

Sygn. akt: KIO 1428/14

WYROK
z dnia 28 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 lipca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2014 r. przez **Odwołującego** – Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa,

przy udziale **Wykonawcy** - Ogólnopolski Związek Pracodawców Niepublicznych Operatorów Pocztowych z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 17, 03-821 Warszawa, 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** - Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostki Administracji Państwowej wymienione w załączniku nr 7 do SIWZ w imieniu i na rzecz, których działa Centrum Usług Wspólnych, jako Centralny Zamawiający, ul. Powsińska 69/71; 02-903 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla Jednostek Administracji Państwowej” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej – ogłoszenie numer 2014/S 123-219371) wraz z publikacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia nastąpiło dnia 1 lipca 2014 roku.

Dnia 11 lipca 2014 roku wykonawca Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2; 00-940 Warszawa (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 4 i 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez opisanie warunku dysponowania potencjałem technicznym w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. żądanie, aby wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował, co najmniej jedną placówką pocztową na każde rozpoczęte 6000 mieszkańców, a w konsekwencji uniemożliwienie złożenia niepodlegającej odrzuceniu oferty jakiegokolwiek wykonawcy;
2. art. 22 ust. 4 i 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez opisanie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób niezwiązany i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. żądanie, aby wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował, co najmniej jedną osobą w każdej gminie na terytorium RP (...) i która posiada, co najmniej roczne doświadczenie w doręczaniu przesyłek pocztowych oraz nie była karana, a w konsekwencji uniemożliwienie złożenia oferty jakiegokolwiek wykonawcy;
3. art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. Nr 101, poz. 926 ze zm.) w zw. art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez żądanie informacji o niekaralności osób, którymi dysponuje wykonawca, zdolnych do realizacji zamówienia, w sytuacji kiedy przepisy nie pozwalają na żądanie takiej informacji;

4. inne wskazane w uzasadnieniu odwołania

Wobec powyższego odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w sposób zgodny z propozycjami odwołującego zawartymi w uzasadnieniu odwołania;
- 3) nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień s.i.w.z. w sposób zgodny z propozycjami odwołującego zawartymi w uzasadnieniu odwołania;
- 4) nakazanie zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian z zachowaniem terminu określonego w art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w tym zakresie.

Interes w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 179 ust. 1 Pzp, jako wykonawca zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i uzyskaniem tego zamówienia. Wskazać należy bowiem, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Odwołujący, jako wykonawca zainteresowany pozyskaniem przedmiotowego zamówienia, nie jest w stanie złożyć niepodlegającej odrzuceniu oferty. Ponadto niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez odwołującego. Szkada ta polega na ograniczeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania.

Zamawiający, dnia 14 lipca 2014 roku, przekazał informację o wniesionym odwołaniu (wraz z jego kopią), poprzez przesłanie wykonawcom drogą e-mailową oraz przez zamieszczenie na stronie internetowej zamawiającego.

Dnia 17 lipca 2014 roku, do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, zgłosiła przystąpienie organizacja wpisana na listę organizacji zrzeszających wykonawców uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – Ogólnopolski Związek Pracodawców Niepublicznych Operatorów Poczтовых.

Zamawiający, pismem z dnia 22 lipca 2014 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla Jednostek Administracji Państwowej” (Nr zamówienia: 2014/1). Zamawiający postawił warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do realizacji zamówienia w sposób sprzeczny z przepisami prawa. Postawione wymagania uniemożliwiają złożenie ważnej oferty jakimkolwiek wykonawcy. Opis sposobu oceny spełniania takiego warunku nastąpił w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie jest niezbędny do zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielonego zamówienia. Taki warunek w sposób istotny przewyższa wymagania płynące z powszechnie obowiązujących przepisów regulujących działalność pocztową, w tym ustawy Prawo pocztowe, a szczególności rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29

