospodarczych, tj. w określonej sytuacji na rynku właściwym, dochodzi do faktycznego monopolu jednego wykonawcy, producenta, dystrybutora (monopolu podmiotowego) lub monopolu jednego określonego rodzaju produktu (monopolu przedmiotowego). W takim wypadku mamy do czynienia z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Dla oceny naruszenia powyższego przepisu znaczenie również ma fakt, w jakim trybie podmiot zamawiający prowadzi postępowanie, gdyż inne przesłanki oceny tego naruszenia brane są pod uwagę w trybach konkurencyjnych, inne zaś w trybach niekonkurencyjnych. W skrajnym zaś wypadku, tj. w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a – c ustawy Pzp, opis przedmiotu zamówienia, ze swej istoty charakterystycznej dla tego trybu i zawartych w powyższych przepisach przesłanek, będzie wskazywał wprost na jednego wykonawcę.

W ocenie Izby nie ulega żadnej wątpliwości, iż wymóg aby potwierdzenie nadania wydane przez placówkę wybranego operatora miało moc dokumentu urzędowego, korespondujący z treścią art. 17 ustawy Prawo pocztowe, wskazuje wprost, iż jedynym wykonawcą zdolnym do realizacji przedmiotu zamówienia jest Poczta Polska S.A. Wymóg taki czyni przedmiotowe postępowanie zamkniętym na konkurencję w najdalej idącym stopniu, tj. eliminuje ją całkowicie – na co wskazał wprost Odwołujący posługując się tezą, iż takie postanowienie przesądza o pozorności zastosowanego trybu konkurencyjnego.

W ocenie Izby tylko eliminacja z treści SIWZ postanowień ograniczających dostęp do rynku operatorów pocztowych, poza uprzywilejowanym operatorem wyznaczonym, doprowadzi do zachowania uczciwej konkurencji, której naruszenie zostało w ramach rozpoznania przedmiotowego środka ochrony prawnej stwierdzone i wykazane przez Odwołującego.

W niniejszych okolicznościach faktycznych Zamawiający nie był w stanie wykazać, iż zawarte w opisie przedmiotu zamówienia żądanie, aby potwierdzenie nadania posiadała status dokumentu urzędowego, co jednoznacznie i bezsprzecznie wskazuje, w oparciu o treść przepisu art. 17 ustawy Prawo pocztowe na operatora wyznaczonego (Poczta Polska S. A.), jest niezbędne i jest jedynym sposobem ochrony jego uzasadnionych interesów. Podmiot ten, tj. Poczta Polska S. A., w obowiązujących realiach prawnych i rynku właściwym dla tego typu usług jest jedynym podmiotem będącym w stanie uczynić zadość wymogowi wyartykułowanemu w pkt 6 załącznika nr 5 do SIWZ. Należy bowiem wskazać, iż gdyby Zamawiający uczynił zadość wykazaniu, iż potwierdzenie nadania winno posiadać status

dokumentu urzędowego, w oparciu o wskazane wyżej okoliczności, mógłby skorzystać z trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zgodnie bowiem z treścią przepisu art. 178. ust. 1 ustawy Prawo pocztowe: *„Poczta Polska S.A. pełni obowiązki operatora wyznaczonego w okresie 3 lat od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy”* (czyli od dnia 01.01.2013 r.).

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, który wskazał, iż specyfiką krajowego systemu zamówień publicznych, będącą wynikiem określonego otoczenia prawnego jest okoliczność, iż niemal w połowie postępowań składana jest jedna oferta i sytuacja ta nie jest wynikiem nieprawidłowości w ich prowadzeniu Izba wskazuje, iż wadliwość krajowego systemu zamówień publicznych wypaczająca ustrojową zasadę Unii Europejskiej obejmującą kwestie uczciwej konkurencji i niedyskryminacji nie stanowi usprawiedliwienia dla naruszenia tychże zasad w określonym postępowaniu przez określony podmiot zamawiający. W ocenie Izby rację ma Odwołujący wskazując, iż z inną sytuacją mamy do czynienia w przypadku gdy wykonawcy dobrowolnie odstępują od udziału w postępowaniu na skutek ich autonomicznej decyzji, zaś z zupełnie odmienną, gdy decyzja ta jest podyktowana nieuzasadnionymi wymaganiami podmiotu zamawiającego. Argumentacja Zamawiającego nie zasługuje w szczególności na uznanie w kontekście przepisów ustawy Pzp i przepisów prawa europejskiego. Otóż zasady uczciwej konkurencji są ustrojowymi zasadami Unii Europejskiej, stanowiącymi przedmiot wyłącznych kompetencji regulacyjnych Unii, co znajduje swoje odzwierciedlenie w aktach prawa pierwotnego, jak również wtórnego. Zasady te zostały wyrażone również w dyrektywach regulujących kwestie związane z europejskim systemem zamówień publicznych (dyrektywie klasycznej 2004/18/WE oraz sektorowej 2004/17/WE), jak również w tzw. dyrektywie odwoławczej, gdzie w preambule zostało wskazane, iż celem jej wdrożenia jest m.in. *„otwarcie rynku zamówień publicznych na konkurencję wspólnotową wymaga zasadniczego wzrostu gwarancji przejrzystości i braku dyskryminacji; dla uzyskania wymiernych efektów należy udostępnić skuteczne i szybkie środki odwoławcze, w przypadkach naruszenia prawa Wspólnoty w dziedzinie zamówień publicznych lub też krajowych przepisów wykonujących to prawo”*.

