

Sygn. akt: KIO 1362/13

WYROK

z dnia 19 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2013 r. przez Poczta Polską S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Ruda Śląska z siedzibą w Rudzie Śląskiej,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Poczta Polską S.A. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Poczta Polską S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Miasto Ruda Śląska, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług pocztowych na potrzeby Urzędu Miasta Ruda Śląska.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 03.04.2013 r. w Dz. Urz. UE pod nr 2013/S 065-19151.

W dniu 29.05.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty InPost Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w zakresie części I zamówienia (zadanie nr I).

W dniu 07.06.2013 r. Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie wniosła odwołanie względem ww. czynności zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy podał on nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania i w konsekwencji nie wykazał spełnienia wskazanych w treści SIWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym koniecznym do wykonania zamówienia,
2. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty InPost Sp. z o.o. w związku z zaistnieniem podstaw do wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia,
3. art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia wybranej oferty wobec złożenia przez Wykonawcę - InPost Sp. z o.o. oświadczenia w zakresie wykonania części zamówienia przy

pomocy operatora wyznaczonego-skutkującego tym , że wybrany Wykonawca stanie się faktycznym nadawcą części przesyłek objętych przedmiotem zamówienia, co jest sprzeczne z postanowieniami SIWZ oraz interesem zamawiającego, który wymaga aby nadawcą wszystkich przesyłek objętych przedmiotem zamówienia był on sam,

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Wykonawcy InPost Sp. z o.o. dla zadania nr I;
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności ponownej oceny ofert i wyboru oferty złożonej przez Odwołującego dla zadania nr I;
- 4) zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów ewentualnego zastępstwa procesowego fachowego pełnomocnika.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...]”

I. Wobec postawionego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 24 ust.4 Pzp - wskazać należy co następuje:

1. Zamawiający pismem z dnia 17 maja br. o nr AP.271.39.2013, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał InPost Sp. z o.o. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

Zgodnie z rozdziałem XII pkt 2.3 SIWZ zamawiający żądał aby wykonawca wykazał się dysponowaniem (dysponuje lub będzie dysponował) odpowiednim potencjałem technicznym w celu wykonania zamówienia tj. odpowiednią liczbą placówek zdawczo - odbiorczych na terenie Miasta Ruda Śląska (co najmniej jedną na dwie sąsiadujące dzielnice Miasta - minimum 5 placówek). Zamawiający w w/w piśmie stwierdził, iż wybrany wykonawca wykazał dysponowanie 7 placówkami, wskazując, jako

podstawę dysponowania umowy agencyjne, co zdaniem Zamawiającego wskazywało na korzystanie z zasobów innych podmiotów. Zamawiający, powołując się na postanowienia rozdziału XII pkt 4 SIWZ, stwierdzając brak w ofercie wybranego wykonawcy pisemnych zobowiązań innych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, wezwał InPost Sp. z o.o. do uzupełnienia oferty o wskazane zobowiązania.

InPost Sp. z o.o. w odpowiedzi na powyższe wezwanie, w piśmie z dnia 20 maja br., stwierdził, iż żądanie zamawiającego w przedmiotowym zakresie jest bezprzedmiotowe. Wykonawca ten swoje stanowisko uzasadnił wskazując, iż placówki którymi dysponuje na podstawie zawartych umów agencyjnych wchodzi w skład przedsiębiorstwa tego wykonawcy co oznacza, iż nie korzysta on w tym zakresie z zasobów podmiotów trzecich.

Jednocześnie Wykonawca ten w załączeniu do powyższego pisma przedłożył poprawiony załącznik nr 5 - wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami, który zawierał wykaz placówek ze wskazaniem, iż są to placówki własne tegoż wykonawcy (pierwotnie jako podstawę dysponowania nimi w ofercie wskazano umowy agencyjne), nie załączając żadnych zobowiązań podmiotów, z którymi zawarł umowy agencyjne.

2. Odwołujący wskazuje, iż umowa agencyjna jest umową cywilno - prawną (Podstawa prawna: Księga trzecia. Zobowiązania. Tytuł XX III art. 758 i n. ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.).