kwietnia 2013r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego (Dz.U. z 2013r., poz. 545). Przede wszystkim zaś warunkiem tego nie spełnia żaden wykonawca, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie otrzyma żadnej niepodlegającej odrzuceniu oferty w postępowaniu, co w sposób oczywisty godzi w cel prowadzenia niniejszego postępowania. Jak się wskazuje proporcjonalność opisu do przedmiotu zamówienia oznacza, że wywodzone z niego wymagania muszą być uzasadnione wartością, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności zamówienia lub warunkami jego realizacji. Stawiane wymagania nie mogą przy tym ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy obiektywnie zdolni są do jego wykonania w sposób należyty. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał wielokrotnie uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Przykładowo w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie *Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano* (C-376/08) wskazano, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. Z kolei w wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie *Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria* (C-234/03) wywieziono, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Ponadto Trybunał w wyroku z 16 września 1999 r. w sprawie *Komisja przeciwko Hiszpanii* (C-414/97) wskazał, że przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany tego warunku w następujący sposób: „W celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego wykonawca powinien wykazać, że na dzień składania ofert:

- 1) posiada on co najmniej po jednej stałej placówce pocztowej, licząc średnio w skali kraju, przypadającej na 6000 mieszkańców na terenie gmin miejskich i gmin miejsko - wiejskich;
- 2) posiada on co najmniej jedną placówkę pocztową, licząc średnio w skali kraju, przypadającą na 85 km² powierzchni w gminach wiejskich;
- 3) w każdej gminie posiada co najmniej jedną stałą placówkę pocztową;
- 4) wskazane w pkt 1-3 placówki pocztowe są czynne 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 rozdziale IV podrozdział I pkt. 1. ppkt. 2) lit. d) SIWZ Zamawiający postawił następujący warunek: „Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że dysponuje lub będzie dysponował co najmniej jedną osobą w każdej gminie na terytorium RP (...) i która posiada co najmniej roczne doświadczenie w doręczaniu przesyłek pocztowych oraz nie była karana.” Wymóg określony przez Zamawiającego wskazania w Załączniku nr 4 do SIWZ w zakresie informacji o karalności „Informacja o karalności (K- karana, NK - nie karana) stanowi naruszenie art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. Nr 101, poz. 926 ze zm.), dalej: „ustawa o ochronie danych”. W myśl ww. przepisu zabrania się przetwarzania m.in. danych dotyczących skazań, orzeczeń o ukaraniu i mandatów karnych. Przesłanki dopuszczalności przetwarzania tzw. danych sensytywnych określa art. 27 ust. 2 ww. ustawy. Żadna z wymienionych w tym przepisie przesłanek nie upoważnia jednak do żądania informacji o niekaralności w przedmiotowym Postępowaniu. Każdy ma prawo do ochrony dotyczących go danych osobowych (art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie danych). Nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawniania informacji dotyczących jego osoby (art. 51 Konstytucji RP). Natomiast zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 7 maja 2012 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz.U. z 2012 r. poz. 654 ze zm.) prawo do uzyskania informacji o osobach, których dane osobowe zgromadzone zostały w Rejestrze, przysługuje pracodawcom, w zakresie niezbędnym dla zatrudnienia pracownika, co do którego z przepisów ustawy wynika wymóg niekaralności, korzystania z pełni praw publicznych, a także ustalenia uprawnienia do zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej. Nie istnieje przepis ustawy, który pozwalałby na żądanie takich informacji na rzecz złożenia oferty w niniejszym Postępowaniu. Poza tym wykonawca ma prawo wykazać się nie tylko osobami, które są jego pracownikami w rozumieniu przepisów Kodeksu Pracy, lecz także osobami, którymi dysponuje lub będzie dysponował na podstawie stosunku cywilnoprawnego. W świetle powyższego należy uznać, że żądanie Zamawiającego narusza przywołane przepisy. Należy zwrócić także uwagę, że zgodnie z §1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) Zamawiający może żądać wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Rozporządzenie to nie uprawnia zatem Zamawiającego do żądania innych informacji niż wymienione w tym przepisie (katalog zamknięty), co powoduje, że żądanie informacji

o karalności/niekaralności jest nieuzasadnione i sprzeczne z tym rozporządzeniem. Mając na uwadze powyższe Odwołujący się wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany opisu sposobu oceny spełniania tego warunku, poprzez rezygnację z wymogu wskazywania informacji o niekaralności/karalności i żądanie celem potwierdzenia jego spełniania oświadczenia o następującej treści: „Wykonawca oświadcza, iż dysponuje lub będzie dysponował co najmniej jedną osobą w każdej gminie na terytorium RP wg. aktualnego podziału administracyjnego kraju na dzień 1 stycznia 2014r., która posiada co najmniej roczne doświadczenie w doręczaniu przesyłek pocztowych.”.