Ustrojowe zasady Unii Europejskiej znalazły swoje odzwierciedlenie w krajowym systemie zamówień publicznych, gdzie zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (stanowiąca emanację zasady niedyskryminacji) stały się elementem krajowego systemu zamówień publicznych wyrażonymi w treści przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odnośnie przedmiotu zamówienia zasady te znalazły swoje odzwierciedlenie w treści przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, w którym został jednocześnie, ze względu na istotę i wagę problemu jakim jest uczciwa konkurencja i jej odniesienie do opisu przedmiotu zamówienia, złagodzony rygor dowodowy, gdzie ustawodawca uznał za wystarczające uprawdopodobnienie wpływu tegoż opisu na zachowanie wskazanych wyżej zasad.

Na istotę zasad rządzących zamówieniami publicznymi, która jest niezależna od faktu, jaki jest status podmiotu zamawiającego, wskazano w artykule autorstwa dr Anny Górczyńskiej pt „Naruszenia konkurencji w prawie zamówień publicznych w świetle orzecznictwa”, gdzie zostało podniesione, iż: *„Prawo zamówień publicznych podporządkowane jest zasadom, wśród których najistotniejsze są zasada niedyskryminacji, zasada równości oraz zasada uczciwej konkurencyjności postępowania. Stanowią one fundament wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od ich wartości, a zatem także niezależnie od podlegania danego zamówienia publicznego reżimowi prawa wspólnotowego czy też prawa polskiego. Są one wspólne dla wszystkich postępowań, w których następuje wydatkowanie środków publicznych. W prawie wspólnotowym katalog podstawowych zasad zawierają już preambuły obu dyrektyw oraz wskazane są w treści przepisów szczegółowych odnoszących się do podstawowych zasad postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Mają one na celu udostępnienie rynku zamówień publicznych wszystkim przedsiębiorcom na równych zasadach w celu realizacji podstawowego celu zamówień publicznych jakim jest efektywne wydatkowanie środków publicznych. Z tego powodu zamawiający kształtując politykę zamówień publicznych powinni uwzględniać szerszy kontekst rynkowy, a w szczególności uregulowania prawne dotyczące ochrony konkurencji.”* (Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle unii Europejskiej. Międzynarodowa konferencja naukowa 21-22 czerwca 2010 r. w Łodzi. Wyd. UZP Warszawa 2010). Przywołany wyżej cytat wskazuje, iż Polska znajduje się obecnie pod wpływem generalnych zasad ustrojowych Unii Europejskiej, których respektowanie jest obowiązkiem zarówno obywateli, jak również instytucji i organizacji rządowych, w szczególności organów ochrony prawa.

Odnosząc się do szczegółowych wymagań Zamawiającego wyspecyfikowanych w treści załącznika nr 5 do SIWZ wskazać należy, w ocenie Izby, iż Zamawiający nie wykazał, że kwestionowany przez Odwołującego wymóg zawarty w treści pkt 6 załącznika nr 5 do SIWZ był konieczny ze względu na jego uzasadnione potrzeby. Izba wskazuje, iż przepisy powszechnie obowiązującego prawa nie uprawniały Zamawiającego do takiego ograniczenia zakresu podmiotowego wykonawców mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie publiczne. Po pierwsze, zamiany dotyczące doręczeń wprowadzone na mocy ustawy Prawo pocztowe do procedury administracyjnej, sądownoadministracyjnej, karnej, cywilnej i w sprawach o wykroczenia wprost wskazują na możliwość skorzystania w ramach tego typu usług z pośrednictwa operatora pocztowego, nie zaś tylko i wyłącznie z operatora wyznaczonego. Po drugie, instytucja potwierdzenia nadania z mocą dokumentu urzędowego służy stronom i uczestnikom ww. postępowań celem dochowania terminów procesowych

tworząc domniemanie skutkujące uznaniem, iż nadanie pisma w placówce operatora wyznaczonego jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu (przepisy kpc o doręczeniach) lub domniemanie dochowania terminu (przepisy kpa, kpk, kpw dotyczące doręczeń). Po trzecie, o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia, dokumentacja tworzona przez jednostki organizacyjne sądownictwa i prokuratury w związku z realizacją ich obowiązków w zakresie doręczeń posiada walor dokumentu urzędowego, gdyż zostaje sporządzona w określonej formie, przez określone jednostki i w ramach ich ustawowych kompetencji. Po czwarte, jak słusznie wskazał Odwołujący, do działalności podstawowej sądów i jednostek prokuratury odnoszą się terminy instrukcyjne, których niedochowanie nie wywołuje żadnych negatywnych skutków procesowych.

