

Sygn. akt: KIO 929/14

WYROK
z dnia 29 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 maja 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2014 r. przez **Odwołującego** – Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego Oddział Regionalny w Częstochowie, ul. J. Korczaka 5, 42-200 Częstochowa, przy udziale **Wykonawcy** - InPost Finanse Sp. z o.o., ul. Malborska 130, 30-624 Kraków, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego** – Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa, na rzecz **Zamawiającego** - Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego Oddział Regionalny w Częstochowie, ul. J. Korczaka 5, 42-200 Częstochowa, kwotę 371 zł 54 gr (słownie: trzysta siedemdziesiąt jeden złotych pięćdziesiąt cztery grosze)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 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 Częstochowie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

I. Skarb Państwa - Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego w Warszawie, Oddział Regionalny w Częstochowie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wypłata świadczeń emerytalno-rentowych w formie gotówki do rąk świadczeniobiorców w ich miejscu zamieszkania.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 12 kwietnia 2014 r., poz. 2014/S 073-126212 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 9 maja 2014 r. Poczta Polska S.A. w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała postanowienia modyfikacji SIWZ i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 22 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych oraz art. 7 Prawa zamówień publicznych, w zw. z zw. art. 15 ust. 1 pkt 3 i ust. 2 w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 3 pkt 16 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 roku poz. 1529; dalej: „PrPoczt”) oraz w zw. z art. 49 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników (Dz.U. z 2013 roku poz. 1403 ze zm.; dalej „Ustawa o ubezpieczeniu społecznym rolników” lub „u.s.r.”), poprzez dopuszczenie do przetargu, którego przedmiotem jest realizacja usługi przekazu pocztowego, podmiotów, które nie mają uprawnień do wykonywania usługi przekazu pocztowego zgodnie z regulacją ustawy Prawo Pocztove;
- b) art. 29 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, w zw. z zw. art. 15 ust. 1 pkt 3 i ust. 2 w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 3 pkt 16 PrPoczt oraz w zw. z art. 49 ust. 1 i 2 u.s.r. oraz motyw 30 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/6/WE z dnia 20 lutego 2008 r. zmieniająca dyrektywę 97/67/WE w odniesieniu do pełnego urzeczywistnienia rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty (Dz.U. L 52 z 27.2.2008, str. 3- 2) w zw. z art. 288 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii

Europejskiej poprzez dokonanie dorozumianej zmiany przedmiotu zamówienia i wskazanie, że przedmiotem tym mogą być również usługi płatnicze, a nie tylko opisana w Rozdziale 3 pkt 1 SIWZ usługa wypłaty świadczeń emerytalno-rentowych w formie gotówki do rąk świadczeniobiorców w ich miejscu zamieszkania - tj. usługa przekazu pocztowego w rozumieniu PrPoczt.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił InPost Finance Sp. z o.o. w Krakowie.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zdaniem Odwołującego, przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi przekazu pocztowego, a taki rodzaj usługi może świadczyć tylko Poczta Polska: w przedmiotowym przetargu uczestniczyć może jedynie podmiot, który ma prawo wykonywania usługi przekazu pocztowego zgodnie z przepisami PrPoczt - tj. operator wyznaczony (zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 3 i ust. 2 w zw, z art. 2 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 3 pkt 16 PrPoczt). Ponadto zgodnie z art. 49 ust. 1 u.s.r., jedynie operator wyznaczony jest uprawniony do doręczania świadczeń wypłacanych przez KRUS świadczeniobiorcom do miejsca ich zamieszkania. W konsekwencji dopuszczenie do udziału w przetargu podmiotów innych niż operator wyznaczony stanowi naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Tymczasem zmiana SIWZ, polegająca na rozszerzeniu kręgu podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia poprzez dodanie (kwestionowaną odwołaniem modyfikacją SIWZ) w Rozdziale 8 pkt 1 ppkt 1 lit. a postanowienia „lub posiada uprawnienie na świadczenia usług płatniczych objętych przedmiotem zamówienia na podstawie art. 60 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (tj. Dz.U. 2011 nr 199 poz. 1175 ze zm.)” dopuściła do udziału w postępowaniu instytucje płatnicze. W ocenie Odwołującego, zmiana SIWZ rozszerzająca krąg wykonawców o instytucje płatnicze zmieniła opis przedmiotu zamówienia - dokonana zmianą SIWZ, Zamawiający naruszył również art. 29 ust. 2 p.z.p. Modyfikacja SIWZ wskazuje, iż przedmiot zamówienia może być bowiem realizowany przez podmioty mające uprawnienie do wykonywania usług płatniczych, w konsekwencji w sposób dorozumiany Zamawiający przyjął, iż przedmiotem zamówienia jest realizacja usług płatniczych. Zamawiający, zdaniem Odwołującego, utrudnił w ten sposób uczciwą konkurencję ponieważ w przetargu obok podmiotów posiadających uprawnienia do wykonywania usług przekazu pocztowego mogą również brać udział podmioty nie spełniające tego warunku.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności Zamawiającego, polegającej na zmianie SIWZ w zakresie Rozdziału 8 pkt 1 ppkt 1 lit. a SIWZ, dokonanej dnia 29 kwietnia 2014 roku.