Zamawiający wskazał, co następuje.

Zamawiający pragnie zauważyć, iż część zarzutów dotyczy postanowień SIWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu, co do których Zamawiający dokonał modyfikacji. Tym samym zarzuty nie powinny być merytorycznie rozpatrywane, bowiem w chwili orzekania treść SIWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu jest zmieniona. Powyższe stanowisko dotyczy zarzutów nr 2, 3 i 4 odwołania, co do których modyfikacja treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ została opublikowana w dniu 17 lipca 2014r. Wyciąg z treści zmienionej SIWZ został dołączony do niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

Należy przypomnieć, iż zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy PrZamPubl Izba odrzuca odwołanie, jeżeli odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem Odwołującego, w przypadku uwzględnienia zarzutów. Ponieważ jednak, Zamawiający nie uwzględnił w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, jedynie zmienił treść skarżonego warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. IV podrozdział I pkt 1 ppkt 2 lit. d) SIWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego, należy stwierdzić, że zarzuty dotyczące tego postanowienia nie powinny być rozpatrywane przez Krajową Izbę Odwoławczą. Należy przypomnieć, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 PrZamPubl wydając wyrok, Izba bierze podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Powyższe oznacza, iż nie można pominąć okoliczności dokonania zmiany treści warunków określonych w SIWZ. Stąd zarzuty nr 2, 3 i 4 odwołania należy uznać za nieaktualne w niniejszym stanie faktycznym.

Zamawiający na początku swoich rozważań pragnie zauważyć, iż Odwołujący w sposób nieprawidłowy sformułował zarzuty podniesione w odwołaniu, naruszając tym samym dyspozycje art. 180 ust. 3 PrZamPubl.

Odwołujący wskazał w zarzucie nr 4 odwołania, że zarzuca Zamawiającemu naruszenie innych przepisów „wskazanych w uzasadnieniu odwołania”. Zamawiający stoi na stanowisku, iż wskazany zarzut nie może być brany pod uwagę. Odwołujący nic wskazał bowiem podstawy prawnej zarzutu, co z punktu widzenia art. 180 ust. 3 PrZamPubl należy uznać za niedopuszczalne. To na Odwołującym ciąży sprecyzowanie podstawy prawnej i faktycznej zarzutów, tak aby Izba oraz Zamawiający nie musieli się domyślać, do jakich naruszeń,

zdaniem Odwołującego, doszło w danym postępowaniu. Brak sformułowania w sposób odpowiedni podstawy prawnej zarzutu, uniemożliwia Zamawiającemu wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, w przypadku jego uwzględnienia. Z kolei Izbie Odwołujący w ten sposób uniemożliwia ocenę, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów, ponieważ faktycznie Izba nie ma wiedzy, jakie przepisy zostały naruszone.

Zamawiający wnosi o nieuwzględnienie zarzutu nr 4 ze względu na brak precyzyjnej podstawy prawnej zarzutu.

Odnosząc się do zarzutu nr 1, tj. naruszenia art. 22 ust. 4 i 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy PrZamPubl poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym w sposób nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający podnosi, co następuje.