Należy również wskazać, iż obecna praktyka kontrolna i prezentowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stanowisko zawiera tendencję wskazującą, iż nawet uzasadnione potrzeby podmiotu zamawiającego nie mogą usprawiedliwiać ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców. Izba w niniejszy składzie nie podziela powyższego poglądu, gdyż to właśnie uzasadnione potrzeby podmiotu zamawiającego decydują i determinują samo wszczęcie postępowania, jego charakter, zakres przedmiotowy oraz krąg potencjalnych wykonawców. W ocenie Izby uzasadnione potrzeby podmiotu zamawiającego mogą ograniczać krąg potencjalnych wykonawców oraz wpływać na zakres oferowanych przez nich usług, dostaw i robót budowlanych o ile wynikają one z celu, dla którego podmiot zamawiający wszczyna określone postępowanie, cel ten jest nakierowany na realizację tychże potrzeb i w żaden inny sposób nie może zostać osiągnięty (zasada proporcjonalności), zaś wymagania zamawiającego związane są z istotą przedmiotu zamówienia i jego indywidualnymi właściwościami pozwalającymi na osiągnięcie wskazanego wyżej celu. To te potrzeby decydują wszakże, iż przedmiotem zamówienia jest określona grupa usług lub dostaw, zaś z grupy tej preferowane są te o najbardziej pożądanym cechach jakościowych, ilościowych, ekonomicznych i organizacyjnych. W przedmiotowym postępowaniu nie mamy zaś do czynienia z działaniem mającym na celu ograniczenie konkurencji, lecz z działaniem powodującym jej całkowitą eliminację na skutek nałożenia irrelewantnych z punktu widzenia potrzeb zamawiającego i jego statusu, jako organu ochrony prawa, potrzeb i wymagań. Tego rodzaju praktykę należy uznać za naruszającą obowiązujący porządek prawny. Wskazać bowiem należy, iż w przypadku gdy zamówienie może być zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, prowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym z jednoczesnym dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia naruszającym dyrektywy określone w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp godzi w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do argumentacji Zamawiającego oraz Przystępującego, w zakresie konieczności aby potwierdzenie nadania posiadało walor dokumentu urzędowego, wskazać należy na treść art. 244 § 1 kpc. Przepis ten stanowiąc, iż *„Dokumenty urzędowe, sporządzone 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 zaświadczone.”*, kreuje domniemanie prawne stanowiące o roli tego typu dowodu z dokumentu w cywilistycznym modelu procedury dowodowej. Identyfikując znaczenie domniemania wskazanego w powyższym przepisie na kanwie niniejszego sporu na szczególną uwagę zasługuje użyte w treści ww. przepisu sformułowanie *„sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania”*, co należy odczytywać w ten sposób, iż aby uznać dany dokument za urzędowy muszą zostać spełnione trzy podstawowe przesłanki. Po pierwsze dokument urzędowy winien zostać sporządzony w przepisanej formie – a więc formie wynikającej z powszechnie obowiązujących przepisów, lub w przypadku gdy przepisy nie regulują tej kwestii, z przepisów wewnętrznych danego organu (regulaminów, zarządzeń, uchwał itp.). Po drugie dokument winien być sporządzony przez podmiot uprawniony do jego sporządzenia, co jednocześnie koresponduje z trzecim warunkiem, iż sporządzenie dokumentu winno się mieścić w kognicji danego organu, tj. winno mieścić się w ustawowo zakreślonym obszarze jego działania. Dokument spełniający ww. warunki posiada walor dokumentu urzędowego i korzysta z domniemania prawdziwości jego treści z rzeczywistym stanem rzeczy – czy to prawnym, czy też faktycznym. To domniemanie prawdziwości jest bowiem uzależnione od wystawcy dokumentu, co odróżnia go od dokumentu prywatnego. Analogiczne rozwiązanie zawierają przepisy ustawy Kodeks postępowania administracyjnego, gdzie w art. 76 § 1 zostało wskazane, że: *„Dokumenty urzędowe sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy państwowe w ich zakresie działania stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo stwierdzone.”*

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszego sporu wskazać należy, iż organami uprawnionymi do nadawania przesyłek w ramach realizacji przedmiotu zamówienia dla niniejszego postępowania będą jednostki sądownictwa i prokuratury. W ramach swojej ustawowo określonej działalności komunikują się one ze stronami, uczestnikami postępowań, jak również z osobami będącymi świadkami, biegłymi, kuratorami, pełnomocnikami oraz innymi organami i urzędami m.in. w formie standardowej korespondencji listowej. To ten sposób komunikacji stanowi przedmiot niniejszego zamówienia. Zgodnie z treścią przepisu art. 131 § 1 kpc doręczenia dokonuje sąd.

