

Sygn. akt: KIO 1719/15

WYROK

z dnia 25 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Barbara Bettman

Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2015 r. przez InPost S.A. w Krakowie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Skarb Państwa – Izbę Skarbową w Warszawie,

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

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża InPost S.A. w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez InPost S.A. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Skarb Państwa – Izba Skarbowa w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług przekazywania środków pieniężnych w gotówce - obsługa przekazów pocztowych na terenie Polski na rzecz Izb Skarbowych i Izb Celných.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 01.08.2014 r. w Dz. Urz. UE pod nr 2015/S 147-271572.

W dniu 11.08.2015 r. InPost S.A. w Krakowie wniosła odwołanie względem treści ogłoszenia o zamówienia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy w zakresie w jakim pozacenowe kryterium oceny ofert, wadliwie oraz wbrew treści ustawy, dotyczy właściwości wykonawcy oraz art. 7 w związku z art. art. 91 ust. 2 ustawy poprzez wadliwe opisanie pozacenowego kryterium oceny ofert naruszającego zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiedniej modyfikacji postanowień ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób określony w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in. [referowane w zakresie zarzutów podtrzymywanych przez Odwołującego]:

„[...]”

III. ZARZUT WADLIWOŚCI OPISU KRYTERIÓW OCENY OFERT.

(10) Zamawiający w treści punktu IV.2.1 ogłoszenia zawarł następujący opis kryteriów oceny ofert:

1. Cena. Waga 70
2. Liczba osób zatrudnionych na umowę o pracę w obsłudze bezpośredniej w punktach obsługi. Waga 30

Zarazem w treści rozdziału XV s.i.w.z. Zamawiający doprecyzował zasady obliczania punktacji w ramach kryterium pozacenowego. Brana w tym zakresie pod uwagę ma być liczba pracowników Wykonawcy zatrudnionych w działalności operacyjnej (bezpośredniej

obsłudze) wykonawcy na umowę o pracę, w przeliczeniu na pełnozatrudnionych, według stanu na 30.06.2015 roku.

(11) W pierwszej kolejności wskazujemy na to, iż zgodnie z treścią art. 90 ust. 3 ustawy Pzp kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Nie budzi żadnych wątpliwości, iż kryterium liczby pracowników jest tzw. kryterium podmiotowym odnoszącym się do właściwości wykonawcy (tak też przykładowo Izba w wyroku z dnia 4 grudnia 2014 roku sygn. KIO 2354/14 na str. 17 czy też piśmiennictwo). Kryterium takie byłoby zatem dopuszczalne na podstawie art. 5 ust. 1 ustawy Pzp o ile mielibyśmy do czynienia z postępowaniem o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są tzw. usługi o charakterze niepriorytetowym (wyłączenie zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy).

(12) Biorąc pod uwagę powyższe należy zauważyć, iż przedmiotem niniejszego zamówienia są usługi przekazywania środków pieniężnych w gotówce wykonywane w zależności od wykonawcy na podstawie przepisów zawartych w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2015 poz. 128) lub też na podstawie ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (tj. Dz. U. z 2014 r. poz. 873 z późn. zm.) lub też na podstawie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo - kredytowych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1450 z późn. zm.). Mamy za ten do czynienia z usługami finansowymi, o których mowa w kategorii 6 wykazu usług o charakterze priorytetowym stanowiącym załącznik nr 1 do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym. Stąd też w ocenie odwołującego naruszeniem art. 91 ust. 3 Pzp jest przyjęcie przez Zamawiającego tzw. kryterium podmiotowego pomimo, iż przedmiotem zamówienia są usługi finansowe o charakterze priorytetowym.

(13) Co prawda przedmiotem zamówienia są także objęte usługi pocztowe (przekaz pocztowy wykonywany przez Poczta Polska S.A.) jednak wyłączenie o ile oferta tego właśnie wykonawcy zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Przypomnieć ponadto należy, iż zgodnie z treścią art. 5 ust. 5 Pzp zamawiający nie może w celu uniknięcia procedur udzielania zamówień określonych ustawą łączyć innych zamówień z usługami niepriorytetowymi. Zatem przyjęcie, iż jedynie hipotetyczna możliwość wykonywania świadczenia usług przekazu pocztowego może przesądzać o możliwości zastosowania art. 5 ust. 1 Pzp stanowi w naszej ocenie obejście przepisów ustawy Pzp.

(14) Biorąc pod uwagę powyższe, wnosimy o nakazanie Zamawiającemu usunięcia z dokumentacji i postępowania wadliwie ustanowionego kryterium pozacenowego.

(15) Niezależnie od powyższego, niejako z ostrożności wskazujemy ponadto na następujące wadliwości ustanowionego kryterium. Należy przypomnieć, iż zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 kryteria oceny ofert powinny się odnosić do przedmiotu zamówienia. Zatem w ocenie odwołującego nawet w przypadku kryterium podmiotowego co do zasady kryteria winny różnicować składane oferty poprzez bardziej korzystne dla instytucji zamawiającej wykonywanie świadczeń objętych przedmiotem zamówienia. W tym też ujęciu nie znajduje żadnego uzasadnienia promowanie przez Zamawiającego nie tyle zatrudnienia deklarowanego przez wykonawcę do wykonania przedmiotu zamówienia, co zatrudnienia według stanu na dzień sprzed wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (dzień 30 czerwca 2015 roku). W ocenie Odwołującego w ramach tego kryterium winna być badana deklarowana liczba zatrudnionych osób na dzień rozpoczęcia wykonywania świadczeń objętych zamówieniem. Historyczny stan zatrudnienia u wykonawcy nie odnosi się w żaden sposób do przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę powyższe wnosimy o nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiedniej zmiany treści kryterium poprzez usunięcie odwołania do daty 30 czerwca 2015 roku.