Stronami umowy agencyjnej mogą być tylko profesjonaliści: dającym zlecenie - „przedsiębiorca”, agent (przyjmującym zlecenie) zobowiązuje się „w zakresie swego przedsiębiorstwa” (kryterium to podkreśla również odmiennność umowy agencyjnej od innych umów, zwłaszcza umowy o pracę); może być osobą fizyczną lub prawną.

Zgodnie z art. 431 kc przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 331 § 1, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Wystąpienie po jednej ze stron stosunku prawnego podmiotu nie będącego profesjonalistą, także zawarcie umowy poza zakresem prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności gospodarczej („poza

granicami jego przedsiębiorstwa"), czyni tę umowę nienazwaną. W takim przypadku zasadniczo powinna mieć zastosowanie umowa zlecenia (art. 734-751 kc).

W tym miejscu należy wskazać, iż przepisy ustawy Prawo pocztowe z dnia 23 listopada 2012 roku (Dz.U. 2012.poz 1529') wyznaczające reżim prowadzenia działalności w zakresie usług pocztowych definiują pojęcie agenta. Zgodnie z art 3 pkt 3) te same ustawy agent pocztowy to przedsiębiorca pośredniczący na rzecz operatora pocztowego w zawieraniu z nadawcami umów o świadczenie usług pocztowych lub zawierającego je w imieniu operatora pocztowego.

Obowiązek agenta może polegać na pośredniczeniu w zawieraniu umów na rzecz zlecającego (agent jako pośrednik) lub na zawieraniu umów w jego imieniu (agent jako przedstawiciel). W drugim przypadku konieczne jest udzielenie agentowi pełnomocnictwa przez dającego zlecenie bądź w umowie, bądź w odrębnym dokumencie. Udzielenie pełnomocnictwa następuje na podstawie ogólnych przepisów o pełnomocnictwie - art. 95 i n. kc. Treść udzielonego pełnomocnictwa rozstrzyga, z uwzględnieniem również wymogów co do formy, jakie umowy (oznaczone co do przedmiotu, co do grupy klientów, geograficznie, czy innego kryterium) mogą być zawierane przez agenta w imieniu i na rzecz dającego zlecenie. Zawieranie umów w ramach stosunku agencyjnego wykracza zwykle poza zakres zwykłego zarządu i wiąże się z rozporządzeniem, dlatego w praktyce potrzebne będzie najczęściej pełnomocnictwo rodzajowe.

W razie wątpliwości dotyczących treści pełnomocnictwa poczytuje się, że agent jest upoważniony do przyjmowania dla dającego zlecenie zapłaty za świadczenie, które spełnia za dającego zlecenie, oraz do przyjmowania dla niego świadczeń, za które płaci, jak również do odbierania zawiadomień o wadach oraz oświadczeń dotyczących wykonania umowy, którą zawarł w imieniu dającego zlecenie. Postanowienia umowy sprzeczne z treścią tej zasady są nieważne (art. 759 kc).

Ponadto należy wskazać, iż art. 551 k.c. stanowi definicję legalną przedsiębiorstwa. Zgodnie z tym przepisem przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej. Jedynie zorganizowany dla spełnienia funkcji prowadzenia działalności gospodarczej zespół określonych składników może być potraktowany jako przedsiębiorstwo. W związku z tym przedsiębiorstwo jest pewną całością i stanowi samoistne, niematerialne dobro prawne, o charakterze majątkowym i w takim

charakterze występuje w obrocie. Przedsiębiorcy przysługuje zaś określone prawo podmiotowe do przedsiębiorstwa o charakterze bezwzględnym, które można określić mianem własności przedsiębiorstwa.

Przedsiębiorstwo obejmuje w szczególności:

- 1) oznaczenie indywidualizujące przedsiębiorstwo lub jego wyodrębnione części (nazwa przedsiębiorstwa);
- 2) własność nieruchomości lub ruchomości, w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów, oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości lub ruchomości;
- 3) prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy nieruchomości lub ruchomości oraz prawa do korzystania z nieruchomości lub ruchomości wynikające z innych stosunków prawnych;
- 4) wierzytelności, prawa z papierów wartościowych i środki pieniężne;
- 5) koncesje, licencje i zezwolenia;
- 6) patenty i inne prawa własności przemysłowej;
- 7) majątkowe prawa autorskie i majątkowe prawa pokrewne;
- 8) tajemnice przedsiębiorstwa;
- 9) księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Umowa agencyjna jest umowa zobowiązująca, wzajemna . na podstawie której strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich jest odpowiednikiem świadczenie drugiej, natomiast treść art. 551 k.c. jednoznacznie dowodzi, że poza zakresem znaczeniowym przedsiębiorstwa pozostają zobowiązania i obciążenia związane z jego prowadzeniem.