Analogicznie stanowią przepisy Rozdziału 4 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2007 r. *Regulamin urzędowania sądów powszechnych* (Dz. U. z 2007 r. Nr 38, poz. 249 z późn. zm.), które realizacją obowiązku zapewnienia doręczania korespondencji obciążają Prezesa sądu.

Następnie wskazać należy, iż na mocy art. 141 kpk oraz art. 131 § 2 kpc i zawartej w tych przepisach delegacji ustawowej doszło do wydania dwóch aktów prawnych w randze rozporządzeń, tj. *Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 października 2010 r. w sprawie szczegółowego trybu i sposobu doręczania pism sądowych w postępowaniu cywilnym* (Dz. U. z 2010, Nr 190, poz. 1277) oraz *Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu doręczania pism sądowych w postępowaniu karnym* (Dz. U. z 2003 r. Nr 108, poz. 1022). Na znaczenie tychże aktów dla przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia wskazał również Zamawiający w treści załącznika nr 5 do SIWZ. Przepisy powyższych aktów wykonawczych określają obowiązki sądów związane z realizacją funkcji doręczania przesyłek oraz określają wzór i formę wykazu przesyłek poleconych nadanych w placówce pocztowej. Ponadto, zgodnie z treścią § 2 ust. 4 ww. rozporządzenia odnoszącego się do doręczania pisma w postępowaniu cywilnym oraz § 3 ust. 1 ww. rozporządzenia odnoszącego się do doręczania pism w postępowaniu karnym, doręczaną przesyłkę nadaje się w pocztowej placówce nadawczej za potwierdzeniem nadania w wykazie przesyłek poleconych (tzw. zbiorczej książce nadawczej).

W ocenie Izby tzw. zbiorcza książka nadawcza (określona w ww. rozporządzeniach jako wykaz przesyłek poleconych) ze względu na jej treść, ustaloną przepisami formę (w przypadku sądów będącą nawet załącznikiem do ww. rozporządzeń), podmiot sporządzający – a zatem fakt, iż organem zobligowanym do przekazywania korespondencji są jednostki organizacyjne sądownictwa i prokuratury, ma walor dokumentu urzędowego i tym samym nie jest konieczne stosowanie dodatkowego wzmocnienia w oparciu o instytucję uregulowaną w art. 17 ustawy Prawo pocztowe. Mając powyższe na uwadze Izba uznała, iż charakter dokumentu w postaci zbiorczej książki nadawczej (określonego w rozporządzeniach jako „wykazu przesyłek poleconych nadanych w placówce pocztowej”) w wystarczający sposób zabezpiecza interesy Zamawiającego. Tego rodzaju dokument, niezależnie od użytej nazwy, może zostać sporządzony zarówno przez jednostki organizacyjne sądownictwa, jak również prokuratury. W jego treści organ może bowiem określić liczbę porządkową (kolejny numer nadawczy przesyłki), miejsce przeznaczenia (adresata), masę przesyłki, opłatę, uwagi (w tym sygn. akt) oraz datę przekazania, zaś operator pocztowy uczyni wzmiankę o dacie przyjęcia przesyłki do wysłania. Taki dokument ma walor dowodu z dokumentu urzędowego

w rozumieniu art. 244 § 1 kpc – jeżeli zostanie sporządzony w określonej formie, przez uprawniony organ w ramach jego kompetencji.

Izba wskazuje, iż analogiczną argumentacją, opartą jednakże o inne okoliczności faktyczne i prawne, posłużył się Odwołujący w treści pisma procesowego z dnia 02.10.2013 r. wskazując na procedurę obiegu dokumentacji i korespondencji. Odwołujący przywołał przepisy § 17 *Zarządzenia Nr 81/03/DO Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 grudnia 2003 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej*, z których wynika jakie obowiązują procedury wewnętrzne przekazywania korespondencji z sekretariatu do biura podawczego i jakie jest ich dokumentowanie oraz jakie, zgodnie z treścią § 20 ww. zarządzenia, wzmianki czyni się w aktach sprawy celem wykazania daty wysłania pisma. Jak słusznie wskazał Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 02.10.2013 r. procedura związana z ekspedycją pism procesowych składa się z wielu czynności i każda z nich jest ściśle udokumentowana. Wskazane wyżej akty prawne pozwalają stwierdzić, iż w toku realizacji czynności związanych z przekazywaniem korespondencji istnieje szereg udokumentowanych czynności stanowiących potwierdzenie i dowód nadania przesyłek listowych.