(16) Ponadto, także z ostrożności kwestionujemy wyłączenie w ramach tego kryterium możliwości wykazania przez wykonawcę zatrudnienia pracowników podwykonawców, jak i podmiotów współpracujących z wykonawcą nie posiadających statusu podwykonawcy (nie są oni brani pod uwagę przy ocenie oferty). Zgodnie z deklaracją Zamawiającego brana pod uwagę będzie jedynie liczba pracowników wykonawcy zatrudnionych w działalności operacyjnej. W naszej ocenie takie działanie narusza zasadę uczciwej konkurencji promując niezasadnie tych wykonawców, którzy samodzielnie (bez udziału podmiotów trzecich) zamierzają wykonywać przedmiot zamówienia. Biorąc pod uwagę powyższe wnosimy o nakazanie zmodyfikowania treści przedmiotowego kryterium poprzez rozszerzenie katalogu podmiotów, których zasób pracowniczy będzie brany pod uwagę przez Zamawiającego.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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 niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji.

Ponadto w art. 91 ust. 3 ustawy kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Natomiast zgodnie z art. 5 ust. 1 do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym określone w przepisach wydanych na podstawie art. 2a i 2b, nie stosuje się przepisów ustawy, m.in. dotyczących zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy.

W świetle przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12 poz. 68) usługi pocztowe są usługami niepriorytetowymi.

Zgodnie z art. 3 pkt 16 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529 ze zm.), przekazem pocztowym jest polecenie doręczenia adresatowi określonej kwoty pieniężnej przez operatora pocztowego. Nie budzi wątpliwości Izby i jest pomiędzy stronami bezsporne, że przekaz pocztowy jest usługą pocztową, wykonywaną na podstawie przepisów ww. ustawy.

Nazwa przedmiotowego postępowania, a także ogólny opis przedmiotu zamówienia zamieszczony w rozdz. III SIWZ wskazują, iż jego przedmiotem jest tylko jeden rodzaj usług przekazywania środków pieniężnych w gotówce – przekaz pocztowy.

Decydującym dla rozstrzygnięcia o rodzaju przedmiotu zamówienia jest jednak nie jego tytuł czy wskazany kod CPV, ale postanowienia SIWZ opisującego szczegółowo jego zakres, warunki i wszelkie inne wymagania względem sposobu jego wykonania.

W zał. nr 2 do SIWZ stanowiącym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w pkt 3.1 Zamawiający wskazuje, że w trakcie realizacji usług przekazu pieniężnego wykonawca będzie musiał stosować się do przepisów i procedur przewidzianych w ustawie z dnia 23 listopada 1997 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529 ze zm.). Ponadto w pkt 2 oraz 7 wskazuje na konieczność doręczania kwot przekazywanych do adresatów.

Przedewszystkim jednak w wyjaśnieniach z dnia 24 sierpnia br. dotyczących treści SIWZ, Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1 wyjaśnia i przesądza, że wszystkie użyte w treści SIWZ wyrażenia „usługi przekazu pieniężnego” dotyczą przekazu pocztowego.

W świetle powyższego Izba uznała, iż Zamawiający zamawiał w tym przypadku jedynie wykonywanie usługi przekazu pocztowego – tylko takiej usługi dotyczy jego przedmiot zamówienia. W postanowieniach SIWZ brak podstaw i oparcia dla przekazywania pieniędzy w innej formie. Przeciwnie, Zamawiający w SIWZ wyraźnie wskazuje, iż ma to być dokonywane na podstawie ustawy Prawo pocztowe. W Zał. nr 2 nie ma natomiast powołania na jakiegokolwiek przepisy innych ustaw regulujących usługi finansowe. Ponadto wyjaśnienia Zamawiającego dot. treści SIWZ nie pozostawiają wątpliwości jaką instytucję prawną w opisie swojego przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazuje i ma na myśli. Również wymagania doręczania kwot przekazywanych do adresatów odpowiadają instytucji przekazu pocztowego definiowanej w art. 3 pkt 16 ustawy Prawo pocztowe, a nie innych usług finansowych.

Na marginesie Izba wskazuje, iż poza zakresem zarzutów odwołania, a tym samym orzekania Izby, pozostawała w tym przypadku ocena kwestii, czy takie opisanie przedmiotu zamówienia wyłącza konkurencyjność postępowania i umożliwia udzielenie zamówienia jedynie operatorowi wyznaczonemu.

W związku z faktem, iż przedmiot zamówienia obejmował jedynie usługi niepriorytetowe, Zamawiającego nie dotyczył zakaz ustanawiania kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy (art. 91 ust. 3 w zw. z art. 5 ust. 1 Pzp). Kryteria tego typu mógł więc Zamawiający ustanowić, odnosząc np. swoją ocenę i preferencje do takiej podmiotowej cechy wykonawcy jak struktura jego zatrudnienia, która niesie informację o statusie i sposobie działania tego podmiotu.

Ponadto i pomimo, że w związku z możliwością ustanowienia kryteriów podmiotowych, a więc odnoszących się li tylko do cech wykonawców, Zamawiający wcale nie był zobowiązany do odnoszenia swojego kryterium oceny ofert do przedmiotu zamówienia, to jednak w rzeczywistości to uczynił. Mianowicie w pkt XVI SIWZ Zamawiający powiązał oceniane cechy wykonawcy ze sposobem wykonania zamówienia przez ustanowienie wymagania procentowego utrzymania poziomu zatrudnienia pracowników zadeklarowanego w ofercie.

W świetle powyższego zarzuty odwołania dotyczące podmiotowego kryterium oceny ofert przewidzianego w SIWZ uznano za niezasadne.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....

.....

.....