Z powyższej charakterystyki prawnej wynika jednoznacznie, iż umowa agencyjna, jest umową o świadczenie usług, ale agent, w tym szczególności agent pocztowy jako odrębny przedsiębiorca, pełniąc swoje obowiązki zachowuje samodzielność zarówno organizacyjną jak i faktyczną. Czynności w zakresie powierzonych mu spraw agent wykonuje osobiście, dbając o zabezpieczenie praw swojego zleceniodawcy. Agent jako strona umowy cywilnoprawnej i samodzielny przedsiębiorca sam decyduje w jaki sposób zadania będą wykonywane a jego organizacja pracy i operatywność wpływają bezpośrednio na to jakie osiągnie wyniki. Zatem twierdzenie wybranego wykonawcy, iż wyszczególnione w jego ofercie agencji stanowią placówki własne jako wchodzące w skład jego przedsiębiorstwa i w

konsekwencji nie musi on przedkładać stosownych oświadczeń podmiotów trzecich w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp, nie polega na prawdzie.

3. Zamawiający ma obowiązek wskazania oświadczeń i dokumentów, jakich żąda na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, już w ogłoszeniu o zamówieniu w trybach wszczynanych przez zamieszczenie ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zaproszeniu do składania ofert. Obowiązkowi żądania przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania odpowiada obowiązek wykazania przez wykonawcę nie później niż na dzień składania wniosków lub ofert (w zależności od trybu postępowania) spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 oraz braku podstaw do wykluczenia - zajścia okoliczności wymienionych w art. 24. Wykonawca, który nie przedłożył wymaganych oświadczeń i dokumentów, czyli nie przedłożył fizycznie dokumentów lub złożył dokumenty, które nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż tym samym nie wykazał, że spełnił postawione warunki.

Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych (publikowana na stronie: www.uzp.gov.pl pt. „Zakres dokumentów, jakie przedstawia wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych, w sytuacji, w której korzysta z potencjału podmiotu trzeciego” - wykonawca powołujący się na potencjał innych podmiotów powinien, w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przedstawić zamawiającemu dowód, z którego w sposób jednoznaczny będzie wynikać, że zasoby na które się powołuje zostaną mu udostępnione do realizacji zamówienia publicznego. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 lipca 2010 r.. dysponowanie wymienionymi w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy PZP zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego co do tego. czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu oraz czy podmiot udzielający odpowiednich zasobów rzeczywiście je posiada. Stwierdzenie tego dysponowania przez wykonawcę winno być bowiem konsekwencją pozytywnej oceny przez zamawiającego dowodu, jakim jest zobowiązanie podmiotu trzeciego. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wymaga udowodnienia przez wykonawcę zamierzającego skorzystać z zasobów należących do innego podmiotu,

że będzie nimi dysponował. Udowodnienie dysponowania wymienionymi w art. 22 ust. 1 pkt 2) - 4) ustawy Pzp zasobami może mieć różną postać oraz treść, stosownie do rodzaju tego zasobu a także stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udzielającym zasobu jak i charakteru i zakresu porozumienia pomiędzy tymi podmiotami. Udowodnienie to powinno obejmować nie tylko wykazanie faktu udostępnienia wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego, ale także wykazanie, że podmiot udzielający zasobu wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie publiczne rzeczywiście nim dysponuje.

4. Reasumując, Zamawiający mimo uzasadnionych wątpliwości, czemu dał wyraz w wezwaniu z dnia 17 maja br. (pismo nr AP.271.39.2013), bezkrytycznie przyjmując zmieniony w drodze uzupełnienia oferty, poprawiony przez InPost Sp. z o.o. załącznik nr 5 - wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami, w konsekwencji zaniechał wykluczenia wybranego wykonawcy a tym samym naruszył art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp poprzez uwzględnienie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp wobec braku w ofercie wybranego wykonawcy pisemnych zobowiązań innych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia i nie wykazania przez InPost Sp. z o.o. spełnienia wskazanych w treści SIWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym koniecznym do wykonania zamówienia.