II. Izba ustaliła, co następuje:

1. W dniu 29 kwietnia 2014 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w Rozdziale 8 pkt 1 ppkt 1 lit.a.

Przed zmianą treść SIWZ miała brzmienie:

„1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: 1) spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 Pzp tzn. dotyczące:

a) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Warunek ten Zamawiający uzna za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada zezwolenie albo zaświadczenie Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej uprawniające do świadczenia usług operatora pocztowego w zakresie przekazu pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012r. Prawo pocztowe (tj. Dz. U z 2012r. Nr 1529) lub wykaże, że posiada zezwolenie na wykonywanie czynności bankowych w rozumieniu ustawy z 29.08.1997r. Prawo bankowe (Dz.U., z 2012r. poz. 1376 ze zm.) i ustawy z 07.12.2000r. o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających (Dz. U. z 2014r poz. 109).”

Po zmianie dokonanej w dniu 29 kwietnia 2014 r. SIWZ otrzymała brzmienie:

„1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: 1) spełniają warunki określone w art. 22 ust 1 Pzp tzn. dotyczące:

a) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Warunek ten Zamawiający uzna za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada zezwolenie albo zaświadczenie Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej uprawniające do świadczenia usług operatora pocztowego w zakresie przekazu pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012r. Prawo pocztowe (tj. Dz. U z 2012r. Nr 1529) lub wykaże, że posiada zezwolenie na wykonywanie czynności bankowych w rozumieniu ustawy z 29.08.1997r. Prawo bankowe (Dz.U. z 2012r. poz. 1376 ze zm.) i ustawy z 07.12.2000r. o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających (Dz.U. z 2014r poz. 109)

lub posiada uprawnienie na świadczenia usług płatniczych objętych przedmiotem zamówienia na podstawie art. 60 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (Li. Dz.U. 2011 nr 199 poz. 1175 ze zm.).”

2. Odwołujący nie zakwestionował (w przepisany terminie – biegnącym od dnia opublikowania ogłoszenia i SIWZ) trybu udzielenia zamówienia – w dniu 29 kwietnia 2014 r., w trybie zapytań o wyjaśnienie treści SIWZ zadał jedynie pytanie (propozycję zmiany SIWZ) odnośnie trybu zamówienia z wolnej ręki – Zamawiający w dniu 7 maja 2014 r. nie wyraził zgody na zmianę trybu postępowania (z przetargu nieograniczonego na zamówienie z wolnej ręki).
3. Odwołujący nie zakwestionował (w przepisany terminie – biegnącym od dnia opublikowania ogłoszenia i SIWZ) opisu przedmiotu zamówienia. Nie zakwestionował również podanych w pierwotnej treści SIWZ kodów CPV – jak sam w odwołaniu zauważył, Zamawiający poprzez podanie kodów CPV wskazał, iż przedmiotem zamówienia są usługi pocztowe lub finansowe.
4. Odwołujący nie zakwestionował (w przepisany terminie – biegnącym od dnia opublikowania ogłoszenia i SIWZ) pierwotnego kręgu wykonawców, opisanego w Rozdziale 8 pkt 1 ppkt 1 lit. a (oprócz Poczty Polskiej – banki i banki spółdzielcze).