W odniesieniu do jednostek organizacyjnych prokuratury sytuacja jest analogiczna, gdyż powyższą kwestię reguluje *Zarządzenia Nr 5 Prokuratora Generalnego z dnia 31 marca 2010 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów oraz innych działów administracji w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury*. Jak wynika z § 40 ust. 1 powyższego aktu „*Akta spraw, akty oskarżenia, wnioski o warunkowe umorzenie postępowania karnego lub o umorzenie postępowania i zastosowanie środka zabezpieczającego, zarządzenia, wytyczne, polecenia o charakterze ogólnym, kasacje, apelacje, zażalenia, sprzeciwy, skargi do sądu administracyjnego, wystąpienia, dokumenty osobiste i inne pisma wskazane przez ich autora jako ważne, jeżeli nie są doręczane przez pracownika prokuratury, przesyła się listami poleconymi, a postanowienia podlegające zaskarżeniu i odpisy postanowień o uchyleniu tymczasowego aresztowania, listami poleconymi za zwrotnym pokwitowaniem odbioru*”. Ponadto zgodnie z treścią § 40 ust. 5 ww. *Zarządzenia „Wezwania, zawiadomienia i odpisy postanowień innych niż wymienione w ust. 1 przesyła się jako przesyłki polecane za zwrotnym pokwitowaniem odbioru, a pozostałe pisma doręczane przez pocztę, jako przesyłki listowe polecane, na zasadach określonych przepisami rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu doręczania pism sądowych w postępowaniu karnym (Dz. U. Nr 108, poz. 1022)*”.

Poddając analizie zarzuty i argumentację zaprezentowaną przez Odwołującego dostrzec należało, iż zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Prawo

zamówień publicznych, brak było podstaw do uznania, iż uzasadnione potrzeby Zamawiającego uprawniały go do dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby sposób i forma realizacji obowiązku związanego z doręczeniami, zarówno przez jednostki prokuratury, jak i sądownictwa, w pełni zabezpiecza interesy tychże jednostek bez konieczności korzystania z instytucji uregulowanej w treści art. 17 ustawy Prawo pocztowe. Wymóg ten, biorąc pod uwagę skutek w postaci całkowitej eliminacji konkurencji w postępowaniu, godzący w naczelną zasadę systemu zamówień publicznych, jest nadmierny i prowadzi do zachwiania równowagi pomiędzy wskazanymi wyżej zasadami a potrzebami podmiotu zamawiającego. Pomędzy powyższymi i stojącymi wobec siebie w opozycji cechami postępowania zachodzi swego rodzaju równowaga pozwalająca jednocześnie uczynić zadość wymaganiom zamawiającego, przy jednoczesnym respektowaniu naczelných zasad systemu zamówień publicznych. W ocenie Izby zamawiający naruszył powyższą równowagę korzystając z rozwiązania nieproporcjonalnego i nieadekwatnego do zamierzonego celu.

W tym miejscu Izba pragnie wskazać na podniesioną w uzasadnieniu prawnym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13 oraz KIO 1133/13) kwestię proporcjonalności warunku, którą w drodze analogii można odnieść również do opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu. Izba w powyższym wyroku wskazała na znaczenie pojęcia proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który wskazuje na trzy kwestie: 1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza (tu: wymagania w zakresie opisu przedmiotu zamówienia) jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków, 2) czy regulacja ta (opis) jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana (względnie interesu zamawiającego), 3) czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (wykonawcę)? Jak wskazała Izba w powyższym orzeczeniu *„Zdaniem Trybunału z zasady proporcjonalności wypływa bowiem, po pierwsze, przyjmowanie danej regulacji tylko wówczas, gdy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, po drugie, nakaz kształtowania danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych skutków, i po trzecie, wymóg zachowania proporcji między efektami wprowadzonej regulacji a wynikającymi z niej ciężarami czy niedogodnościami. Zasada proporcjonalności w ujęciu szerokim szczególny nacisk kładzie na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Z powyższego wynika, iż jeżeli cel regulacji prawnej można osiągnąć przy pomocy dwóch środków, przy czym jeden z nich w większym stopniu pogarsza sytuację prawną podmiotu, to należy wybrać ten drugi. (por. np. orzeczenie z 26 kwietnia 1995 r., sygn. akt K 11/94, z 31 stycznia*

1996 r., sygn. akt K 9/95).”. Zdaniem Izby w niniejszym postępowaniu Zamawiający naruszył tak zdefiniowaną zasadę proporcjonalności.