Zarzut nr 1 Odwołującego jest niezasadny. Odwołujący wskazuje, iż skarżone postanowienie SIWZ określone w rozdz. IV podrozdz. 1 pkt 1 ppkt 2 lit. c) SIWZ zostało opisane w sposób nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz w sposób zbędny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia. Odwołujący dodaje w odwołaniu, iż przedmiotowego warunku nie jest w stanie spełnić żaden z wykonawców funkcjonujących na rynku. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego zawartym w odwołaniu, iż opis sposobu oceny spełniania postawionego warunku nastąpił w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, i że nie jest niezbędny do zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Należy w tym miejscu odwołać się do opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu. Zamawiający zaznacza, iż biorąc pod uwagę zakres przedmiotowego zamówienia, tj. szacowaną ilość przesyłek oraz fakt, iż będzie ono realizowane dla Jednostek Administracji Państwowej, w ocenie Zamawiającego opisany sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest jak najbardziej proporcjonalny i związany z przedmiotem zamówienia. Warto wskazać, iż zgodnie z treścią załącznika nr 7 do SIWZ, przedmiotowe zamówienie jest udzielane w imieniu aż 283 Jednostek Administracji Państwowej, w tym jednostek im podległych, znajdujących się na terenie wszystkich 16 województw Rzeczypospolitej Polskiej. Niewątpliwie ilość jednostek, które mają zawrzeć umowę z wykonawcą, jak również zakres przedmiotu zamówienia obejmujący tak dużą ilość różnego rodzaju przesyłek świadczy o ogromie przedsięwzięcia, jakim jest niniejsze zamówienie. Szczegółowe wyliczenia dotyczące szacowanej ilości przesyłek, do których dostarczenia zobowiąże się wykonawca w wyniku podpisanej umowy, zawiera również załącznik nr 1a do SIWZ stanowiący Formularz cenowy. Z niniejszego dokumentu można jasno wywnioskować, iż szacowana ilość przesyłek oraz paczek stanowiąca przedmiot zamówienia jest ilością ogromną. Zatem, Zamawiający słusznie uznał, iż jedynie wykonawca

posiadający odpowiednią infrastrukturę będzie w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie. Niewątpliwie ogrom pracy, jaki wykonawca będzie zobowiązany realizować może być wykonany jedynie przez podmiot odpowiednio do tego przygotowany. Stąd wymaganie polegające na dysponowaniu placówkami pocztowymi w każdej gminie, przy czym w gminach posiadających więcej niż 6000 mieszkańców, wykonawca winien dysponować co najmniej jedną placówką pocztową na każde rozpoczęte 6000 mieszkańców nie jest wygórowane, ani nieproporcjonalne i niezwiązane z przedmiotem zamówienia. Zwłaszcza, że Jednostki Administracji Państwowej, dla których wykonywane jest przedmiotowe zamówienie realizują zadania publiczne kierowane do obywateli. Znakomita większość tych jednostek wydaje różnego rodzaju decyzje, postanowienia, min. decyzje administracyjne, zawiadomienia (o wszczęciu postępowania administracyjnego, o zamiarze kontroli), upomnienia, wezwania, tytuły wykonawcze (do urzędów skarbowych), wnioski o ukaranie (do sądów), postanowienia; również: zapytania, wnioski, informacje do innych jednostek administracji rządowej i samorządowej, które kierowane są do osób fizycznych, prawnych, na terenie całego kraju bez ograniczenia obszarowego. Przepisy prawa niejednokrotnie przewidują istotne z punktu widzenia stron postępowania, skutki prawne związane z doręczeniem danego pisma. Stąd, konieczne jest zapewnienie terminowości oraz bezpieczeństwa korespondencji. Dlatego w ocenie Zamawiającego niezwykle istotnym jest, by przesyłki pocztowe nadawane przez jednostki Administracji Państwowej kierowane pod adresy rozmieszczone m.in. na terenie całego kraju trafiały do adresatów terminowo i bez narażenia na ponoszenie dodatkowych kosztów związanych z dotarciem do znacznie oddalonych placówek pocztowych, w przypadku gdy przesyłki będą wymagały „awizowania”. Obywatele muszą mieć zapewniony dostęp do placówek, w których m.in. można odebrać przesyłkę pocztową, np. w przypadku nieobecności adresata w chwili doręczenia przesyłki. Rozmieszczenie placówek ma zasadnicze znaczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia chociażby w przypadku wspomnianego powyżej obowiązku tzw. awizowania przesyłek w przypadku niemożności doręczenia, o której stanowią właściwe przepisy proceduralne. Jak wspomniano powyżej strony i uczestnicy postępowań, z których przebiegiem związana będzie przekazywana korespondencja, nie mogą być obarczani kosztami dotarcia do znacznie oddalonych placówek w przypadku awizowania przesyłki.