Ponadto nie można nie zauważyć, iż Zamawiający był świadomy powyższych naruszeń, skoro w piśmie z dnia 29 maja br. informującym wykonawców o rozstrzygnięciu postępowania wskazuje, iż jedną z przesłanek wykluczenia innego wykonawcy tj. Speedmail Sp. z o.o., było nie dołączenie przez tegoż wykonawcę zobowiązania innego podmiotu do oddania do jego dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich w trakcie realizacji zamówienia zgodnie z postanowieniem rozdziału XII pkt 4 SIWZ., w sytuacji gdy wykonawca ten w ofercie (wykazie stanowiącym załącznik nr 5) jako podstawy dysponowania placówkami wskazał „umowy cywilnoprawne”.

II. Wobec postawionego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7, art. 22 ust. 1 pkt 3 , oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - wskazać należy co następuje:

1. W rozdziale XII SIWZ Zamawiający określił jako jeden z warunków udziału w postępowaniu wymóg dysponowania przez Wykonawców odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 2.1. do 2.4. SIWZ oprócz dokumentów wyszczególnionych, Zamawiający żądał złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych.

W formularzu ofertowym, wybrany wykonawca (InPost Sp. z o.o.) oświadczył, iż część zamówienia wykona przy pomocy podwykonawcy tj. operatora wyznaczonego jakim aktualnie jest Poczta Polska S.A. Nie kwestionując dopuszczalności takiego oświadczenia, stwierdzić jednak należy, iż świetle postanowień SIWZ oraz wyjaśnień jej treści przez Zamawiającego, treść wybranej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W piśmie z dnia 17 kwietnia 2013 roku (nr AP.271.39.2013), w odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ przesłane przez wykonawców, Zamawiający w punkcie 4 (na stronie 2) wykluczył możliwość nadawania części przesyłek objętych przedmiotem zamówienia przez inny podmiot niż wybrany wykonawca, na rzecz i w imieniu Zamawiającego, stwierdzając jednoznacznie, iż wymaga aby na dowodzie nadania przesyłki figurował Zamawiający jako podmiot nadający przesyłkę tzn. nadawcą wszystkich przesyłek ma być Urząd Miasta Ruda Śląska. Natomiast zgodnie z obowiązującymi przepisami Ustawy Prawo pocztowe z dnia 23 listopada 2012 roku (Dz.U. 2012.poz 1529) oświadczenie InPost Sp. z o.o. skutkuje tym, iż w przypadku nadania części przesyłek za pośrednictwem Poczty Polskiej S.A. faktycznym nadawcą będzie InPost Sp. z o.o. a nie Zamawiający.

2. Zgodnie z art. 14 w/w ustawy świadczenie usług pocztowych odbywa się na podstawie:

- 1) umów o świadczenie usług pocztowych zawieranych między nadawcami a operatorami pocztowymi;
- 2) umów o współpracę zawieranych między operatorami pocztowymi.

Jak wynika z literalnego brzmienia przywołanych wyżej przepisów, przywołanej wyżej oświadczenie wybranego wykonawcy - mimo, iż dopuszczalne zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, byłoby skutecznie i ważnie złożone jedynie w

przypadku jeśli wybrany wykonawca, który jest operatorem pocztowym zawarłby umowę o współpracę z Poczta Polska S.A. jako wskazanym podwykonawcą w zakresie realizacji części przedmiotu zamówienia. Jednakże pragniemy poinformować, iż na dzień dzisiejszy nie została zawarta taka umowa i trudno przewidzieć czy dojdzie do jej zawarcia, zwłaszcza, że przepisy nowej ustawy Prawo pocztowe nie nakładają na operatora wyznaczonego takiego obowiązku (inaczej niż w przypadku umowy na dostęp do infrastruktury pocztowej).

Zatem świadczenie usług pocztowych objętych przedmiotowym zamówieniem przez Poczta Polska S.A. jako podwykonawcę nie jest możliwe z uwagi na brak podstawy prawnej.