Tym samym nieuzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję, co w ocenie Izby zostało wykazane w toku rozprawy, spowodowało, iż doszło w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uwzględniając zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, mając na uwadze przepisy powszechnie obowiązującego prawa, uznała, iż wymóg aby potwierdzenia nadania miało moc dokumentu urzędowego nie znajduje żadnego normatywnego uzasadnienia i stoi wprost w sprzeczności z regulacjami wprowadzonymi do krajowego porządku prawnego w wyniku wejścia w życie z dniem 1 stycznia 2013 r. przepisów obecnie obowiązującej ustawy Prawo pocztowe.

Mając na uwadze wskazane wyżej otoczenie prawne prowadzonego postępowania i poczynione na wstępie uwagi natury ogólnej uznać należy, iż zastrzeżenie zawarte w pkt 6 załącznika nr 5 do SIWZ nie znajduje uzasadnienia prawnego i godzi w zasadę wyrażoną w treści art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba analizując skutki niniejszego orzeczenia na przebieg postępowania i etap jego realizacji, przy uwzględnieniu zawartej powyższej argumentacji i motywów rozstrzygnięcia, dokonała modyfikacji żądania Odwołującego i postanowiła nakazać zamawiającemu usunięcie z treści opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 5 SIWZ jedynie punktu nr 6 i odstąpić od uczynienia zadość żądaniom Odwołującego usunięcia również punktu nr 7. Biorąc pod uwagę okoliczność, iż w ramach realizacji usługi, celem zabezpieczenia interesów Zamawiającego, zbiorcze potwierdzenia nadania będzie stanowić dowód realizacji obowiązku jednostek sądownictwa i prokuratury, Zamawiający ma prawo żądać, aby jednostki te wysyłały korespondencję wyłącznie we własnym imieniu (aby były one każdorazowo nadawcami przesyłki). Powyższe pozwoli również nadać potwierdzeniu nadania (tj. przygotowanej przez jednostki sądownictwa oraz prokuratury zbiorczym książkom nadawczym) status dokumentu urzędowego, co uczyni zadość wymaganiom zamawiającego z jednoczesnym zapewnieniem naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając również na uwadze stanowisko Odwołującego zawarte w pkt 45 pisma procesowego z dnia 02.10.2013 r. precyzujące, iż zarzut i żądanie odnoszące się do wymogu posiadania przez dowód nadania mocy dokumentu urzędowego podniósł jedynie do części 1 przedmiotu zamówienia (usługi pocztowe świadczone na rzecz sądownictwa), czego w ocenie Izby nie da się wywieść z treści odwołania, zaś w odniesieniu do części 2 przedmiotu zamówienia (usługi pocztowe świadczone na rzecz prokuratury) nie podnosił wskazać należy, iż nieracjonalne w ocenie Izby jest uwzględnienie powyższego argumentu. Otóż jednostki prokuratury i sądownictwa są podmiotami ochrony prawa i obowiązki związane z doręczaniem korespondencji realizują w ramach przypisanych im kompetencji. Sam fakt, iż w odniesieniu do jednostek sądownictwa istnieją szczegółowe przepisy określające procedury związane z powyższymi czynnościami nie powoduje, iż status tychże jednostek jest odmienny. Wszakże przepisy ustawy Kodeks postępowania karnego w zakresie doręczeń stosuje się również do prokuratury, jako organu odpowiedzialnego za prowadzenie postępowania przygotowawczego oraz wniesienie i popieranie oskarżenia w odniesieniu do przestępstw publicznoskargowych. Ograniczenie zmiany treści SIWZ tylko do jednostek organizacyjnych sądownictwa spowodowałoby odmienną kwalifikację zarzutu naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w identycznych okolicznościach prawych (treści przepisów kpk odnoszących się do doręczeń), które to okoliczności były podstawą niniejszego rozstrzygnięcia. Izba będąc związaną zarzutami podniesionymi w treści odwołania wskazuje, iż zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp odnoszący się do postanowień pkt 6 załącznika nr 5 do SIWZ odnosił się do obu części postępowania i jego ograniczenie jedynie do jednostek organizacyjnych sądownictwa uznać należy za pozbawione podstaw prawnych.

III. W odniesieniu do podstawy faktycznej zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp obejmującej odstępianie od żądania określonej liczby placówek, ich rozmieszczenia i godzin otwarcia Odwołujący, w ocenie Izby, nie wykazał, iż ten wymóg jest nadmierny i nie podyktowany uzasadnionym potrzebami zamawiającego. Nadto, biorąc pod uwagę treść żądania Odwołującego zmierzającego do jego całkowitej eliminacji z treści opisu przedmiotu zamówienia i przeniesienie tego wymogu na etap realizacji umowy, zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie. Odwołujący skupił się bowiem jedynie na wykazaniu, iż jest on intencjonalny i preferuje jedynie wykonawcę Poczta Polska S.A. odstępując od wykazania, iż tego typu żądania nie służą zapewnieniu bezpieczeństwa realizacji zamawianej usługi.