Szczegółowe informacje dotyczące rodzajów korespondencji wysyłanej przez jednostki Administracji Publicznej zawiera zestawienie załączone do odpowiedzi na odwołanie (załącznik nr 3). Niewątpliwie analiza załączonego dokumentu wskazuje, iż przesyłki jednostek Administracji Publicznej stanowią w większości korespondencję nadawaną w trybie Kodeksu postępowania administracyjnego bądź Kodeksu postępowania cywilnego. Z tego względu niezwykle ważne jest, aby odbiorcom korespondencji zostało umożliwione odebranie przesyłki w odpowiednim terminie. Logicznym jest, iż powszechny dostęp do usług

pocztowych, a tym samym możliwość odebrania korespondencji nadawanej przez Jednostki Administracji Publicznej można zapewnić jedynie przez wystarczająco rozbudowaną infrastrukturę, rozumianą jako sieć placówek pocztowych. Zatem ze względu na uzasadnioną potrzebę Zamawiającego, jaką jest konieczność terminowego dostarczenia wskazanej korespondencji, koniecznym było ustalenie takich warunków udziału w postępowaniu, aby przedmiot zamówienia został wykonany zgodnie z założeniami Zamawiającego. Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, jakoby wskazany zapis SIWZ, tj. warunek określony w rozdz. IV podrozdz. 1 pkt 1 ppkt 2 lit. c) SIWZ został określony w sposób niezwiązany i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tak ogromny zakres świadczenia stanowiącego przedmiot niniejszego zamówienia, jak również jego waga z punktu widzenia interesu publicznego oraz interesów obywateli uzasadnia określenie warunku dysponowania potencjałem technicznym, gwarantującego wybór wykonawcy, który zdoła należycie wykonać przedmiotowe zamówienie. Należy jednocześnie podnieść, iż Odwołujący nie zadał sobie nawet trudu, aby wskazać, w jaki sposób jego zdaniem, skarżony warunek pozostaje bez związku z przedmiotem zamówienia oraz jest w stosunku do niego nieproporcjonalny. Odwołujący nie poparł swoich stwierdzeń żadnymi argumentami, nie odwołał się do konkretnych postanowień opisu przedmiotu zamówienia, które wskazywałyby, że dane wymaganie jest zbędne i nazbyt wygórowane. Należy zatem uznać, że twierdzenia Odwołującego są gołosłowne. Niewątpliwie, skarżony warunek ma na celu sprawdzenie, czy wykonawca zapewni realizację przedmiotowego zamówienia w sposób najbardziej efektywny. Ilość placówek pocztowych, w których będzie można wysyłać oraz odbierać korespondencję objętą przedmiotem zamówienia świadczy o sprawności organizacji pracy przez wykonawcę, zapewnieniu dostępu wszystkim jednostkom Administracji Publicznej oraz odbiorcom korespondencji do usług pocztowych na terenie całego kraju, terminowość w doręczaniu przesyłek i paczek, jak również wysoką jakość oraz komfort świadczonych usług. Jednocześnie, biorąc pod uwagę ogrom przedmiotu zamówienia oraz jego charakter, nie można stwierdzić, że przedmiotowy warunek jest wygórowany. Nie można zatem uznać, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 22 ust. 5 PrZamPubl, ponieważ warunek określony w rozdz. IV podrozdz. 1 pkt 1 ppkt 2 lit. c) SIWZ jest z jednej strony minimalny, z drugiej, weryfikuje w niezbędnym zakresie zdolność wykonawców do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Należy wskazać, iż Odwołujący w żaden sposób nie powiązał swoich zarzutów z naruszeniem przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 PrZamPubl. Analiza zarzutów podniesionych przez Odwołującego wskazuje zatem, że Zamawiający co prawda określił warunki udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny oraz niezwiązany z przedmiotem zamówienia, ale jednocześnie nie powoduje to ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Z punktu widzenia przepisów ustawy PrZamPubl takie sformułowanie