W takich okolicznościach Przystępujący wnosił o odrzucenie odwołania, jako wniesionego po terminie – bowiem krąg wykonawców, określony już w pierwotnej SIWZ, obejmował, oprócz Poczty Polskiej, również inne podmioty (banki i banki spółdzielcze), dlatego rozszerzenie tego kręgu o instytucje płatnicze (przez kwestionowaną odwołaniem modyfikację SIWZ) w istocie nie zmieniało sytuacji Poczty Polskiej w postępowaniu, a zatem zarzuty odwołania były spóźnione.

Zamawiający nie uznał wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania za własny, jednak Izba, niezależnie od wniosku Przystępującego, również badała ewentualne przesłanki odrzucenia odwołania (przesłanki, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych Izba bada z urzędu).

Izba dostrzegła, że zasadniczo zarzuty objęte odwołaniem, dotyczące modyfikacji SIWZ, polegającej na rozszerzeniu kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia o instytucje płatnicze, mogły być podniesione wcześniej – całość argumentacji odwołania sprowadzała się do wykazywania, że tylko Poczta Polska może zrealizować zamówienie – tymczasem pierwotna treść SIWZ dopuszczała do realizacji zamówienia, oprócz Odwołującego, również inne podmioty. W takiej sytuacji rozszerzenie kręgu wykonawców o instytucje płatnicze - modyfikacją kwestionowaną odwołaniem - faktycznie, jak słusznie podnosił Przystępujący, nie zmieniała sytuacji Odwołującego w postępowaniu.

Niemniej jednak nie można nie dostrzec, że wcześniej, przed modyfikacją SIWZ, krąg podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia nie obejmował instytucji płatniczych – była to „nowość” wprowadzona modyfikacją SIWZ. Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający ostatecznie rozpatrzył odwołanie na rozprawie, stwierdzając, że ewentualne wątpliwości co do przesłanek odrzucenia odwołania należy rozstrzygnąć na korzyść Odwołującego. Niemniej jednak przedstawione wyżej okoliczności, z których wynikają wątpliwości dotyczące przesłanek odrzucenia odwołania, mają również znaczenie dla merytorycznego rozpatrzenia odwołania. Otóż Izba na rozprawie z urzędu bada, czy Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych – czy ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i czy może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Izby, o ile interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia nie ulega wątpliwości (na etapie przed złożeniem oferty ma go każdy podmiot chcący ubiegać się o udzielenie zamówienia), to w przypadku zarzutów podniesionych w rozpatrywanym odwołaniu nie można stwierdzić, że Odwołujący poniósł/może ponieść szkodę przez kwestionowaną odwołaniem modyfikację SIWZ – pozostaje bowiem aktualna argumentacja z wniosku o odrzucenie odwołania: sytuacja Odwołującego, który twierdzi, że tylko on może zrealizować zamówienie, nie została zmieniona przez modyfikację SIWZ, ponieważ już w pierwotnej treści SIWZ dopuszczała o udziału w postępowaniu, oprócz Poczty Polskiej, również inne podmioty (banki i banki spółdzielcze). Przy czym Odwołujący w odpowiednim terminie nie zakwestionował ani trybu udzielenia zamówienia (przetarg nieograniczony), ani opisu przedmiotu zamówienia.

W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający nie wskazał, że przedmiotem zamówienia jest wyłącznie usługa przekazu pocztowego. W ocenie Izby, słusznie dostrzegł Przystępujący w piśmie z dnia 23 maja 2014 r., iż jeżeli ustawodawca chce ograniczyć świadczenie usługi jedynie do przekazu pocztowego, jest to wyraźnie w ustawie wskazane (przykładowo art. 93 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, art. 4 ust. 4 ustawy z dnia 24 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz ustawy Prawo bankowe, art. 5 ust. 4 ustawy z dnia 25 lipca 2008 r. o szczególnych rozwiązaniach dla podatników uzyskujących niektóre przychody poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej). Skoro ustawa o ubezpieczeniu społecznym rolników dopuszcza do świadczenia przedmiotu zamówienia również przez „inną osobę”, oprócz Poczty Polskiej (art. 49 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniu społecznym rolników), to trudno podzielić argumentację Odwołującego, że tylko on jest uprawniony do realizacji przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że Odwołujący nie spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, i nie doszło wskazywanych w odwołaniu naruszeń Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

Izba, poza kosztami dojazdu, nie uwzględniła innych ewentualnych kosztów Zamawiającego – do czasu zamknięcia rozprawy nie złożył w związku z nimi rachunku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....

.....