Izba wskazuje, iż okoliczność przeniesienia przez Zamawiającego wymogów określonych w *rozporządzeniu Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego* (Dz.

U. z dnia 9 maja 2013 r., poz. 545) nie może *per se* stanowić podstawy do jego uwzględnienia. Na Odwołującym bowiem spoczywa określonego ciężar dowodu i tym samym obowiązek wykazania, iż wymóg ten jest nieracjonalny, ze względu na charakter zamawianej usługi, oraz nakierowany tylko i wyłącznie na uprzywilejowanie określonego wykonawcy i naruszenie uczciwej konkurencji. Zamawiający bowiem przedstawił w tym zakresie racjonalne argumenty, iż brak określonej liczby placówek nakłada na adresatów korespondencji nieuzasadnione obowiązki poniesienia znacznych kosztów dotarcia do oddalonych lokalizacji. Wymóg ten, w ocenie Izby, ma charakter czysto techniczny i organizacyjny – a zatem nic nie stoi na przeszkodzie aby stał się on elementem opisu przedmiotu zamówienia, gdyż zwiera w sobie racjonalny warunek aby wykonawca posiadał wystarczającą, w ocenie Zamawiającego, liczbę placówek w określonych lokalizacjach, gęstości rozmieszczenia oraz z preferowanym czasem ich otwarcia. Odwołujący zaś, jak wyżej wskazano, nie pokusił się o podważenie racjonalności tego wymogu, co poskutkowało oddaleniem powyższego zarzutu.

Podnieść nadto należy, iż liczebność oraz rozmieszczenie placówek pocztowych operatora ma zasadnicze znaczenia dla realizacji obowiązku tzw. „awizowania” przesyłek w przypadku niemożności doręczenia, o której stanowią właściwe przepisy proceduralne (art. 133 § 1 kpk, art. 139 § 1 kpc, art. 44 § 1 pkt 1 kpa). Jak wynika bowiem z treści § 68 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2007 r. regulamin urzędowania sądów powszechnych *„Prezes sądu przy wyborze sposobu doręczania przesyłek sądowych uwzględnia koszty i skuteczność doręczeń”*, na co zwracał również uwagę Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 25 września 2013 r.

Tym samym, w ocenie Izby, uzasadnionym jest wymóg sformułowany przez Zamawiającego odnoszący się do liczby, rozmieszczenia, lokalizacji i sposobu funkcjonowania placówek. Rację ma Zamawiający, że nie może obarczać stron i uczestników postępowań, z których przebiegiem związana będzie przekazywana korespondencja, kosztami dotarcia do znacznie oddalonych placówek w przypadku tzw. „awizowania” przesyłki. Sam fakt, iż Zamawiający oparł swoje wymagania wprost na rozporządzeniu określającym wytyczne realizacji usługi dla operatora wyznaczonego, nie dyskwalifikuje tego wymogu, zaś sam Odwołujący nie poczynił starań zmierzających do podważenia zasadności i racjonalności tego wymogu oraz wykazania jego nieadekwatności do charakteru zamawianej usługi. Izba żądanie, które wszakże przesądza o zasadności zarzutów odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia, gdyż pozwala zidentyfikować kierunek postulowanych zmian i jego ewentualny wpływ na sytuację danego i pozostałych wykonawców, usunięcia tego wymogu i przeniesienia na etap realizacji umowy uznała za zbyt daleko idące. Zamawiający ma bowiem prawo wymagać, aby świadczona na jego rzecz usługa miała uzasadnione i pożądane cechy gwarantujące utrzymanie pożądanych przez

niego standardów już na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Oddalenie powyższego zarzutu jest konsekwencją wyważenia i wyśrodkowania uzasadnionych wymagań podmiotu zamawiającego - a zasad uczciwej konkurencji, zakazu dyskryminacji i równego traktowania wykonawców. W przypadku oceny zarzutów odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia winno bowiem dojść do wypracowania pewnego rodzaju kompromisu pomiędzy naczelnymi zasadami udzielania zamówień publicznych a uzasadnionymi potrzebami podmiotu zamawiającego. W ocenie Izby wymóg dotyczący placówek pocztowych spełnił powyższy warunek – a zatem nie sposób uznać, iż został on zawarty w treści SIWZ tylko w celu eliminacji określonego kręgu wykonawców i uprzywilejowania jednego.