zarzutów jest absurdalne. W takim razie, należałoby zadać pytanie Odwołującemu, czy ponosi szkodę na skutek obecnego brzmienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym. Niewątpliwie, pominięcie art. 7 ust. 1 PrZamPubl przy formułowaniu zarzutów odwołania, należy również uznać za naruszenie art. 180 ust. 3 PrZamPubl, Odwołujący bowiem skonstruował zarzut pomijając pełną podstawę prawną zarzutu. Zwłaszcza, że w uzasadnieniu odwołania, Odwołujący wskazuje, jakoby warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym określonego w rozdz. IV podrozdz. 1 pkt 1 ppkt 2 lit. c) SIWZ nie jest w stanie spełnić żaden wykonawca. Stąd, należałoby uznać, że Zamawiający zupełnie zniweczył zasadę uczciwej konkurencji nie dopuszczając praktycznie żadnego operatora pocztowego do niniejszego postępowania. Oznaczałoby to faktycznie rażące naruszenie art. 7 ust. 1 PrZamPubl, którego jednak przepisu Odwołujący nie wskazuje wśród podstaw prawnych swojego zarzutu. Co więcej, Odwołujący nie przedstawił na potwierdzenie swoich twierdzeń żadnych dowodów. Nie wskazał w odwołaniu liczby placówek, którymi obecnie dysponuje, lub będzie dysponował, nie poda również nazw innych wykonawców, którzy jego zdaniem nie spełnialiby niniejszego warunku. Tym samym, Odwołujący nie spełnił dyspozycji wynikającej z art. 190 ust. 1 PrZamPubl oraz art. 6 Kodeksu cywilnego, ponieważ to na nim ciąży obowiązek udowodnienia zasadności jego twierdzeń oraz zarzutów. Jeżeli zatem, Odwołujący twierdzi, iż nie będzie w stanie samodzielnie spełnić warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym, może równie dobrze skorzystać z potencjału podmiotów trzecich, bądź zawiązać konsorcjum z innym operatorem pocztowym w celu wspólnego wykonywania zamówienia. Okoliczność jednak, że nie potrafiłby potwierdzić spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu nie stanowi automatycznie, iż jego odwołanie jest zasadne. Odwołujący podnosi, iż żaden wykonawca na rynku usług pocztowych nie byłby w stanie spełnić warunku określonego w SIWZ. Zamawiającego dziwi takie stwierdzenie, skoro na warunek udziału w postępowaniu poza Odwołującym, żaden z pozostałych operatorów pocztowych funkcjonujących na rynku nie złożył odwołania na treść Ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SIWZ, ani żaden nie zgłosił przystąpienia po stronie Odwołującego. Co więcej, w dniu 17 lipca 2014r. po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie Ogólnopolski Związek Pracodawców Niepublicznych Operatorów Poczty. Stąd, wydaje się, że twierdzenia Odwołującego w tym zakresie są gołosłowne i nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym, zwłaszcza, iż Odwołujący pomimo treści art. 190 ust. 1 PrZamPubl nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie swoich twierdzeń. Zdaniem Zamawiającego, twierdzenia Odwołującego są wewnętrznie sprzeczne. Należy wskazać, iż obecne brzmienie warunku w istocie odwołuje się do przepisów rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego (Dz. U. z 2013r., poz. 545),