3. Należy mieć na względzie art. 15 ustawy Prawo pocztowe, który mówi, że zawarcie umowy o świadczenie usługi pocztowej następuje w szczególności przez:

- 1) przyjęcie przez operatora pocztowego przesyłki pocztowej do przemieszczenia i doręczenia;
- 2) wrzucenie przesyłki listowej, z wyłączeniem przesyłek rejestrowanych oraz podlegających ustawowemu zwolnieniu z opłat pocztowych, do nadawczej skrzynki pocztowej operatora pocztowego;
- 3) przyjęcie przez operatora pocztowego przekazu pocztowego, z tym że do przyjmowania przekazów pocztowych ze świadczeniami z ubezpieczeń społecznych, w tym emerytalnymi i rentowymi, świadczeniami z pomocy społecznej, a także przekazów pocztowych na tereny wiejskie jest uprawniony operator wyznaczony.

Niewykluczone zatem, iż InPost Sp. z o.o. zamierza realizować część przedmiotu zamówienia w oparciu o powyższy przepis, nadając część przesyłek w placówkach (urzędach pocztowych) Poczty Polskiej S.A. opatrując je znaczkiem pocztowym jako potwierdzeniem wniesionej opłaty. Takie zapatrywanie jest tym bardziej uzasadnione, że zgodnie z art. 48 w/w ustawy operator wyznaczony nie może odmówić zawarcia umowy o świadczenie usługi pocztowej dotyczącej świadczenia usługi powszechnej.

Podkreślenia jednakże wymaga, iż zgodnie z art. 20 w/w ustawy operator pocztowy, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, jest obowiązany do oznaczenia przyjętej przesyłki pocztowej informacją potwierdzającą przyjęcie przez niego opłaty za usługę pocztową albo sposób jej uiszczenia oraz umożliwiającą jego identyfikację.

Zatem InPost Sp. z o.o. przyjmując do nadania przesyłki Zamawiającego zobligowany jest do ich oznaczenia w sposób umożliwiający jego identyfikację. Dopiero tak oznaczona przesyłka mogłaby zostać nadana w placówce Poczty Polskiej S.A., która rzecz jasna również musiałaby ją oznaczyć swoim znakiem opłaty pocztowej.

Zatem stroną tak zawartej umowy o świadczenie usług pocztowych z operatorem wyznaczonym byłby InPost Sp. z o.o. - nie Zamawiający, co odpowiada definicji nadawcy określonej w art 3 pkt 10) ustawy Prawo pocztowe, zgodnie z którym nadawca to podmiot, który zawarł z operatorem pocztowym umowę o świadczenie usługi pocztowej.

4. W świetle powyższych uwag, Odwołujący stoi na stanowisku, iż oświadczenie wybranego wykonawcy tj. InPost Sp. z o.o. w zakresie wykonania części zamówienia przy pomocy operatora wyznaczonego jest sprzeczne z postanowieniami SIWZ oraz interesem Zamawiającego, który wymaga aby nadawcą wszystkich przesyłek objętych przedmiotem zamówienia był on sam. Zatem wybrana oferta winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków Zamówienia, w tym InPost Sp. z o.o. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, gdyż mimo złożonego oświadczenia o spełnianiu warunków z art. 22 ustawy Pzp (wbrew przepisom ustawy Pzp), nie jest w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami ustanowionymi przez Zamawiającego.

Zasadność stanowiska Odwołującego potwierdza sam Zamawiający wskazując, w pkt 5 załącznika nr 7 do SIWZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia”, iż przesyłki pocztowe polecane, których adresatem jest sąd oraz w sytuacji, gdy Zamawiającemu niezbędne jest uzyskanie potwierdzenia nadania, które ma moc dokumentu urzędowego, Wykonawca zobowiązany jest odebrać w tym samym dniu, w którym Zamawiający zgłosi mu taką konieczność oraz nadać w tym samym dniu w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego tj. Poczty Polskiej S.A. Wykonawca zobowiązany jest do uzyskania potwierdzenia przesyłki, a otrzymane potwierdzenie niezwłocznie dostarczyć Zamawiającemu.

Zatem Zamawiający ma świadomość, iż przynajmniej część objętych przedmiotem Zamówienia usług pocztowych winna być wykonywana w z uwzględnieniem

szczególnego reżimu prawnego, w tym w szczególności wymogów prawa pocztowego, jakim podlegają usługi pocztowe polegające na nadawaniu przesyłek, których adresatem są np. sądy.

Oczywiście zamówienie w tej części winni móc wykonywać wszyscy operatorzy pocztowi, jednakże w świetle przedstawionych powyżej regulacji prawnych, Zamawiający wyłączając możliwość świadczenia usługi w imieniu i na rzecz Zamawiającego przez inne podmioty niż wykonawcy sprawił, że jedynym wykonawcą zdolnym do wykonania zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności w zakresie objętym pkt 5 opisu przedmiotu zamówienia, stała się wyłącznie Poczta Polska S.A.

Nie należy do Odwołującego ocena motywów zamawiającego przyświecających mu podczas konstruowania SIWZ, ale zaznaczenia wymaga, iż żaden z wykonawców nie skorzystał ze środków ochrony prawnej w celu zakwestionowania postępowania w omawianej tu części, ani

też sam zamawiający nie wystąpił z inicjatywą zmiany jej treści. Zdaniem Odwołującego musi to budzić zdziwienie gdyż wykonywanie zamówienia we wskazanym wyżej zakresie, w przypadku świadczenia usług przez inny podmiot niż Poczta Polska S.A. sprowadza się de facto do wykonywania roli pośtańca przekazującego nadawane przesyłki od zamawiającego do operatora wyznaczonego, które to czynności nie mieszczą się w definicji usług pocztowych, stanowiących przedmiot zamówienia. [...]”

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

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością zreferowano stan faktyczny sprawy, w tym przytoczono obowiązujące warunki udziału w postępowaniu oraz sposób ich wykazywania przez wybranego wykonawcę – co zostało zreferowane powyżej.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zgodności oferty InPost z SIWZ ustano, iż powoływana w odwołaniu odpowiedź na pytanie nr 4 z dnia 17 kwietnia 2013 r., dotycząca treści SIWZ, a także ww. pytanie, brzmiały:

„PYTANIE NR 4

Czy Zamawiający dopuszcza sytuację, w której części przesyłek zostanie nadana przez inny podmiot na rzecz i w imieniu Zamawiającego, w wyniku czego na dowodzie nadania przesyłki będzie figurował inny podmiot niż Zamawiający, natomiast na podstawie zawartych umów będzie możliwość wykazania, że nadanie przesyłki zlecił Zamawiający?

Wykonawca zaznacza przy tym, że na kopercie będą znajdować się dane adresowe Zamawiającego, a jedynie na dowodzie nadania będzie wskazany inny podmiot niż Zamawiający.”

Odpowiedź:

„Ad. 4 Zamawiający nie dopuszcza sytuacji opisanej w pytaniu Wykonawcy, Zamawiający wymaga, aby na dowodzie nadania przesyłki figurował Zamawiający jako podmiot nadający przesyłkę.”

W pkt 5 zał. nr 7 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” zaznaczono, iż *„Przesyłki pocztowe polecone, których adresatem jest Sąd oraz w sytuacji, gdy Zamawiającemu niezbędne jest uzyskanie potwierdzenia nadania, które ma moc dokumentu urzędowego, Wykonawca zobowiązany jest odebrać w tym samym dniu, w którym Zamawiający zgłosi mu taką konieczność oraz nadać w tym samym dniu w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego, tj. Poczty Polskiej S.A. Wykonawca zobowiązany jest do potwierdzenia przesyłki, a otrzymane potwierdzenie niezwłocznie dostarczyć Zamawiającemu”*.

Powyższe powtórzono w pkt 7 zał. Nr 8a do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego (dla Zadania I)”.

Uwzględniając powyższe, Izba 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 przesłanki wykluczenia wykonawcy zostały enumeratywnie wyliczone w art. 24 ustawy, w tym w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3, zgodnie z którym, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nadto zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Tym samym w świetle art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu postawionych w dokumentach przetargowych – np. wykazywane przez nich doświadczenie, wiedza czy potencjał kadrowy i ekonomiczny ... *etc.*, materialnie nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego w tym zakresie lub nie wykazali spełniania powyższego w sposób przewidziany przepisami prawa i postanowieniami dokumentu przetargowego ustanowionymi przez zamawiającego.