Jedynie na marginesie wskazać należy, iż w obecnych realiach ekonomicznych, biorąc pod uwagę nadwyżkę podaży nad popytem na rynku najmu nieruchomości, zorganizowanie sieci placówek pocztowych przez wykonawcę nie powinno stanowić trudnego do spełnienia wyzwania dla profesjonalnego przedsiębiorcy. Jeżeli bowiem pozostali wykonawcy chcą konkurować na rynku z operatorem wyznaczonym, którym jest obecnie Poczta Polska S. A., winni ponieść koszty celem nadania świadczonym przez siebie usługom analogicznego standardu gwarantującego należyte spełnienie uzasadnionych wymagań podmiotu zamawiającego. Wszakże sam Odwołujący w treści uzasadnienia podniesionych zarzutów odnosił się w szerokim spectrum do istniejących realiów rynkowych, konkurencji na rynku pocztowym i jego liberalizacji.

IV. W zakresie zarzutu naruszenia art. 144 ust. 1 Pzp Izba wskazuje, iż należy z dużą dozą ostrożności podchodzić do możliwości ingerencji w treść postanowień umowy w wyniku rozpoznawania środków ochrony prawnej, a tym samym do ingerencji w przyszłe stosunki cywilnoprawne. Jedynie wówczas, gdy postanowienia umowy obiektywnie uniemożliwiają wykonawcy ubieganie się o zamówienie, a zatem mogłyby, przy racjonalnym założeniu, powodować jego odstąpienie od złożenia wniosku lub oferty w danym postępowaniu można mówić o samym prawie do zaskarżenia tychże postanowień (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp) i ewentualnym ich wpływie na wynik postępowania w przypadku potwierdzenia się podniesionych zarzutów (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). Takiego skutku, w ocenie Izby, nie wywołuje kwestionowane przez Odwołującego postanowienie wzoru umowy. Sam fakt, iż reguły zmiany umowy zostały określone na etapie postępowania w części przy użyciu klauzuli generalnej nie dyskwalifikuje takich postanowień umowy, gdyż trudno na tym etapie postępowania przypisać im naruszenie jakiegokolwiek normy prawnej ustawy Pzp odnoszącej się do etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazać bowiem należy,

iż przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp został umiejscowiony w części ustawy odnoszącej się do umów (Dział IV Umowy w sprawach zamówień publicznych). Sformułowany w hipotezie normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie zakaz odnosi się wszakże do etapu po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jest elementem realizacji umowy. Jest on, zgodnie z treścią art. 139 ust. 1 ustawy Pzp przepisem o charakterze *lex specialis* w odniesieniu do norm prawnych regulujących zmiany stosunków zobowiązaniowych uregulowanych w ustawie Kodeks cywilny. A zatem do jego ewentualnego naruszenia może dojść na skutek zmiany umowy, nie zaś na skutek niedookreślenia, zdaniem Odwołującego, warunków takiej zmiany. Powyższego nie zmienia fakt, przywołany przez Odwołującego w treści pisma procesowego z dnia 02.10.2013 r., że przedmiotem zarzutu jest wadliwe, w ocenie tego ostatniego, określenie przesłanek zmiany umowy ujętych w treści § 11 ust. 2 pkt 1 wzorca umowy.

Odnosząc się do przywołanego przez Odwołującego w treści pisma z dnia 02.10.2013 r. wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 *Succhi di Frutta* wskazać należy, iż od poprawności i dookreślenia warunków zmian określonych na etapie ubiegania się o zamówienie publiczne zależna jest możliwość zachowania prawa do zmiany niektórych warunków udzielonego zamówienia na etapie po podpisaniu umowy. Biorąc pod uwagę powyższe nie określając precyzyjnie lub w ogóle warunków zmiany podmiot zamawiający traci jedynie uprawnienie do ich dokonania – i to jest jedyna negatywna konsekwencja zaniechania w tym zakresie. Zaniechanie takie nie czyni procesu udzielenia zamówienia wadliwym, gdyż przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp konsekwencje zaniechań poczynionych przez podmiot zamawiający na etapie procedury przenosi na etap realizacji umowy i odbiera prawo do dokonania jej zmiany, a w przypadku dokonania takich zmian bez określenia ich reguł na etapie postępowania, zgodnie z treścią art. 144 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje konsekwencje w postaci unieważnienia części umowy.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż w ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się.

V. W odniesieniu do zarzutu art. 25 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie żądań w odniesieniu do dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców Izba wskazuje, iż Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. Nie wykazał w szczególności, iż żądanie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego aby wykonawca wykazał, iż świadczone przez niego usługi będą się charakteryzowały określonymi cechami było przedwcześnie i naruszało zasady udzielania zamówień publicznych. Wszakże warunek

dotyczący liczby placówek został przez Izbę oddalony, zaś sam etap żądania jego spełnienia nie narusza przepisów ustawy Pzp i jego identyczny dla wszystkich wykonawców. Ponadto sam Odwołujący podniósł w toku rozprawy, iż nawet wykonawca Poczta Polska S. A. w obecnej chwili nie jest w stanie spełnić tego warunku. Tym samym podlegał on oddaleniu jako bezzasadny.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania 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 rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....