a w szczególności §24 ust. 1. Jednakże, ze względu na fakt, iż wskazany akt prawny zobowiązuje do zapewnienia odpowiedniej jakości usług pocztowych oraz infrastruktury jedynie operatora wyznaczonego (którym obecnie jest Odwołujący), Zamawiający nawiązał jedynie do jednego parametru określonego w §24 ust. 1 rozporządzenia. Miał on bowiem świadomość, że nie każdy operator pocztowy funkcjonujący na rynku spełnia wszystkie kryteria określone dla operatora wyznaczonego, a jednocześnie będzie on w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie należycie. Tymczasem, Odwołujący swoim żądaniem próbuje przeforsować warunek, który spełniałby faktycznie tylko on jako operator wyznaczony. Propozycja modyfikacji warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym odwołuje się do treści §24 rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego (Dz. U. z 2013r., poz. 545), gdzie wymaganie dysponowania placówkami pocztowymi określa nie tylko ich ilość, ale również rozmieszczenie, jak również zasady funkcjonowania. Zamawiający nie może się zgodzić na uwzględnienie niniejszego żądania Odwołującego, ponieważ nie może on w tak szczegółowy i wygórowany sposób określać zasad organizacji pracy wykonawców. Dla Zamawiającego, za wystarczające jest, aby wykonawca posiadał placówki pocztowe, przypadające na określoną liczbę mieszkańców, tak aby w sposób sprawny, terminowy oraz zapewniając komfort odbiorcom świadczył usługi pocztowe. Natomiast uwzględnienie żądania Odwołującego doprowadziłoby właśnie do sytuacji, której obecnie Odwołujący rzekomo próbuje zapobiec, tj. określenia warunków na wysokim stopniu szczegółowości. Ponadto, modyfikacja warunku zgodnie z żądaniem Odwołującego wiązałaby się z ograniczeniem konkurencji w postępowaniu, ponieważ ofertę w postępowaniu mógłby wówczas złożyć jedynie Odwołujący, który jest obecnie operatorem wyznaczonym. Zdaniem Zamawiającego, nie może on się zgodzić na wykonanie żądania, które doprowadziłoby do naruszenia obowiązujących przepisów prawa, w szczególności art. 7 ust. 1 PrZamPubl.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego dodatkowo argumentując, iż obecne brzmienie warunku udziału w postępowaniu nie uniemożliwia złożenia oferty przez wszystkich wykonawców, świadczących usługi pocztowe.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Izba popiera stanowisko zamawiającego podnosząc, co następuje.

W zakresie zarzutów dotyczących wymogu zamawiającego w zakresie konieczności przedłożenia informacji o niekaralności (zarzuty Nr 2 i 3), w związku z wycofaniem zarzutów, w tym zakresie, przez odwołującego na rozprawie, Izba pozostawiła te zarzuty bez rozpoznania.

Zarzut Nr 1 odwołujący sprecyzował w ten sposób, iż zarzucił zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył w szczególności przepis art. 22 ust. 4 i 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez opisanie warunku dysponowania potencjałem technicznym w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. żądanie, aby wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował, co najmniej jedną placówką pocztową na każde rozpoczęte 6000 mieszkańców, a w konsekwencji uniemożliwienie złożenia niepodlegającej odrzuceniu oferty jakiegokolwiek wykonawcy.

Przepisy art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp, stanowią, iż „Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.”.

Zamawiający, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w opisie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, żądał aby wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował zapleczem organizacyjno-technicznym, tj. co najmniej jedną stałą placówką pocztową w każdej gminie na terytorium RP wg aktualnego na dzień 1 stycznia 2014 roku podziału administracyjnego kraju, w której można odebrać przesyłkę pocztową lub kwotę pieniężną określoną w przekazie pocztowym i która doręcza adresatom przesyłki pocztowe lub kwoty pieniężne określone w przekazach pocztowych. W przypadku gmin, które posiadają więcej niż 6000 mieszkańców - wykonawca zobowiązany jest wskazać, że dysponuje lub będzie dysponował, co najmniej jedną placówką pocztową na każde rozpoczęte 6000 mieszkańców. (...) (Rozdział IV, podrozdział I, pkt 1 ppkt 2 lit. c specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej opisany przez zamawiającego ww. warunek udziału w postępowaniu nie jest warunkiem nadmiernym, niepotrzebnym czy nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Wskazać bowiem należy, iż odwołujący w żadnej mierze nie sprostął obowiązkowi dowodowemu, który nałożony został na niego przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. W szczególności Izba wskazuje, jednocześnie odnosząc się do dokumentów złożonych na rozprawie przez odwołującego, iż dokumenty powyższe nie potwierdzają faktów, z których odwołujący wywodzi skutki prawne. Dokumenty złożone przez odwołującego potwierdzają jedynie okoliczność odmiennego ukształtowania, przez innych zamawiających, warunków udziału w postępowaniu. Z całą mocą należy podkreślić, że na pewno nie potwierdzają faktu, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający opisując