Przy czym zastrzec należy, iż według normy art. 26 ust. 2b ustawy, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Według normy art. 22 ust. 1 pkt 3 o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy spełniający warunki dotyczące m.in. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

Jak wynika z treści art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp dla wykluczenia wykonawcy na tej podstawie wymagane jest kumulatywne zaistnienie, opisanych w następujący sposób okoliczności: (1)

wykonawca ma złożyć nieprawdziwe informacje, (2) podanie takich informacji miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Przepis wymaga więc materialnego ustalenia czy podane przez wykonawcę informacje rzeczywiście i obiektywnie nie są prawdziwe.

Zdefiniowanie pojęcia nieprawdziwych informacji, przy wykorzystaniu klasycznej definicji prawdy, nie następuje trudności. Nieprawdziwymi informacjami będą więc jakiegokolwiek opisowe zdania (a więc zdania orzekające o faktach), które są niezgodne z rzeczywistością.

W kwestii ustalenia nieprawdziwości rzeczonych informacji wskazać należy, iż w świetle przepisów określających *onus probandi* (art. 190 ust. 1 Pzp, art. 6 K.c.), dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. W postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu spoczywa więc generalnie na stronie, która tego typu okoliczność podnosi. Fakt nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji należy więc wykazać i udowodnić.

Za ugruntowany i trafny należy uznać wyrażany w orzecznictwie pogląd, iż zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione należycie. Teza ta znajduje np. potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości.

Ponadto w najnowszym orzecznictwie postulowane jest powiązanie podania nieprawdziwych informacji z intencjami wykonawców w tym zakresie i przyczynami powyższego (np. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12).

Uwzględniając powyższe w odniesieniu do zarzutu dotyczącego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i podania nieprawdziwych informacji przez InPost Sp. z o.o., Izba stwierdza, iż ww. zarzuty są niezasadne.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, iż zarzuty odwołania dają się sprowadzić do zakwestionowania wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę (i tym samym naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp), natomiast zarzut podania nieprawdziwych informacji jest w tym przypadku wtórny do pierwszego zarzutu.

Ponadto, w odniesieniu do rozpatrywanej sytuacji, stwierdzić należy, że podnoszone przez odwołującego okoliczności nie w żadnym wypadku nie wypełniają i wypełnić nie mogą hipotezy normy wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. W odwołaniu nie zakwestionowano i nie

wskazano, jakoby którakolwiek z informacji podana przez wybranego wykonawcę obiektywnie nie odpowiadała rzeczywistości (w znaczeniu niezgodności informacji z ustalonymi faktami). Zarzuty w tym przypadku sprowadzały się do zakwestionowania znaczenia tych informacji oraz polemiki ze stanowiskiem zamawiającego i wybranego wykonawcy, co do ich oceny. InPost Sp. z o.o. nie podała w tym zakresie żadnych nieprawdziwych informacji na temat faktów (sama wskazywała np. umowy agencyjne jako podstawy dysponowania placówkami), ale przedstawiała ich określone interpretacje i ich skutki prawne, które odwołujący zwalczał (np. w odniesieniu do kwestii wchodzenia placówki agencyjnej w skład przedsiębiorstwa).

W odniesieniu do zasadniczego sporu pomiędzy stronami w przedmiocie kwalifikacji placówek wykazanych przez InPost jako zasobu własnego wykonawcy czy też potencjału udostępnionego w trybie art. 26 ust. 2b Pzp na potrzeby niniejszego zamówienia, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego. InPost Sp. z o.o. dysponowała w tym przypadku potencjałem własnym i taki potencjał wykazywała. Tym samym nie była zobligowana do prowadzenia postępowania dowodowego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy.

Kryteria rozgraniczenia tzw. potencjału własnego od udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b nie są ostre, a przede wszystkim nie zostały wprost wskazane w ustawie. Niewątpliwie jednak delimitacja powyższego może i powinna zostać przeprowadzona w konkretnej sprawie, przy pomocy kryteriów i założeń przyjmowanych w orzecznictwie lub wypracowanych, wyprowadzonych i uzasadnionych na potrzeby danego przypadku. W szczególności kryterium takim może więc być bezpośrednio i stałe dysponowanie daną rzeczą czy prawem, również na podstawie dowolnej umowy cywilnoprawnej, w odróżnieniu od pozyskania powyższego doraźnie, na potrzeby danego zamówienia.

Ogólnie w tym zakresie należy stwierdzić, iż pojęcie dysponowania potencjałem własnym nie może być ograniczone jedynie do przypadku, w którym wykonawcy przysługuje prawo własności. Należy podzielić stanowisko Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie wyrażone w wyroku z dnia 8 kwietnia 2011 r. sygn. IV Ca 180/11, iż przyjęcie stanowiska odmiennego prowadziłoby *ad absurdum*, tj. do sytuacji, w której wszystkie rzeczy, którymi wykonawca dysponuje na podstawie tytułu innego niż prawo własności, uznawane byłyby z zasób udostępniany na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy (np. w odniesieniu do najmu, dzierżawy, leasingu).

Również w rozpatrywanym przypadku należało uznać, iż dysponowanie placówkami pocztowymi prowadzonymi na podstawie umów agencyjnych, przy pomocy których i pod jego szyldem, jest prowadzona działalność pocztowa wykonawcy, nie jest

przypadkiem wykazania potencjału cudzego, udostępnionego przez podmiot trzeci na potrzeby wykonania danego zamówienia na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy.

Ostatnim argumentem na rzecz powyższego jest fakt, iż przed wprowadzeniem do ustawy przepisu art. 26 ust. 2b Pzp, tego typu sposób wykazywania spełniania warunków udziału w przypadkach analogicznych do rozpatrywanego, był generalnie praktykowany i dopuszczany na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy (w brzmieniu w danym okresie obowiązującym).

Oddalono również zarzut zaniechania odrzucenia oferty wybranej ze względu na podnoszoną w odwołaniu niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Według art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na

niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie.

Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań tego dokumentu.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego, jest to zobowiązanie zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie specyfikacji jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SIWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jak każde oświadczenie woli podlega więc wykładni w sposób wskazany w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, a więc w taki sposób jak wymagają tego zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje, rozpatrywane w odniesieniu do okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone.

W tym kontekście, Izba wskazuje, iż nie podziela interpretacji zaprezentowanej przez odwołującego w odniesieniu do zakresu przedmiotu zamówienia i związanych z tym wymagań zamawiającego. Interpretacja tego typu jest nie tylko niezgodna z wykładnią autentyczną dokumentu przetargowego dokonywaną przez zamawiającego, ale też prowadzi do drastycznego ograniczenia konkurencji w postępowaniu, czyniąc odwołującego jedynym wykonawcą, do którego adresowane byłoby przedmiotowe zamówienie. Taki postulat i tego typu agenda wynikająca z

odwołania właściwie dyskwalifikują zarzut odwołującego i interpretację SIWZ, na której jest oparty.

W świetle zastanych postanowień SIWZ (przytaczanych w ustaleniach Izby), wbrew sugestiom odwołującego, przedmiotem niniejszego zamówienia, nie było wyłącznie świadczenie usług operatora pocztowego w rozumieniu art. 2 ust. 1 ustawy Prawo pocztowe, ale zamawiający wprost dopuszczał i przewidywał w odniesieniu do wykonawców innych niż operator wyznaczony (Poczta Polska), że będą oni wykonywali jedynie *de facto* usługi pośrednictwa w nadawaniu określonych rodzajów przesyłek w imieniu i na rzecz zamawiającego w placówkach operatora wyznaczonego. Powyższe wprost wynika z opisu przedmiotu zamówienia i postanowień umownych – wykonawca inny niż Poczta Polska będzie jedynie odbierał przesyłki od zamawiającego, przekazywał do placówki operatora wyznaczonego, gdzie będzie je nadawał w imieniu i na rzecz zamawiającego, któremu następnie będzie dostarczał potwierdzenie nadania. Przy czym odpowiedź na pytanie nr 4 dotyczy jedynie oznaczenia podmiotu na dowodzie nadania, gdzie zamawiający wyklucza wpisanie innego podmiotu niż on sam. Powyższe w żaden sposób nie może zostać zinterpretowane jako modyfikacja (w istocie wykreślenie) przedmiotu zamówienia w zakresie, w którym przewidziano i opisano sposób nadawania przesyłek specjalnych w placówce operatora wyznaczonego. Wszystkie pozostałe postanowienia SIWZ i odpowiedzi na pytania dotyczące jej treści winny być interpretowane w uzgodnieniu z celem i kształtem danego zamówienia i nie przekreślać konkurencji w niniejszym postępowaniu.

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 i § 5 ust. 2 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).