warunek udziału w postępowaniu dotyczący potencjału technicznego, ukształtował go w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ponadto argumentacja przywoływana przez odwołującego o rzekomo niekorzystnym wolumenie wartości przedmiotu zamówienia w porównaniu do innych, przytaczanych postępowań, który to wolumen nie może powodować takiego ukształtowania warunku, jak to uczynił zamawiający, uznać należało za bezzasadny. W ocenie Izby wartość zamówienia pozostaje bez wpływu na sposób opisanie warunku, gdyż decydującym, w tej mierze, jest fakt zachowania proporcjonalności do przedmiotu zamówienia. Wskazać bowiem należy, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla Jednostek Administracji Państwowej. Tym samym argumentacja może odnosić się jedynie do powyższego opisu. Okoliczność, iż odwołujący posiada określoną strukturę organizacyjną, która do tej pory nie stanowiła przedmiotu sporu, nie może obecnie negatywnie wpływać na wymogi zamawiającego, co do posiadania określonego i opisanego potencjału technicznego. Okolicznością bezsporną jest, że rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego (Dz. U. z 2013r., poz. 545) określa wymagania, w § 24 ust. 1, które odnoszą się do operatora wyznaczonego, którym bezsprzecznie jest Poczta Polska S.A.

Mając na uwadze fakt, iż odwołujący, piastuje funkcję operatora publicznego, trudno wyobrazić sobie, iż nie będzie on w stanie przygotować się do przedmiotowego postępowania w zakresie dysponowania potencjałem technicznym. Niewątpliwie bowiem odwołujący dysponuje dużą liczbą placówek pocztowych rozmieszczonych na terenie całego kraju. Ponadto za niezasadną należy uznać argumentację odwołującego, iż wskazywane wyżej rozporządzenie stanowi niejako wzorzec wymogów, jakie zamawiający musi honorować i musi stosować. Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, iż każdy zamawiający przygotowujący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musi brać pod uwagę jego indywidualne potrzeby i wymagania, tak aby przedmiot przyszłej umowy był realizowany zgodnie z założeniami, jakie zamierzał osiągnąć. Fakt, iż w innych postępowaniach, zbliżonych przedmiotowo do przedmiotowego postępowania, zamawiający formułowali odmienne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności dotyczące opisu warunków udziału w postępowaniu, nie stanowi przesłanki do uznania, że bieżący zamawiający sformułował je w sposób sprzeczny z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Reasumując stwierdzić należało, że opis warunku udziału w postępowaniu, dotyczący wymaganego potencjału technicznego, został przez zamawiającego dokonany w sposób proporcjonalny, zgodny z jego potrzebami, który nie dyskryminuje żadnego z profesjonalnych uczestników rynku zamówień publicznych w zakresie świadczenia usług pocztowych. Nadto Izba nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, że taki opis spełnienia warunku udziału

w postępowaniu dyskredytuje wszystkich wykonawców, gdyż dowodem pośrednim jest okoliczność przystąpienia do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego organizacji - Ogólnopolskiego Związku Pracodawców Niepublicznych Operatorów Poczтовых, którego pełnomocnik, na rozprawie potwierdził przyjmując stanowisko zamawiającego, że taki opis warunku nie uniemożliwia złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Jedynie na marginesie Izba podnosi, że dynamicznie zmieniająca się sytuacja na rynku świadczenia usług pocztowych, musi wymuszać określone zachowanie się podmiotów na nim występujących. Zdrowa, konkurencyjna walka podmiotów kreuje dokonywanie określonych nowych czynności, które nierzadko, w odniesieniu do konkretnego postępowania niejako zmuszają wykonawców do zmiany organizacyjnej, logistycznej czy też medialnej, w taki sposób, aby umożliwić podmiotowi pozyskanie danego zamówienia publicznego. Próba utrzymania, przez dotychczasowego operatora publicznego – odwołującego, dotychczasowych warunków świadczenia usług, jest logiczna z punktu widzenia tego wykonawcy, jednakże bezzasadna w zakresie wymogów, jakie stawia określönemu postępowaniu zamawiający.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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: