

**WYROK**

**z dnia 31 października 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Piotr Kozłowski**  
**Sylwester Kuchnio**  
**Izabela Kuciak**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 października 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 16 października 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym* (nr postępowania ZP-2310/9/2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **InPost sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża **Pocztę Polską S.A. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania

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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym* (nr postępowania ZP-2310/9/2014).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S\_123-219485 z 1 lipca 2014 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.krus.pl}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

6 października 2014 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu – Poczcie Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie {spółce zwanej również dalej w skrócie „Poczta Polska”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez InPost sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie {spółce zwanej również dalej w skrócie „InPost”}.

16 października 2014 r. {pismem z tej daty} Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie {zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu} od powyższej czynności Zamawiającego, a także od zaniechania odrzucenia oferty In Post.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli dalej nie wskazano inaczej}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty InPost, w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. Art. 387 § 1 Kodesu cywilnego {„kc”} w zw. art 14 w zw. z art. 139 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 – przez zaniechanie odrzucenia oferty InPost, w sytuacji, gdy realizacja zamówienia w oparciu o ofertę InPost jest niemożliwa.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 3 – przez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty InPost, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.
4. Art. 7 ust. 1 – przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców.

5. Art. 87 ust 1 – przez zaniechanie wezwania InPost do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej ofert {zarzut postawiony z ostrożności procesowej}.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez InPost oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania {podano według systematyki uzasadnienia odwołania}.

#### {I. Informacje ogólne}

Odwołujący podał, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 3 z 22 sierpnia 2014 r. dopuścił możliwość, aby wybrany wykonawca odbierał przesyłki od Zamawiającego i przekazywał je do nadania w placówce operatora wyznaczonego. InPost, stosownie do możliwości wskazanych przez KRUS, zgodnie z oświadczeniem zawartym na str. 1 oferty, zamierza powierzyć operatorowi wyznaczonemu wykonywanie części zamówienia, w zakresie dotyczącym wysyłki przesyłek wymagających zachowania terminu w dacie nadania, doręczanych w przypadkach przewidzianych w kpc, kpk, kpa i Ordynacji podatkowej.

Odwołujący stwierdził, że realizacja usługi na rzecz KRUS, *przy zachowaniu skutków wynikających z powyżej podanych przepisów prawa*, jest oczywiście możliwa przez Poczta Polską, która ma obowiązek świadczenia powszechnych usług pocztowych. W przypadku realizacji usługi na rzecz KRUS przez Poczta Polską byłyby one wykonywane według następujących etapów: 1) przyjęcie przesyłek (każdorazowo na dowodzie nadania przesyłek i przesyłkach znajduje się oznaczenie nadawcy tj. KRUS), 2) przemieszczenie przesyłek, 3) doręczenie przesyłek, lub 4) awizowanie przesyłki, 5) wydanie awizowanej uprzednio przesyłki w placówce Poczty Polskiej, lub 6) zwrot przesyłki do nadawcy tj. KRUS, w przypadku nieodebrania awizowanej przesyłki przez adresata, 7) pobranie opłaty za dokonanie zwrotu od Nadawcy tj. KRUS i wydanie przesyłki Nadawcy.

Odwołujący wskazał, że Poczta Polska jako operator wyznaczony świadczy powszechne usługi pocztowe tj. przyjęcie, przemieszczenie, doręczenie oraz zwrot przesyłek na podstawie: 1) ustawy Prawo pocztowe (Dz.U z 2012 r. poz.1529), 2) rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego (Dz. U 2013r., poz 545), 3) regulaminu świadczenia usług powszechnych wprowadzonym uchwałą nr 149/2014 zarządu Poczty Polskiej S.A. z dnia 18 sierpnia 2014 r.

Odwołujący zauważył, że InPost w złożonej ofercie nie zaoferował usługi pocztowej, lecz usługę pośrednictwa w świadczeniu usługi pocztowej. Natomiast przedmiotem zamówienia jest świadczenie właśnie usług pocztowych, a nie jakichkolwiek innych usług, w tym pośrednictwo w świadczeniu usług pocztowych. W rzeczywistości realizacja zamówienia na podstawie oferty InPost spowoduje, że to operator wyznaczony świadczyłby w całości usługę pocztową, InPost byłby zaś wyłącznie pośrednikiem w dostarczeniu przesyłek do placówek pocztowych operatora wyznaczonego.

*{II. Zaniechanie odrzucenia oferty InPost na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp}*

*{II.1 Zwroty przesyłek}*

Odwołujący zarzucił, że oferta InPost nie zapewnia realizacji obowiązku zwrotu przesyłek do Zamawiającego w przypadku ich niedostarczenia do adresata, gdyż oferta ta nie uwzględnia opłaty za tego typu usługę. Zamawiający będzie zmuszony do ponoszenia dodatkowego wynagrodzenia, nieprzewidzianego w ofercie InPost, w związku ze zwrotem przesyłek nadawanych za pośrednictwem operatora wyznaczonego. Wobec tego oferta InPost nie zawiera wszystkich kosztów realizacji zamówienia i przez to jest nieporównywalna z innymi ofertami, a przede wszystkim jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Odwołujący opisał, że na podstawie obowiązujących przepisów prawa w ramach świadczenia usługi pocztowej mogą wystąpić dwa momenty, w których następuje konieczność dokonania opłaty przez nadawcę w związku z nadaniem przesyłki pocztowej, za zrealizowane usługi.

Pierwszy: uiszczenie opłaty za nadanie przesyłki – element obligatoryjny. Poczta Polska może dokonać przyjęcia przesyłek nadawcy tj. KRUS, nawet w sytuacji braku podpisania pisemnej umowy, wówczas opłata pocztowa uiszczana jest w formie znaczka pocztowego. W takim przypadku przy nadawaniu przesyłek nie jest istotne kto dostarcza do placówki Poczty Polskiej przesyłki celem ich nadania, może taką czynność wykonać również InPost. Nie jest także istotne, kto zakupił znaczki pocztowe, które są umieszczone na przesyłkach.

Drugi: uiszczenie opłaty za zwrot przesyłki do nadawcy (po wyczerpaniu możliwości jej doręczenia adresatowi) – element występujący w przypadkach odmowy przyjęcia przesyłki przez adresata bądź nieodebrania przesyłki po awizacji w określonym przepisami czasie. Stawka opłaty za zwrot przesyłki rejestrowanej po wyczerpaniu możliwości doręczenia lub wydania odbiorcy, której nadanie zostało opłacone w powyżej wskazany sposób tj. znaczkiem pocztowym, pobierana byłaby na podstawie oraz zgodnie z cennikiem usług powszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym od nadawcy tj. KRUS (dane nadawcy widnieją na przesyłce, gdyż jest to wymóg niezbędny do przyjęcia przesyłki rejestrowanej do obrotu pocztowego, a Poczta Polska jest zobowiązana dokonać zwrotu na

adres nadawcy). Wysokość stawki za zwrot określona jest w cenniku Poczty Polskiej w następujący sposób: pobierana jest opłata jak za daną przesyłkę rejestrowaną nadaną jako przesyłka ekonomiczna, dodatkowo zwrotowi podlega opłata za potwierdzenie odbioru wniesiona przy nadaniu. Opłata zostanie pobrana w formie gotówki, przed wydaniem przesyłki przez listonosza.

Odwołujący podał, że podstawę prawną żądania zapłaty za zwrot przesyłek stanowi art. 32 Prawa pocztowego, zgodnie z którym: *Przesyłkę pocztową, której nie można doręczyć adresatowi, operator pocztowy, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, zwraca nadawcy. Za czynności związane ze zwrotem przesyłki operator ten może żądać uiszczenia opłaty w wysokości określonej w cenniku usług pocztowych albo w cenniku usług powszechnych albo w umowie.*

Odwołujący opisał, że schemat ustalania opłaty dla przypadku zwrotu przesyłki nadanej z potwierdzeniem odbioru o wadze do 50 g wygląda następująco. Nadanie: 6,10 zł (4,20 zł opłata za nadanie + 1,90 opłata za usługę potwierdzenie odbioru) Zwrot: 4,20 zł (opłata za zwrot) -1,90 zł (opłata za zwrot niewykonanej usługi) = 2,30 zł (kwota do pobrania od nadawcy).

Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę obowiązujący stan prawny, w przedmiotowym stanie faktycznym nadawcą przesyłek wskazanym na dokumencie nadawczym, nadanych za pośrednictwem operatora wyznaczonego, zgodnie z wymaganiami SIWZ będzie (bo i musi być) tylko i wyłącznie Zamawiający – Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego. W takiej sytuacji zwrot przesyłki następować będzie zgodnie ze wskazanymi powyżej aktami na adres nadawcy – Zamawiającego. Natomiast rola operatora wybranego do realizacji usług pocztowych w postępowaniu tj. InPost sprowadzać się będzie jedynie do roli posłańca, wykonującego czynność faktyczną odbioru przesyłek od KRUS i przewiezienia ich do urzędu pocztowego Poczty Polskiej celem ich nadania. Natomiast InPost w ogóle nie będzie uczestniczył w odbieraniu przesyłek. Tym samym to od nadawcy, a więc KRUS pobierana będzie przez Poczta Polską opłata za zwrot przesyłki w formie gotówki.

Według Odwołującego mając na uwadze powyższe, oferta InPost nie spełnia wymagań określonych w SIWZ i udzielonych przez Zamawiającego odpowiedziach, gdyż Zamawiający wyjaśnił, że jego intencją jest pokrywanie kosztów opłaty pocztowej w wysokości wynikającej z umowy zawartej z wykonawcą, natomiast po stronie wykonawcy pozostaną ewentualne dodatkowe koszty, jakie poniesie w związku ze świadczeniem usługi zgodnie z ustawą Prawo pocztowe.

Odwołujący dodał, że w zakresie dokonywania opłaty za zwrot przesyłki do nadawcy, tj. KRUS nie zostaną spełnione wymagania postawione przez Zamawiającego, gdyż opłata

za zwrot, którą wskazał w swojej ofercie InPost wynosi 0,01 zł, a KRUS każdorazowo, w momencie doręczania zwrotu przez Poczta Polska, będzie musiał uiścić w formie gotówki opłatę w kwocie wynikającej z cennika operatora wyznaczonego. W takim przypadku, Zamawiający poniesie wyższe koszty niż te wynikające z umowy z InPost, a KRUS takiej możliwości nie dopuścił w SIWZ. Jednocześnie InPost nie będzie w takim przypadku wykonywał usługi pocztowej (wymagającej nadania u operatora pocztowego), ale ewentualnie usługę przewozową, nieobjętą SIWZ.

Wymaganiem Zamawiającego było, aby wynagrodzenie wykonawcy obejmowało całość kosztów związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia. Zdaniem Odwołującego przy realizacji zamówienia w oparciu o ofertę InPost jest to niemożliwe, ponieważ Zamawiający będzie zmuszony do poniesienia dodatkowych opłat na rzecz operatora wyznaczonego. InPost w żaden sposób nie zastrzegł, że będzie koszty te ponosił, a kwoty, które wskazał w jego ofercie są zdecydowanie niższe niż te, które będzie zobowiązany ponieść na rzecz operatora wyznaczonego KRUS. Ponadto rozliczenie dodatkowego wynagrodzenia za zwroty przesyłek, płatnego przez Zamawiającego i tak nie będzie możliwe ze względów księgowych.

*{II.2 Niedochowanie innych wymagań}*

Odwołujący zarzucił, że InPost nie jest w stanie spełnić świadczenia, o którym mowa w § 2 ust. 7 istotnych postanowień umowy {„IPU”}: *W przypadku nieobecności adresata, przedstawiciel Wykonawcy pozostawia zawiadomienie (pierwsze awizo) o próbie dostarczenia Przesyłki ze wskazaniem miejsca i terminu jej odbioru w wytypowanej placówce oddawczej Wykonawcy. W przypadku nie zgłoszenia się adresata lub innych osób uprawnionych do odbioru Przesyłki, placówka oddawcza Wykonawcy, w której są one przechowywane, przekazuje, najpóźniej w siódmym dniu licząc od dnia następnego po pozostawieniu pierwszego zawiadomienia, powtórne zawiadomienie o możliwości jej odbioru. Po upływie 14 dni Przesyłka zwracana jest Zamawiającemu wraz z podaniem przyczyny nie odebrania przez adresata. W przypadku nadawania przesyłek przez posłańca w imieniu i na rzecz Zamawiającego u operatora wyznaczonego, odbiór awizowanych przesyłek byłby możliwy wyłącznie u operatora wyznaczonego, a nie w placówkach Wykonawcy. Ponadto, Zamawiający wymaga, aby przesyłki awizowane były przechowywane w placówce oddawczej Wykonawcy, a nie innych podmiotów. Wobec tego dla Odwołującego oczywistym jest, że wykonawca świadczący usługę pośrednictwa nie byłby w stanie spełnić wymagań postawionych przez Zamawiającego.*

Odwołujący zarzucił, że InPost nie jest w stanie spełnić świadczenia, o którym mowa w § 2 ust. 6 IPU. Zamawiający wskazał, że *Wykonawca będzie przekazywał Zamawiającemu pokwitowane przez adresata „potwierdzenie odbioru” niezwłocznie po dokonaniu doręczenia*

*Przesyłki, nie później jednak niż w ciągu 7 dni roboczych od dnia doręczenia. W sytuacji nadawania przesyłek poleconych z potwierdzeniem odbioru za pośrednictwem operatora wyznaczonego Wykonawca nie byłby w stanie spełnić wymagań postawionych przez Zamawiającego, gdyż nie ma wpływu na termin zwrotu potwierdzenia odbioru, ani też faktycznie tego potwierdzenia odbioru nie doręczy, chociaż takie wymaganie w SIWZ się znajduje.*

Odwołujący wskazał, że Prawo pocztowe przewiduje odpowiedzialność operatora pocztowego za świadczoną przez niego usługę pocztową. Poczta Polska jako operator wyznaczony ponosi odpowiedzialność za świadczone przez siebie usługi pocztowe. Zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 3 IPU, w przypadku utraty, ubytku, uszkodzenia przesyłki bądź niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy, wykonawca ma zapłacić Zamawiającemu należne odszkodowanie, zgodnie z przepisami rozdziału 8 ustawy Prawo Pocztove. Odwołujący podniósł że odszkodowanie takie nie będzie jednak należne, bo InPost nie realizowałby usługi pocztowej i przepisy te nie znalazłyby w ogóle zastosowania.

*{III. Zaniechanie odrzucenia oferty InPost na podstawie art 89 ust. 1 pkt 3 pzp}*

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty InPost na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp. W myśl art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Według Odwołującego opisane postępowanie InPost niewątpliwie jest czynem nieuczciwej konkurencji, ponieważ jest sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz narusza interesy innych wykonawców, jak i samego Zamawiającego.

Analiza stanu faktycznego w niniejszym postępowaniu pozwoliła Odwołującemu stwierdzić, że działanie InPost stanowiło naruszenie przepisów prawa, a także dobrych obyczajów, gdyż jest nakierowane na uzyskanie zamówienia pomimo niespełniania wymagań Zamawiającego. Działanie InPost zmierza do wykazania spełniania wymagań Zamawiającego wbrew stanowi rzeczywistości, w związku z czym sposób, w jaki InPost chce to uczynić, stanowi naruszenie wskazanych powyżej przepisów prawa, jak i dobrych obyczajów.

Odwołujący wskazał, że interpretacji pojęcia „dobre obyczaje”, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dokonał Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 28 czerwca 2007 (sygn. akt V ACa 371/07): *Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić*



*wiążaco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafalszowane współzawodnictwo*

Wobec tego można stwierdzić, że dobre obyczaje, stanowiące uzupełnienie porządku prawnego, nie będąc normami prawnymi są natomiast wzorcami postępowania – podobnie jak zasady współżycia, czy ustalone zwyczaje, i powinny być przestrzegane przez podmioty gospodarcze prowadzące działalność rynkową. {tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11} *Co istotne, ustalenia, że działania producenta wypełniają znamiona deliktu opisanego w art. 3 ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie trzeba wykazywać naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta, wystarczy ustalenie, że taka działalność owemu interesowi zagraża.* {wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 5 października 2006 r. , sygn. akt I ACa 1103/06).

*{IV. Podsumowanie}*

Zdaniem Odwołującego Zamawiający zaniechał na etapie badania i oceny ofert respektowania wymagań, które sam określił w SIWZ. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie ma prawa oceniać ofert w oderwaniu od zasad określonych w SIWZ czy w oparciu o założenia niezapisane w SIWZ. Wobec tego określone w SIWZ wymagania Zamawiającego powinny determinować badanie i ocenę ofert złożonych w postępowaniu. Odwołujący dodał, że udostępnienie SIWZ jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy. Zamawiający nie może tych warunków zmienić ani od nich odstąpić. {wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 października 2012 r., sygn. akt KIO 2007/12}

*Biorąc pod uwagę powyższe, takie działanie Zamawiającego narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, stanowiąc tym samym rażąco obrazę art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.*

29 października 2014 r. Zamawiający przesłał odpowiedź na odwołanie {pismo z 28 października 2014 r.}, w której wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

{odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp}

Zamawiający ocenił, że zgodnie z twierdzeniami Odwołującego wykonawca InPost nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ z uwagi na fakt,

że przedmiot postępowania stanowią usługi pocztowe w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe, podczas gdy z oferty InPost wynika świadczenie usługi pośrednictwa w świadczeniu takich usług (tj. usług pocztowych). Stanowisko takie oparte zostało na fakcie, że Zamawiający dopuszcza możliwość, aby w odniesieniu do przesyłek pocztowych, co do których zajdzie na etapie realizacji umowy potrzeba nadania w placówce operatora wyznaczonego w celu zachowania terminów na gruncie postępowania sądowego lub administracyjnego, wykonawca nadawał je u operatora wyznaczonego w imieniu Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego nie sposób pominąć w tym kontekście faktu, że w tym wąskim zakresie świadczenie przez operatorów innych niż operator wyznaczony usług pocztowych, z uwagi na brzmienie powszechnie obowiązujących przepisów prawa, wymaga współpracy operatora wybranego przez Zamawiającego i operatora wyznaczonego.

W ocenie Zamawiającego teza, że wyłącznie operator wyznaczony może realizować usługi pocztowe, a tym samym być jedynym wykonawcą na rynku właściwym usług pocztowych, byłoby nie do pogodzenia z założeniem racjonalności ustawodawcy, który dopuścił do świadczenia tychże usług również inne podmioty niż Poczta Polska. Z kolei odmienne ukształtowanie postanowień SIWZ, niż uwzględniające konieczność posłużenia się przez operatorów pocztowych operatorem wyznaczonym przy wykonywaniu określonego wycinka usług, byłoby wprost sprzeczne z przepisami Prawa pocztowego. Tym samym według Zamawiającego uznać należy, że stan rzeczy kwestionowany przez Odwołującego, czyli pośredniczenie przez operatora pocztowego w realizacji usług zastrzeżonych dla operatora wyznaczonego, wynika z powszechnie obowiązujących przepisów prawa i jest dozwolony (a wręcz wymagany) na gruncie przepisów Prawa pocztowego. Przy czym nie ujmując to usługom świadczonym przez operatora pocztowego charakteru usługi regulowanej przez Prawo pocztowe.

Odnosząc się szczegółowo do twierdzeń Odwołującego w tym zakresie, w pierwszej kolejności Zamawiający wyraził opinię, że Odwołujący zawężająco i tendencyjnie interpretuje przedmiot zamówienia, ograniczając jego zakres do nazwy postępowania – jako świadczenie usług pocztowych zgodnie z ich definicją legalną wynikającą z ustawy Prawo pocztowe. Natomiast przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych zgodnie z ustawą Prawo pocztowe, co należy oceniać w świetle całokształtu postanowień SIWZ, w szczególności przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia. Świadczenie wykonawcy, co według Zamawiającego jest oczywiste i niekwestionowane, obejmuje również szereg czynności faktycznych zmierzających do wykonania zamówienia zgodnie z jego wymaganiami lub zagwarantowania, aby taka usługa została wykonana w sposób nienaruszający przepisów ustawy Prawo pocztowe.

Zamawiający wywiódł, że sama realizacja usługi pocztowej przez operatora

publicznego w zakresie, w jakim z przepisów regulujących poszczególne postępowania sądowe oraz administracyjne wynika okoliczność, że zachowanie terminów gwarantuje nadanie przesyłki w placówce operatora wyznaczonego, a jednocześnie istnieje ustawowy obowiązek przyjęcia i realizacji takiej usługi przez operatora wyznaczonego – nie jest przedmiotem tego postępowania *sensu stricte*. Tym samym zdaniem Zamawiającego uogólnienie poczynione przez Odwołującego co do przedmiotu zamówienia nie znajduje odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania i uczynione zostało wyłącznie na potrzeby prezentowanych twierdzeń, które oderwane są od stanu faktycznego i prawnego niniejszej sprawy.

Zamawiający podniósł, że w pkt 10 formularza ofertowego InPost wskazał, że wysyłki przesyłek w przypadkach przewidzianych prawem, w szczególności, aby Zamawiający mógł dochować terminów przewidzianych przepisami prawa, będzie dokonywał za pośrednictwem operatora wyznaczonego. Zamawiający stwierdził, że żaden przepis prawa nie wymusza na wykonawcy świadczenia osobistego w sytuacji, kiedy nie jest to podyktowane specyfiką przedmiotu zamówienia, sam tego również nie żądał, a InPost wskazał w jakim zakresie część zamówienia powierzy innemu podmiotowi.

W ocenie Zamawiającego taki sposób świadczenia nie narusza przepisów prawa, gdyż operator wyznaczony nie może odmówić przyjęcia do wykonania usługi powszechnej, a jednocześnie taki sposób świadczenia wpisuje się w rzeczywiste potrzeby Zamawiającego określone w SIWZ, a wyjaśnione wyczerpująco w toku postępowania.

Zamawiający wskazał, że mając na względzie konkurencyjność na rynku usług pocztowych, w poszanowaniu dla zasady uczciwej konkurencji, tak sformułował opis przedmiotu zamówienia, aby każdy operator pocztowy mógł wykonać zamówienie, a nie tylko operator wyznaczony w rozumieniu przepisów ustawy Prawo pocztowe, czyli Odwołujący.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący bezpodstawnie dokonuje uogólnienia, jakoby oferta złożona przez InPost, jak również postanowienia SIWZ wskazywały, że każdą przesyłkę InPost będzie nadawał w placówce operatora wyznaczonego, sam uchylając się od świadczenia usług pocztowych. Zamawiający powtórzył, że taką możliwość przewidział tylko i wyłącznie w odniesieniu do przesyłek, których nadanie stanowi gwarancję zachowania terminów sądowych lub administracyjnych, które to przesyłki stanowią *nota bene* marginalny pod względem ilościowym zakres świadczenia wykonawcy.

Zamawiający oświadczył, że w celu umożliwienia ubiegania się o udzielenie zamówienia nie tylko operatorowi wyznaczonemu, posłużył się w postępowaniu istotnymi warunkami umowy, a nie wzorem umowy, przewidując potrzebę i konieczność doprecyzowania kwestii newralgicznych z wykonawcą wyłonionym w toku postępowania, jeżeli nie będzie nim Poczta Polska, dotychczasowy wykonawca przedmiotowych usług.

Zamawiający dodał, że miał i ma świadomość, że to właśnie doręczanie przesyłek w postępowaniu sądowym i administracyjnym, z którymi wiąże się kwestia gwarancji zachowania terminów procesowych, będzie wymagała doprecyzowania w umowie z wykonawcą. Przy czym miał również pełną świadomość, że jedynie złożenie pisma w placówce Poczty Polskiej stanowi gwarancję zachowania terminów sądowych i administracyjnych, a każdy inny wykonawca będzie musiał w tym zakresie zapewnić realizację przedmiotu umowy z uwzględnieniem operatora wyznaczonego. Zdaniem Zamawiającego takie rozwiązanie zdaje się wpisywać w *ratio legis* przyjętej przez ustawodawcę konstrukcji przepisów Prawa pocztowego.

Zamawiający podniósł, że SIWZ, poprzez zawarte w niej istotne postanowienia umowy, kształtuje zasady obowiązujące *inter partes*, czyli obejmuje jedynie relację pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą. Natomiast nie jest właściwym miejscem dla określenia warunków na jakich operator wyznaczony będzie świadczył powszechną usługę pocztową w ramach nałożonego na niego ustawowego obowiązku, gdyż w sposób wyczerpujący regulują to powszechnie obowiązujące przepisy prawa. W relacji z wykonawcą, jeżeli nie byłby nim operator wyznaczony, Zamawiający oświadczył, że w relacji z wykonawcą, który nie jest operatorem wyznaczonym zainteresowany jest, w odniesieniu do przesyłek sądowych i administracyjnych wysyłanych dla zachowania terminów w postępowaniach sądowych i administracyjnych, określeniem obowiązków wykonawcy, które ograniczać się będzie, przede wszystkim, do złożenia pisma w imieniu Zamawiającego w placówce operatora wyznaczonego, pokrycia wszelkich związanych z tym kosztów, jak również przyjęcia na siebie odpowiedzialności z tytułu wadliwego świadczenia.

W opinii Zamawiającego, mając powyższe na względzie, spójnie i konsekwentnie wyjaśnił treść SIWZ, wskazując w zakresie takich przesyłek pocztowych (np. przesyłek pocztowych zawierających pisma procesowe, dla których wniesienia wyznaczony jest termin, nadawanych w ostatnim dniu terminów procesowych), że: *odbierane będą od Zamawiającego przez Wykonawcę. Jeśli wykonawca nie będzie operatorem wyznaczonym to będzie takie przesyłki pocztowe nadawał w placówce operatora wyznaczonego i imieniu Zamawiającego ale na koszt Wykonawcy. Na kopertach przesyłek pocztowych znajdować się będą znaki opłaty operatora wyznaczonego, a nie Wykonawcy, któremu Zamawiający udzielił zamówienia. Na dowodzie nadania wystawianym przez operatora wyznaczonego widnieć będą dane Zamawiającego jako nadawcy przesyłki, dowód ten będzie przekazywany Zamawiającemu. Wykonawca będzie podmiotem dokonującym czynności nadania przesyłki u operatora wyznaczonego, ale czynić to będzie w imieniu i na rzecz Zamawiającego. Nadawanie przedmiotowych przesyłek pocztowych w wyżej wymieniony sposób odbywać się będzie na koszt Wykonawcy, a wynagrodzenie będzie*

*rozliczane na podstawie potwierdzeń przekazania przesyłek do nadania wystawianych przez Wykonawcę po otrzymaniu przedmiotowych przesyłek od Zamawiającego.*

W opinii Zamawiającego zarzuty Odwołującego należy rozpatrywać na dwóch płaszczyznach, po pierwsze – możliwości świadczenia takiej usługi przez InPost co do zasady, zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, po drugie – zgodności z postanowieniami SIWZ.

Zamawiający podniósł, że w tym drugim aspekcie zarzuty Odwołującego odnoszą się do przedmiotu zamówienia w bardzo wąskim zakresie, czyli do przesyłek, które dla zachowania terminów procesowych muszą być nadane w placówce operatora wyznaczonego, a dodatkowo nie zostaną odebrane przez adresata i będą podlegały zwrotowi do nadawcy. Ponieważ w praktyce adresatem takich przesyłek, co do zasady, są sądy i urzędy, według Zamawiającego nie sposób sobie wyobrazić, nie zostały one odebrane i podlegały zwrotowi. W opinii Zamawiającego można taką sytuację rozważać czysto teoretycznie, jednak nawet w razie jej zaistnienia wybrany wykonawca jest w stanie świadczyć usługę zgodnie z postanowieniami SIWZ oraz przepisami prawa.

Natomiast w odniesieniu do wszystkich innych rodzajów przesyłek, oczywiste jest dla Zamawiającego, że jako operator pocztowy w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe InPost może usługi pocztowe świadczyć. Odwołujący uprawnień InPost do świadczenia usług pocztowych nie podważał, a nie ulega wątpliwości, że InPost jest operatorem pocztowym w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe, co legitymuje go do świadczenia usług pocztowych przez nią regulowanych.

Zamawiający wywiódł, że InPost może zatem świadczyć usługę w sposób opisany w § 2 ust. 9 IPU: *w przypadku przesyłek rejestrowanych oraz przesyłek nierejestrowanych, których kształt lub wymiar nie pozwalają na jej umieszczenie w oddawczej skrzynce pocztowej, w przypadku nieobecności adresata, przedstawiciel Wykonawcy pozostawia zawiadomienie (pierwsze awizo) o próbie dostarczenia Przesyłki ze wskazaniem miejsca i terminu jej odbioru w wytypowanej placówce oddawczej Wykonawcy. W przypadku nie zgłoszenia się adresata lub innych osób uprawnionych do odbioru Przesyłki, placówka oddawcza Wykonawcy, w której są one przechowywane, przekazuje, najpóźniej w siódmym dniu licząc od dnia następnego po pozostawieniu pierwszego zawiadomienia, powtórne zawiadomienie o możliwości jej odbioru. Po upływie 14 dni Przesyłka zwracana jest Zamawiającemu wraz z podaniem przyczyny nie odebrania przez adresata.* Zamawiający dodał, że taki sposób realizacji usługi pocztowej w żadnym zakresie nie uchybia przepisom prawa i nie dyskwalifikuje InPost jako wykonawcy przedmiotowego zamówienia.

Nie budzi wątpliwości Zamawiającego również okoliczność, że na gruncie przepisów ustawy Prawo pocztowe operatorem wyznaczonym jest Odwołujący, co bezpośrednio

skutkuje obowiązkiem przyjęcia do realizacji usługi powszechnej, niezależnie od tego kto przesyłkę w placówce składa. W każdej sytuacji, kiedy na płaszczyźnie prawa procesowego oraz postępowania przed urzędami za równoznaczne ze złożeniem pisma w sądzie lub odpowiednio w urzędzie uważa się złożenie przesyłki w placówce operatora wyznaczonego, operator wyznaczony musi taką usługę świadczyć zgodnie z prawem pocztowym oraz aktami wykonawczymi wydanymi na jej podstawie, w szczególności rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 roku w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego (Dz.U. z 2013 r., poz. 545).

W opinii Zamawiającego argumentacja Odwołującego co do niezgodności oferty InPost z postanowieniami SIWZ zasadza się na uogólnieniu, że jak Zamawiający będzie miał potrzebę uzyskania zwrotnego potwierdzenia odbioru przesyłki, będzie to niemożliwe w kontekście wymagania Zamawiającego, aby nie ponosił on kosztów ponad koszty wynikające z oferty złożonej przez wykonawcę. Zdaniem Zamawiającego możliwe jest jednak świadczenie usług pocztowych przez InPost w sposób, jaki został dopuszczony w SIWZ, przy jednoczesnym poszanowaniu dla norm prawa powszechnie obowiązującego, do czego, zgodnie z treścią SIWZ, zobowiązuje się w swojej ofercie InPost.

Zamawiający wskazał, że według Odwołującego oferta InPost nie spełnia wymagań SIWZ, gdyż przesyłki nieodebrane przez adresata i podlegające zwrotowi do Zamawiającego będą determinowały obowiązek pokrycia opłaty wynikającej z art. 32 Prawa pocztowego. Zamawiający przytoczył brzmienie tego przepisu: *Przesyłkę pocztową, której nie można doręczyć adresatowi, operator pocztowy, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, zwraca nadawcy. Za czynności związane ze zwrotem przesyłki operator ten może żądać uiszczenia opłaty w wysokości określonej w cenniku usług pocztowych albo w cenniku usług powszechnych albo w umowie.*

Zamawiający wskazał, że w SIWZ wymagał, aby realizacja zamówienia nie generowała u niego kosztów wyższych niż wynikające z oferty.

Zamawiający podniósł, że w zakresie, w jakim na podstawie zawartej umowy InPost będzie świadczył usługę pocztową osobiście, rozliczenie zwrotu nastąpi zgodnie z jego ofertą.

Zamawiający ponownie ocenił, że cała argumentacja Odwołującego odnosi się jedynie do sytuacji, kiedy swoje świadczenie Wykonawca będzie realizował wykorzystując działanie operatora wyznaczonego. Zamawiający potwierdził, że w takiej sytuacji zwrotu przesyłki dokona do Zamawiającego operator wyznaczony, który będzie też uprawniony w świetle art. 32 Prawa pocztowego do żądania od Zamawiającego opłaty tytułem zwrotu nedoręczonej przesyłki. Zamawiający oświadczył, że w tym zakresie nie polemizuje z przywołaną normą. Powyższe jednak nie wyklucza jego zdaniem tego, że ostatecznie

InPost poniesie koszty związane z naliczeniem i uiszczeniem tej opłaty.

Zamawiający stwierdził, że przedmiotowe kwestie będą wymagały uzgodnień co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający oświadczył, że aktualnie pomiędzy nim a InPost trwają rozmowy w przedmiocie doprecyzowania postanowień umowy. Przy czym obie strony są zgodne co do tego, że w momencie ewentualnego (aczkolwiek mało prawdopodobnego) zwrotu przesyłki niedoręczonej przez operatora wyznaczonego, Zamawiający uiszczy należną opłatę, obciążając następnie odpowiednią kwotą Wykonawcę. Kwota obciążenia zostanie pomniejszona o kwotę 0,01 zł, która to kwota wynika w tym zakresie z oferty InPost.

Zamawiający oświadczył, że dodatkowo, na mocy postanowień umownych wypracowanych w toku uzgodnień, InPost godzi się na przyjęcie odpowiedzialności za realizację usług, które świadczone będą przez operatora wyznaczonego na zasadach określonych w rozdziale 8 Prawa pocztowego. Tym samym InPost godzi się na ponoszenie odpowiedzialności nie tylko w zakresie ewentualnego nadania przesyłek, o których mowa w pkt 10 formularza oferty u operatora wyznaczonego, ale również za prawidłowe wykonanie przez niego usługi.

W ocenie Zamawiającego oferta InPost spełnia wymagania określone postanowieniami SIWZ, a szczegóły świadczenia w tym zakresie są aktualnie wypracowywane z Wykonawcą i nie stanowią w żadnym zakresie kwestii spornych.

{odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp}

Według Zamawiającego zarzut ten został błędnie, zważywszy na normę zawartą w art. 180 ust. 3 pzp, sformułowany, gdyż nie wskazuje naruszenia przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w treści uzasadnienia odwołania można odnaleźć jedynie lakoniczne odniesienia do czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 uznk. Ponieważ Odwołujący nie zarzuca naruszenia któregośkolwiek ze stypizowanych naruszeń zawartych w uznk, a jedynie odnosi się do uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji, jego szczegółowe opisanie i przytoczenie wszelkich okoliczności faktycznych, mających decydować o jego popełnieniu, jest zdaniem Zamawiającego warunkiem *sine qua non* dla możliwości oceny tak prezentowanego zachowania.

W opinii Zamawiającego nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, który z samego rzekomego niespełniania przez Wykonawcę InPost wymagań Zamawiającego wywodzi popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji. Normami regulującymi niespełnianie warunków czy też wymagań postawionych przez Zamawiającego są przepisy odnoszące się do wykluczenia wykonawcy czy też odrzucenia jego oferty, które nie mogą samoistnie przesądzać o jednoczesnym popełnieniu przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Zamawiającego przyjęcie takiego toku rozumowania doprowadziłoby

do absurdalnej sytuacji, w której każdy z wykonawców, którzy nie spełnili warunków udziału w postępowaniu, bądź też zaoferowali przedmiot świadczenia niezgodny z treścią SIWZ, musiałby zostać oceniany również pod kątem popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przez sam fakt złożenia oferty w danym postępowaniu. Wówczas każdy z wykonawców, niezależnie do dołożenia należytej i wymaganej od niego staranności, składając ofertę ryzykowałby odmienną – niż dokonana przez niego samego przy podejmowaniu decyzji o ubieganiu się o zamówienie – ocenę spełniania warunków i wymagań, której skutkiem byłoby stwierdzenie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Abstrahując od powyższego Zamawiający wskazał, że w zakresie wykazania i udowodnienia czynu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący nie podjął nawet próby przedstawienia okoliczności, które wpisywałyby się w hipotezę normy wyrażonej w art. 3 ust. 1 uznk, nie wspominając już o przedstawieniu dowodów na poparcie takich twierdzeń,

W tym stanie rzeczy Zamawiający wniósł o pozostawienie tego zarzutu bez rozpoznania przedmiotowego zarzutu, względnie o jego oddalenie, jako bezzasadnego.

Pismem z 6 października 2014 r. Zamawiający poinformował, że 1 października 2014 r. przesłał drogą elektroniczną oraz wysłał pocztą kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

3 października 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło – w formie pisemnej {pismo z tej daty} – zgłoszenie przez JT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Izba nie miała podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego, gdyż zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp jest możliwe wyłącznie w przypadku uwzględnienia przez



zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie Przystępującego z 29 października 2014 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, przeprowadzając dowody z tej dokumentacji w następującym zakresie niezbędnym do rozpoznania zarzutów odwołania: ogłoszenie o zamówieniu, s.i.w.z., oferta Przystępującego, zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania.

Izba oddaliła zgłoszony przez Odwołującego wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu z *Memorandum* dotyczącego *oceny prawidłowości dokumentowania na gruncie przepisów o podatku VAT usług, które będą świadczone przez InPost sp. z o.o. na rzecz KRUS w wyniku przeprowadzonego przetargu*, datowanego na 21 października 2014 r., sporządzonego na zlecenie Odwołującego przez MDDP M. D. D. i Partnerzy spółkę doradztwa podatkowego – na okoliczność, że rozliczenie pomiędzy Zamawiającym a InPost metodą refakturowania bądź zwrotu kosztów jest niemożliwe ze względów księgowych. Po pierwsze – Odwołujący sam sprecyzował, że wniosek ma charakter warunkowy, na wypadek, gdyby Zamawiający i Przystępujący odstąpili od stanowiska, że będą rozliczać się metodą potrącenia, co nie nastąpiło do zamknięcia rozprawy, a zatem warunek się nie ziścił. Po drugie – Izba stwierdziła, że ww. pismo stanowi stanowisko Odwołującego co do szczególnego zagadnienia w nim poruszanego i może być wzięte pod uwagę tylko w takim charakterze.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia składa się z następujących rozdziałów:

- rozdział I – *Instrukcja dla Wykonawców* {„IDW”},
- rozdział II – *Istotne postanowienia Umowy* {„IPU”},
- rozdział III – *Formularz oferty i Załączniki do SIWZ*.

Instrukcja dla wykonawców zawiera m.in. następujące postanowienia:

– w pkt II. *Opis przedmiotu zamówienia*:

1. *Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych, paczek i przesyłek kurierskich (zwanymi dalej Przesyłkami) w obrocie krajowym i zagranicznym oraz ewentualnych ich zwrotów przez Wykonawcę na rzecz 273 jednostek terenowych Zamawiającego (Centrala, 16 Oddziałów Regionalnych i 256 Placówek Terenowych) rozlokowanych na terenie całego kraju zgodnie z załącznikiem nr 2 do wzoru umowy, zgodnie z przepisami ustawy Prawo Pocztowe z dnia 23 listopada 2012 r. (Dz. U. z 29 grudnia 2012 r. poz. 1529) oraz międzynarodowymi przepisami pocztowymi.*

2. *Wykaz ilości Przesyłek stanowi załącznik nr 1 – Formularz Cenowy. Nadawane ilości poszczególnych Przesyłek mogą różnić się w stosunku do ilości wskazanych w Formularzu Cenowym z zastrzeżeniem, że kwota za realizację całości przedmiotu zamówienia nie przekroczy łącznej ceny brutto. Ceny jednostkowe w Formularzu Cenowym powinny zawierać wszystkie opłaty Wykonawcy.*

3. *Przesyłki nadawane przez Zamawiającego dostarczane będą przez Wykonawcę do każdego miejsca w kraju i zagranicą.*

4. *Zamawiający będzie dokonywał nadania/odbioru Przesyłek we wskazanej przez Wykonawcę placówce. Zamawiający wymaga, aby placówki Wykonawcy zlokalizowane były w odległości nie większej niż 5 km. od siedzib poszczególnych jednostek terenowych Zamawiającego. W przypadku braku wskazania przez Wykonawcę placówki odbioru/nadania przesyłek, Zamawiający dopuszcza możliwość dokonania odbioru/ nadawania przez Wykonawcę przesyłek w siedzibach poszczególnych jednostek terenowych Zamawiającego, na koszt Wykonawcy.*

{drugie zdanie zostało dodane na mocy zmiany s.i.w.z. z 24 lipca 2014 r., która została wprowadzona na skutek uznania przez Zamawiającego zarzutu odwołania InPost z 11 lipca 2014 r.}

5. *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w Rozdziale II SIWZ – Istotne Postanowienia Umowy.*

(...)

– w pkt XI. *Opis sposobu obliczenia ceny*:

1. *Wykonawca określi cenę oferty w Formularzu Oferty – Rozdział III SIWZ oraz ceny jednostkowe w Formularzu Cenowym.*

2. Cena/y musi być podana w złotych polskich (PLN) oraz wyrażona liczbowo i słownie, w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku (zgodnie z powszechnie przyjętym systemem rachunkowości).

3. Cena określona przez Wykonawcę powinna zawierać w sobie wszystkie koszty mogące powstać w okresie ważności umowy, a także uwzględniać inne opłaty i podatki wynikające z realizacji umowy.

4. Stawka podatku VAT jest określona zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U.2011r., Nr 177, poz. 1054 z późn. zm.).

5. Cena podana w ofercie jest ostateczna i nie może ulec zwiększeniu w trakcie realizacji umowy.

Istotne postanowienia umowy zawierają m.in. następujące uregulowania:

#### § 1

1. Przedmiotem umowy jest świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych, paczek i przesyłek kurierskich w obrocie krajowym i zagranicznym oraz ewentualnych ich zwrotów na rzecz 273 jednostek terenowych Zamawiającego (Centrala, 16 Oddziałów Regionalnych i 256 Placówek Terenowych) rozlokowanych na terenie całego kraju wg załącznika nr 2. Usługi obejmują w szczególności odbiór, przemieszczanie i doręczanie:

- a) przesyłek listowych krajowych nierejestrowanych,
- b) przesyłek listowych krajowych nierejestrowanych „priorytetowych-ekspresowych”,
- c) przesyłek listowych krajowych rejestrowanych,
- d) przesyłek listowych krajowych rejestrowanych „priorytetowych-ekspresowych”,
- e) przesyłek listowych krajowych rejestrowanych z potwierdzeniem odbioru (ZPO),
- f) przesyłek listowych krajowych rejestrowanych „priorytetowych-ekspresowych” z potwierdzeniem odbioru (ZPO),
- g) przesyłek listowych zagranicznych ekonomicznych, nierejestrowanych,
- h) przesyłek listowych zagranicznych „priorytetowych-ekspresowych”, nierejestrowanych i rejestrowanych,
- i) przesyłek listowych zagranicznych „priorytetowych-ekspresowych” bez potwierdzenia odbioru i z potwierdzeniem odbioru (ZPO),
- j) paczek ekonomicznych krajowych i zagranicznych bez potwierdzenia odbioru i z potwierdzeniem odbioru (ZPO),
- k) paczek priorytetowych krajowych i zagranicznych bez potwierdzenia odbioru i z potwierdzeniem odbioru (ZPO),
- l) przesyłek kurierskich,

*m) innych przesyłek wg cen wynikających z aktualnego cennika Wykonawcy stanowiącego załącznik nr 3 do niniejszej umowy.*

*(...)*

*3. Przesyłki listowe, paczki i przesyłki kurierskie zwane są w dalszej treści umowy Przesyłkami.*

## *§ 2*

*1. Wykonawca zobowiązany jest do świadczenia usługi dostarczania Przesyłek do każdego wskazanego przez Zamawiającego adresu w Polsce i za granicami kraju.*

*2. Wykonawca zobowiązany jest do dostarczania Przesyłek na warunkach i w terminach określonych w aktach prawnych regulujących świadczenie usług pocztowych wymienionych w § 3 ust. 1 niniejszej umowy.*

*3. Zamawiający będzie dokonywał nadania/odbioru Przesyłek we wskazanej przez Wykonawcę placówce. Placówki Wykonawcy zlokalizowane są w odległości nie większej niż 5 km od siedzib poszczególnych jednostek terenowych Zamawiającego. W przypadku braku wskazania przez Wykonawcę placówki odbioru/nadania przesyłek, Zamawiający dopuszcza możliwość dokonania odbioru/ nadawania przez Wykonawcę przesyłek w siedzibach poszczególnych jednostek terenowych Zamawiającego, na koszt Wykonawcy.*

*{drugie zdanie zostało dodane na mocy zmiany s.i.w.z. z 12 sierpnia 2014 r., która została wprowadzona w związku ze zmianą z 24 lipca 2014 r.}*

*4. Zamawiający będzie dostarczał Przesyłki do wskazanej przez Wykonawcę placówki nadawczej. Przesyłki muszą być nadane przez Wykonawcę w dniu ich dostarczenia przez Zamawiającego.*

*5. W przypadku braku wskazania przez Wykonawcę placówki nadania przesyłek (o której mowa w załączniku nr 5) Wykonawca jest zobowiązany – na własny koszt, do odbioru Przesyłek przygotowanych do wyekspediowania z siedzib poszczególnych jednostek terenowych Zamawiającego – raz dziennie, w dniach od poniedziałku do piątku, w godzinach ustalonych z poszczególnymi jednostkami terenowymi Zamawiającego.*

*6. W zakresie, o którym mowa w ust. 5, Wykonawca zobowiązany jest – na własny koszt – doręczać do siedzib poszczególnych jednostek terenowych Zamawiającego adresowane do niego przesyłki 5 dni w tygodniu (od poniedziałku do piątku), w godzinach ustalonych z poszczególnymi jednostkami terenowymi Zamawiającego.*

*{ust. 5 i 6 wprowadzone na mocy zmiany s.i.w.z. z 12 sierpnia 2014 r., co spowodowało, że dotychczasowe ust. 5 - 8 stały się odpowiednio ust. 7 - 10}*

*7. Przyjęcie przesyłek przygotowanych do wyekspediowania będzie każdorazowo dokumentowany przez Wykonawcę w prowadzonych rejestrach pieczęcią, podpisem i datą:*

*a) dla przesyłek rejestrowanych – w książkach nadawczych.*

*b) dla przesyłek nierejestrowanych – na zestawieniu ilościowym przesyłek wg poszczególnych kategorii wagowych.*

*8. Wykonawca będzie przekazywał Zamawiającemu pokwitowane przez adresata „potwierdzenie odbioru” niezwłocznie po dokonaniu doręczenia Przesyłki, nie później jednak niż w ciągu 7 dni roboczych od dnia doręczenia.*

*9. W przypadku przesyłek rejestrowanych oraz przesyłek nierejestrowanych, których kształt lub wymiar nie pozwalają na jej umieszczenie w oddawczej skrzynce pocztowej {początkowy fragment został dodany na mocy zmiany s.i.w.z. z 12 sierpnia 2014 r., dokonanej w ramach odpowiedzi na pytanie nr 15} w przypadku nieobecności adresata, przedstawiciel Wykonawcy pozostawia zawiadomienie (pierwsze awizo) o próbie dostarczenia Przesyłki ze wskazaniem miejsca i terminu jej odbioru w wytypowanej placówce oddawczej Wykonawcy. W przypadku nie zgłoszenia się adresata lub innych osób uprawnionych do odbioru Przesyłki, placówka oddawcza Wykonawcy, w której są one przechowywane, przekazuje, najpóźniej w siódmym dniu licząc od dnia następnego po pozostawieniu pierwszego zawiadomienia, powtórne zawiadomienie o możliwości jej odbioru. Po upływie 14 dni Przesyłka zwracana jest Zamawiającemu wraz z podaniem przyczyny nie odebrania przez adresata.*

*10. Zamawiający wymaga, aby punkty odbioru niedoręczonych pod adres Przesyłek (awizowanych) znajdowały się na terenie każdej gminy lub gminy sąsiedniej.*

### **§ 3**

*1. Usługi pocztowe, o których mowa w § 1 realizowane będą zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności:*

*1) Ustawą z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo Pocztowe (Dz. U. z 29 grudnia 2012, poz. 1529), oraz aktów wykonawczych na jej podstawie i międzynarodowymi przepisami pocztowymi.*

*2) Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 13 października 2003 r. w sprawie reklamacji powszechnej usługi pocztowej w zakresie przesyłki rejestrowanej i przekazu pocztowego (Dz. U. Nr 183, poz. 1795, z późn. zm.),*

*3) Rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29.04.2013 r. w sprawie warunków wykonywania powszechnych usług pocztowych (Dz. U. z 2013 r. poz.545 z późn. zm.)*

*4) Ustawą z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (j.t. Dz.U. z 2013r. poz. 267 z późn. zm.);*

### **§ 5**

*1. Wynagrodzenie brutto za wykonanie niniejszej umowy nie przekroczy kwoty: .....zł, słownie: ..... złotych (łącznie z podatkiem VAT).*

*2. W oparciu o wewnętrzne uregulowania (Regulamin świadczenia usług pocztowych Wykonawcy – stanowiący załącznik Nr 4 do umowy), Wykonawca może udzielić upustów od należności za usługi świadczone w okresie rozliczeniowym. Wysokość upustów reguluje załącznik nr 4 do niniejszej umowy. Regulamin świadczenia usług pocztowych Wykonawcy obowiązuje w zakresie niesprzecznym z postanowieniami niniejszej umowy i jest korzystny dla Zamawiającego.*

*(...)*

#### **§ 6**

*1. Podstawą rozliczeń pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą będą ceny jednostkowe brutto za Przesyłki, o których mowa w ust. 3 i 4 niniejszego paragrafu oraz faktyczna ilość Przesyłek odebranych w okresie rozliczeniowym od Zamawiającego, wynikająca z rejestrów Zamawiającego, o których mowa w § 2 ust 5.*

*2. Do obliczenia należności Wykonawcy za usługi świadczone w okresie rozliczeniowym, stosowane będą ceny jednostkowe brutto za Przesyłki, zamieszczone w Formularzu Cenowym – załącznik nr 1 do niniejszej umowy, które są niezmiennie i będą obowiązywać w całym okresie trwania umowy, z zastrzeżeniem zapisów w ust. 6.*

*3. Zestawienie odebranych Przesyłek z uwzględnieniem ich rodzajów i wagi oraz zestawienia innych usług objętych przedmiotem umowy wraz z podaniem ilości, potwierdzone przez upoważnionego przedstawiciela Zamawiającego, stanowiąc będą podstawę wystawienia faktury.*

*4. Za okres rozliczeniowy przyjmuje się jeden miesiąc kalendarzowy.*

*a) Rozliczenia dokonywane będą pomiędzy Wykonawcą, a poszczególnymi 16 Oddziałami Regionalnymi i Centralą,*

*b) Wykonawca wystawi odrębne dla każdej jednostki terenowej KRUS (Oddział Regionalny) i Centrali fakturę VAT wraz ze specyfikacją wykonanych usług w terminie do 7 –go dnia następującego po miesiącu rozliczeniowym.*

*5. W przypadku zastosowania urządzenia stemplującego (frankownicy), rozliczenie usług pocztowych odbywać się będzie w formie zaliczki na poczet opłat za usługi pocztowe „z góry” przelewem na konto wskazane przez Wykonawcę. Wysokość zaliczki ustala indywidualnie Oddział Regionalny i Centrala w zależności od posiadanych środków finansowych. Ustawienie licznika urządzenia frankującego przez Wykonawcę, odpowiednio do wysokości wpłaty następować będzie w dniu dokonania wpłaty tj. w dniu uznania rachunku bankowego Wykonawcy. Z tytułu wpłat na poczet wykonywania usług Wykonawca wystawi dla każdej jednostki terenowej KRUS (Oddział Regionalny) i Centrali KRUS fakturę VAT nie później niż 7 dni od daty uznania jego rachunku bankowego. Opłata za zwroty przesyłek rejestrowanych odbywać się będzie na podstawie wystawionej faktury do której dołączony zostanie wykaz*

*zwróconych Przesyłek w danym okresie.*

*6. W przypadku nadania przez Zamawiającego Przesyłek nie ujętych w Formularzu Cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do niniejszej umowy podstawą rozliczeń będą ceny z aktualnego cennika usług Wykonawcy, który będzie stanowił załącznik nr 3 do niniejszej umowy.*

*Na Wykonawcy spoczywa obowiązek każdorazowego dostarczania Zamawiającemu aktualnego (tj. po zmianach) cennika usług. Przesyłki nie ujęte w Formularzu Cenowym winny być ujęte na odrębnej fakturze.*

#### **§ 8**

*1. Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną:*

*1) w przypadku nie odebrania Przesyłek z jednostki terenowej Zamawiającego zgodnie z § 2 ust. 5, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 2.000,00 zł (słownie: dwa tysiące złotych) za każde zdarzenie;*

*2) w przypadku rozwiązania umowy lub odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia za wykonanie niniejszej umowy, wymienionego w § 5 ust.1 umowy.*

*2. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonywania przedmiotu umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu należne odszkodowanie, zgodnie z przepisami rozdziału 8 ustawy Prawo Pocztove z dnia 23 listopada 2012 roku (Dz. U. z 29 grudnia 2012 r., poz. 1529);*

*{powyższe regulacje zastąpiły pierwotnie istniejące uregulowania na mocy zmiany s.i.w.z. z 12 sierpnia 2014 r., co spowodowało również, że dotychczasowe ust. 2 i 3 stały się odpowiednio ust. 3 i 4}*

*3. Zapłata kar umownych nie wyklucza dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego.*

*4. Wykonawca wyraża zgodę na potrącanie kar umownych z należnego mu wynagrodzenia.*

W piśmie z 12 sierpnia 2014 r. Zamawiający zawarł również m.in. następujące wyjaśnienia treści s.i.w.z.:

*Pytanie 4: Czy Zamawiający dopuszcza, aby na kopertach przesyłek doręczanych w ramach udzielonego zamówienia znajdowały się znaki opłaty pocztowej innego operatora pocztowego, niż Wykonawca, któremu Zamawiający udzielił zamówienia?*

*Odpowiedź: Na przesyłkach wysyłanych przez Zamawiającego powinien znajdować się znak opłaty pocztowej Wykonawcy, któremu Zamawiający udzielił zamówienia.*

*Pytanie 5: W wykonawca zwraca się z wnioskiem o doprecyzowanie, że Zamawiający nie dopuszcza możliwości nadawania przez inny podmiot przesyłek w imieniu i na rzecz*

*Zamawiającego, jak również przy wykorzystaniu innych operatorów niż operator wybrany w niniejszym postępowaniu. Czy Zamawiający dopuszcza możliwość, że na dowodzie nadania przesyłki będzie figurował inny podmiot niż Zamawiający?*

*Odpowiedź: Zamawiający nie dopuszcza, aby na dowodzie nadania przesyłki będzie figurował inny podmiot niż Zamawiający.*

*Pytanie 6: Czy Zamawiający przewiduje nadawanie przesyłek zawierających pisma procesowe w ostatnim dniu terminów procesowych wymagających doręczenia, bądź zachowania terminów w tym dniu? Wykonawca ma na myśli przesyłki nadawane w trybie Kodeksu postępowania administracyjnego, kodeksu postępowania cywilnego oraz Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi.*

*Odpowiedź: Tak.*

*Pytanie 7: Czy Zamawiający dopuszcza, aby Wykonawca, który uzyska zamówienie, a nie będzie nim operator wyznaczony nadawał przesyłki we własnym imieniu w placówkach operatora wyznaczonego?*

*Odpowiedź: Odpowiedź zawarto w odpowiedzi na pytanie 5.*

W piśmie z 22 sierpnia 2014 r. Zamawiający zawarł m.in. następujące wyjaśnienia treści s.i.w.z.:

*2. Czy usługi świadczone przez Wykonawcę z chwilą ich nadania powinny spełniać wymóg zachowania prawidłowego terminu dla pisma urzędowego?*

{pytanie zawarte w Piśmie Poczty Polskiej z 20 sierpnia 2014 r.}

*Odpowiedź: Musi być zachowany prawidłowy termin dla pisma urzędowego.*

*3. Wykonawca zwraca się, w oparciu o przepis art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, z wnioskiem o doprecyzowanie, czy Zamawiający w zakresie przesyłek pocztowych, które do zachowania terminu wymagają zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oddania ich w placówce pocztowej operatora wyznaczonego (np. przesyłek pocztowych zawierających pisma procesowe, dla których wniesienia wyznaczony jest termin, nadawanych w ostatnim dniu terminów procesowych), dopuszcza możliwość nadawania tych przesyłek w następujący sposób:*

*Powyższe, wskazane przez Zamawiającego przesyłki pocztowe, odbierane będą od Zamawiającego przez Wykonawcę. Jeżeli wykonawca nie będzie operatorem wyznaczonym to będzie takie przesyłki pocztowe nadawał w placówce operatora wyznaczonego i imieniu Zamawiającego ale na koszt Wykonawcy. Na kopertach przesyłek pocztowych znajdować się będą znaki opłaty operatora wyznaczonego, a nie Wykonawcy, któremu Zamawiający udzielił zamówienia. Na dowodzie nadania wystawianym przez operatora wyznaczonego widnieć będą dane Zamawiającego jako nadawcy przesyłki, dowód ten będzie przekazywany Zamawiającemu. Wykonawca będzie podmiotem dokonującym czynności w imieniu i na*



*rzecz Zamawiającego.*

*Nadawanie przedmiotowych przesyłek pocztowych w wyżej wymieniony sposób odbywać się będzie na koszt Wykonawcy, a wynagrodzenie będzie rozliczane na podstawie potwierdzeń przekazania przesyłek do nadania wystawianych przez Wykonawcę po otrzymaniu przedmiotowych przesyłek od Zamawiającego.*

*Mając na względzie powyższe, Wykonawca wskazuje, że w przypadku przyjęcia przez Zamawiającego rozwiązania zaproponowanego przez Wykonawcę uznać należy, że rozwiązanie to zastępuje wyjaśnienia udzielone przez Wykonawcę w zakresie pytań od 4 do 7 zamieszczone w piśmie Zamawiającego z 12 sierpnia 2014 r. (opublikowanym przez Zamawiającego w dniu 13 sierpnia 2014 r.).*

*{pytanie zawarte w piśmie InPost z 21 sierpnia 2014 r.}*

*Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza powyższe rozwiązanie. W związku z tym zmienia wyjaśnienia udzielone w odpowiedziach na pytania od 4 do 7 z dnia 12-08-2014 r. w zakresie, który jest sprzeczny z powyższym rozwiązaniem.*

*W piśmie z 29 sierpnia 2014 r. Zamawiający zawarł następujące wyjaśnienia treści s.i.w.z.:*

*W związku z udzieloną odpowiedzią nr 2 przez Zamawiającego w piśmie z dnia 22.08.2014 r. Wykonawca wskazuje, że Zamawiający zasadniczo zmienił przedmiot niniejszego zamówienia. Zamawiający określił bowiem przedmiot zamówienia w Rozdziale I jako (...) „świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczenia przesyłek pocztowych, paczek i przesyłek kurierskich.*

*Natomiast po udzieleniu odpowiedzi nr 3 z dnia 22.08.2014 r. Zamawiający dopuszczając możliwość nanoszenia na kopertach przez Wykonawcę znaków opłaty operatora wyznaczonego oraz nadawanie przesyłek pocztowych w placówkach operatora wyznaczonego, w imieniu i na rzecz Zamawiającego powoduje, że czynności związane z usługami pocztowymi mogą zostać powierzone dwóm operatorom: tj. wybranemu w przedmiotowym postępowaniu oraz operatorowi wyznaczonemu. W takiej sytuacji wybrany Wykonawca inny, niż operator wyznaczony występuje w podwójnej roli: operatora pocztowego oraz pośrednika działającego w imieniu i na rzecz Zamawiającego. Wykonawca, poprzez dopuszczenie przez Zamawiającego powyższego rozwiązania, w przedmiotowym zakresie ma ponadto pokrywać koszt opłaty pocztowej w miejsce Zamawiającego świadcząc faktycznie usługę finansową (płatnika), a nie pobierając ceny za usługę pocztową. Powyższe prowadzi również, poza naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych wprost do obejścia postanowień art. 35 Prawa pocztowego, wymagającego dla tego rodzaju czynności posiadania przez danego operatora umowy o współpracy z operatorem wyznaczonym.*

*W takiej konstrukcji Wykonawca wybrany w toku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedmiotem którego jest wykonywanie usług pocztowej nie będzie jej świadczył w części objętej czynnościami objętymi odpowiedzią na pytanie nr 3 z dnia 28.08.2014 r. W ocenie Wykonawcy, powyższe będzie skutkowało koniecznością ponownego oszacowania wartości tak skonstruowanego zamówienia, z zastosowaniem przepisów ustawy o finansach publicznych.*

*Jedynie na marginesie Wykonawca wskazuje, że Zamawiający dopuszczając powyższe nie dokonał żadnych zmian w SIWZ m.in. w opisie przedmiotu zamówieni, czy też formularzu cenowym, niezbędnym do złożenia wraz z ofertą.*

*Mając na uwadze powyższe, wnosimy o zmianę odpowiedzi na pytanie nr 3 z dnia 22.08.2014 r. poprzez niedopuszczenie rozwiązania proponowanego przez Wykonawcę.*

*{pytanie zawarte w piśmie Poczty Polskiej z 26 sierpnia 2014 r.}*

*Odpowiedź: Zamawiający wyjaśnia, że jego intencją jest pokrywanie kosztów opłaty pocztowej w wysokości wynikającej z umowy zawartej z Wykonawcą, natomiast po stronie Wykonawcy pozostaną ewentualne dodatkowe koszty, jakie poniesie w związku ze świadczeniem usługi zgodnie z ustawą Prawo pocztowe (Dz. U. z 29 grudnia 2012 r. poz. 1529).*

*Ponadto Zamawiający w żadnym zakresie nie narzuca sposobu realizacji świadczenia usługi.*

*Pismem z 1 września 2014 r. Poczta Polska skierowała do Zamawiającego następujące wystąpienie:*

*W związku z udzieloną odpowiedzią nr 3 przez Zamawiającego w piśmie z dnia 22.08.2014r. oraz dodatkowym wyjaśnieniem Zamawiającego zawartym w piśmie z dnia 29.08.2014 r. Wykonawca zwraca uwagę Zamawiającemu na warunki świadczenia usług, o których mowa w SIWZ, a które w kontekście udzielonych odpowiedzi mogą być realizowane niezgodnie z zapisami SIWZ. Mianowicie w odpowiedzi na pytanie 3 w piśmie z dnia 22.08.2014r. Zamawiający nie określił czy będzie wydzieliał przesyłki, które będą nadawane w imieniu i na rzecz Zamawiającego przez Wykonawcę, który nie będzie operatorem wyznaczonym. Wykonawca zwraca także uwagę, że technologia nadawania przesyłek Zamawiającego opisana przez Wykonawcę, który skierował zapytanie oznaczone nr 3 w piśmie KRUS z dnia 22.08.2014r. nie wskazuje kto będzie nanosił na kopertach znaki operatora pocztowego innego aniżeli Wykonawca, któremu KRUS udzieli zamówienia, oraz kto będzie przygotowywał odrębne dokumenty nadawcze, gdyż proces ten jest wskazuje, iż Zamawiający będzie otrzymywał zarówno dowody nadania od operatora pocztowego niebędącego operatorem wyznaczonym jak i od operatora będącego operatorem wyznaczonym – stosownie do rodzaju przesyłek. Mając na uwadze powyższe Wykonawca prosi o jasne wyjaśnienie:*

1) czy Zamawiający jest świadomy, że będzie zobowiązany do tworzenia odrębnych dokumentów nadawczych dla przesyłek nadawanych w imieniu i na rzecz Zamawiającego przez Wykonawcę?

2) czy Zamawiający jest świadomy konieczności nanoszenie przez Zamawiającego innych nadruków na przesyłkach, które będą nadawane u różnych operatorów?

3) czy Zamawiający przewiduje zmianę zapisów SIWZ, które obecnie dają możliwość nadawania przesyłek wyłącznie w placówkach pocztowych operatora, któremu zostanie udzielone zamówienie, co zostało także potwierdzone w odpowiedziach na pytania, gdzie Zamawiający jasno określał, że przesyłki mają być nadawane w wyznaczonych placówkach nadawczych Wykonawcy? Powyższe wymagania Zamawiającego są rozbieżne z dopuszczoną możliwością nadawania przesyłek w placówkach pocztowych innego operatora, który nie będzie podmiotem realizującym zamówienie.

Mając na uwadze powyższe, prosimy o udzielenie odpowiedzi oraz o zmianę odpowiedzi na pytanie nr 3 z dnia 22.08.2014 r. poprzez niedopuszczenie rozwiązania proponowanego przez Wykonawcę jako niekorzystnego dla Zamawiającego w kontekście procesu przygotowywania przesyłek.

2 września 2014 r. miało miejsce otwarcie ofert – wpłynęły dwie oferty: InPost z ceną 22.710.200,11 zł i Poczty Polskiej z ceną 24.750.989,99 zł (w obu ofertach uwzględniono 23% stawkę VAT).

Pismem z 12 września 2014 r. Poczta Polska skierowała do Zamawiającego kolejne wystąpienie, które w całości {po dokonaniu pewnych zmian redakcyjnych} zostało później inkorporowane do treści uzasadnienia odwołania jako informacje wstępne i uzasadnienie zarzutu niezgodności oferty InPost z treścią s.i.w.z.

W zakresie treści oferty InPost:

Podpisany formularz ofertowy, sporządzony według wzoru zawartego w rozdziale III. s.i.w.z., zawiera m.in. oświadczenia o niezmienności cen podanych w formularzu oferty i formularzu cenowym, akceptacji warunków płatności podanych w § 6 i §7 IPU, akceptacji IPU i zobowiązaniu do zawarcia umowy na tych warunkach.

W pkt 10 lit. b formularza oferty Wykonawca oświadczył, że część zamówienia – *Wysyłka części przesyłek z pośrednictwem operatora wyznaczonego w przypadkach wymaganych przez przepisy prawa (w szczególności aby Zamawiający wysyłając przesyłkę mógł dochować terminów przewidzianych przepisami prawa w określonych sytuacjach)*;

Ceny jednostkowe zawiera formularz cenowy – wypełniony załącznik nr 1 do s.i.w.z.,

w którym Zamawiający podał szacunkową w okresie realizacji zamówienia {od 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2016 r.} liczbę przesyłek: po pierwsze – planowaną do nadania , w podziale na 220 rodzajów przesyłek, przy czym poz. od 1. do 36. i od 181. do 204. dzielą się na dwie pozycje {*gabaryt A* i *gabaryt B*}, po drugie – szacowaną liczbę zwrotów, w podziale na 4 rodzaje przesyłek, przy czym każda z nich jest podzielona na dwie pozycje {*gabaryt A* i *gabaryt B*}.

Wszystkie pozycje dotyczące zwrotów jednostkowo zostały wycenione na 0,01 zł, co dało dla poszczególnych pozycji następujące kwoty {w zł}:

- poz. 221 przesyłki krajowe bez potw. odbioru, waga do 50 g, gabaryt A, 5.467 szt. – 54,67;
- poz. 221 przesyłki krajowe bez potw. odbioru, waga do 50 g, gabaryt B, 511 szt. – 5,11;
- poz. 222 przesyłki krajowe bez potw. odbioru, waga > 51 g, gabaryt A, 2.540 szt. – 25,40;
- poz. 222 przesyłki krajowe bez potw. odbioru, waga > 51 g, gabaryt B, 30 szt. – 0,30;
- poz. 223 przesyłki krajowe z potw. odbioru, waga do 50 g, gabaryt A, 11.686 szt. – 116,86;
- poz. 223 przesyłki krajowe z potw. odbioru, waga do 50 g, gabaryt B, 280 szt. – 2,80;
- poz. 224 przesyłki krajowe z potw. odbioru ,waga > 51 g, gabaryt A, 5.855 szt. – 58,55;
- poz. 224 przesyłki krajowe z potw. odbioru ,waga > 51 g, gabaryt B, 170 szt. – 1,70.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z drugą w kolejności ceną, która stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Wobec tego Odwołujący, który wniósł odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty z najniższą ceną, wykazał tym samym, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż pozbawiony został w ten sposób możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy pzp rozpatrując odwołanie w granicach zawartych w nim zarzutów – nie stwierdziła zasadności żadnego z zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty InPost.

{I.}

W ocenie Izby nie potwierdził się żaden z zawartych w odwołaniu zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty InPost z treścią s.i.w.z.

Na wstępie rozważyć należy zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty należy rozumieć jako merytoryczną zawartość oświadczenia woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z przedmiotem zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, natomiast samo rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi przy tym wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia czy innymi wymaganiami precyzującymi zakres świadczenia oczekiwanego przez zamawiającego. Jednakże nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, również może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Z tego względu w doktrynie prezentowany jest pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Z kolei w judykaturze podobnie wskazuje się, że niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu

o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}. Nie ulega również wątpliwości, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami s.i.w.z. Jednakże nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

Dla prawidłowego rozpoznania niniejszej sprawy konieczne jest również rozważenie, jakie konkretnie zarzuty niezgodności treści oferty InPost z treścią s.i.w.z. wynikają z odwołania. Jak to ustalono powyżej, Poczta Polska zgłaszała Zamawiającemu, zarówno przed terminem składania ofert, jak już po otwarciu ofert, liczne spostrzeżenia, uwagi i wnioski odnośnie skutków wyjaśnień treści s.i.w.z. z 28 sierpnia 2014 r. Okoliczności te nie są zupełnie bez znaczenia dla sprawy, w której jednak rozpoznaniu podlegają wyłącznie zarzuty, które ostatecznie znalazły się w odwołaniu. Tymczasem zostało ono zredagowane w ten sposób, że zarzucone na wstępie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zostało skonkretyzowane w uzasadnieniu odwołania {pkt II}, po pierwsze – jako zarzut dotyczący zwrotu przesyłek {pkt II.1}, po drugie – jako zarzuty dotyczące niedochowania innych wymagań {pkt II.2}. Przed tymi zarzutami, jako ich tło, na wstępie uzasadnienia zamieszczano informacje ogólne {pkt I}, w których ostatnim akapicie Odwołujący wyraził swoją ocenę, że InPost zaoferował usługę pośrednictwa w świadczeniu usługi pocztowej, choć przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych. O ile zaoferowanie przez InPost świadczenia nieskorelowanego z przedmiotem tego zamówienia publicznego było przedmiotem zgłoszonych Zamawiającemu przez Poczty Polską zastrzeżeń {por. pkt 1 pisma z 12 września 2014 r.}, o tyle w odwołaniu konstatacja ta stanowi jedynie wstęp do postawienia właściwego zarzutu dotyczącego zwrotów przesyłek. Z jednym zastrzeżeniem – W ramach omówienia tego zarzutu znalazła się również uwaga, że w przypadku przesyłek nadawanych w imieniu i na rzecz Zamawiającego u operatora wyznaczonego, InPost nie będzie wykonywał usługi pocztowej, gdyż wymaga to nadania przesyłki u operatora pocztowego, ale usługę przewozową, która nie jest objęta treścią s.i.w.z. {por. ostatnie zdanie 6. akapitu pkt II.1 uzasadnienia odwołania}.

Izba zważyła, że jeżeli nawet potraktować tak wtrąconą uwagę jako odrębny zarzut, nie sposób wywieść z odwołania, na czym miałyby polegać w tym przypadku niezgodność treści oferty InPost z treścią s.i.w.z. Na początku uzasadnienia sam Odwołujący zrelacjonował przecież, zgodnie zresztą z rzeczywistym stanem rzeczy, następujące okoliczności. Po pierwsze – w odpowiedzi na pytanie nr 3 Zamawiający w wyjaśnieniach treści s.i.w.z. z 22 sierpnia 2014 r. dopuścił możliwość, aby wykonawca zamówienia odbierał przesyłki od Zamawiającego i przekazywał je do nadania w placówce operatora wyznaczonego. Po drugie – InPost skorzystał z tej możliwości i wskazał wprost w ofercie, że w zakresie dotyczącym przesyłek wymagających zachowania terminu w dacie nadania, doręczanych w przypadkach przewidzianych w kpc, kpk, kpa i Ordynacji podatkowej, zamierza powierzyć wykonywanie zamówienia operatorowi wyznaczonemu. Po trzecie – ponieważ Poczta Polska jako operator wyznaczony ma obowiązek świadczenia powszechnych usług pocztowych, nie może odmówić przyjęcia takich przesyłek nadawanych fizycznie przez InPost w imieniu i na rzecz Zamawiającego. Wobec tego wyrażona przez Odwołującego ocena, że InPost zaoferował usługę nieobjętą przedmiotem zamówienia, jest zupełnie oderwana od okoliczności, które sam Odwołujący przywołuje.

Ta wewnętrzna sprzeczności odwołania polegająca na wywodzeniu niezgodności treści oferty InPost na podstawie prawidłowo przywołanych okoliczności faktycznych, które wskazują na coś przeciwnego, wynika z tego, że uzasadnienie odwołania ma swoją genezę w trzech pismach, które Poczta Polska przesłała Zamawiającemu w reakcji na wyjaśnienia treści s.i.w.z. z 22 sierpnia 2014 r. Już wówczas stanowisko Poczty Polskiej co do oceny skutków udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 3 ewoluowało. W pierwszym piśmie sugerowano, co najwyżej, że powoduje ona niespójność s.i.w.z., wobec braku dokonania zmian opisu przedmiotu zamówienia i formularza cenowego. Względnie wskazywano, że dopuszczenie rozwiązania zaproponowanego w pytaniu prowadzi do naruszenia {bliżej już niesprecyzowanych} przepisów ustawy pzp oraz art. 35 Prawa pocztowego. W drugim piśmie zasugerowano, że dopuszczone przez Zamawiającego rozwiązanie będzie dla niego niekorzystne z uwagi na konieczność tworzenia odrębnych dokumentów nadawczych czy nanoszenia niejednorodnych nadruków na przesyłkach. Oprócz tego wskazano, że pomiędzy treścią udzielonych 22 sierpnia 2014 r. i podtrzymanych 29 sierpnia 2014 r. wyjaśnień treści s.i.w.z. a zapisami s.i.w.z., przewidującymi nadawanie przesyłek wyłącznie w placówkach pocztowych wykonawcy zamówienia, istnieje rozbieżność. Odnotować należy w tym miejscu fakt, że Poczta Polska nie zdecydowała się na wniesienie odwołania na czynność, która jej zdaniem była niezgodna z przepisami powszechnie obowiązującymi czy też powodowała wewnętrzną sprzeczność treści s.i.w.z., poprzestając na dwukrotnym wystąpieniu do Zamawiającego o uchylenie udzielonej 22 sierpnia 2014 r. odpowiedzi na pytanie nr 3.

Dopiero po bezskuteczności tych wniosków, już po złożeniu ofert, kiedy okazało się, że oferta InPost zawiera niższą cenę, w trzecim piśmie, w całości wykorzystanym następnie przy sporządzaniu odwołania, Poczta Polska zaczęła prezentować poprzednio opisywane i nowo wywiedzione niespójności treści s.i.w.z. jako niezgodności treści oferty InPost z treścią s.i.w.z.

Podkreślenia wymaga, że – jak zauważyli Zamawiający i Przystępujący – zasadniczy zarzuty odwołania dotyczą w rzeczywistości niewielkiego lub wręcz marginalnego, co do zakresu rzeczowego i wartości, wycinka przedmiotowego zamówienia – co w odwołaniu zostało przemilczane. Po pierwsze – z pierwotnego opisu zamówienia w ogóle wprost nie wynikało, że przedmiot zamówienia obejmuje również przesyłki, które – z racji ustanowionej w przepisach różnych procedur sądowych i administracyjnych fikcji prawnej, że termin uważa się za zachowany, jeżeli przed jego upływem pismo zostało nadane w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu Prawa pocztowego, w razie konieczności zachowania przez Zamawiającego terminów na dokonanie określonych czynności – będą musiały zostać nadane w placówce Poczty Polskiej, która jako jedyna ma taki status. Wiedzę taką musiał posiadać Odwołujący jako wykonawca, który aktualnie obsługuje Zamawiającego. Inni wykonawcy mogli się o tym dowiedzieć dopiero na skutek udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień treści s.i.w.z. Zamawiający nie uważał nawet za celowe wyodrębnienie podanie takich przesyłek jako odrębnego rodzaju w formularzu cenowym. O małej skali tych specjalnych przesyłek może również świadczyć okoliczność, że Zamawiający wolał dopuścić rozwiązanie proponowane przez InPost, a nie udzielić w tym zakresie odrębnego zamówienia operatorowi wyznaczonemu. Po drugie – nawet łączny szacowany wolumen zwrotów wszystkich krajowych przesyłek jest niewielki w stosunku do szacowanej liczby przesyłek nadawanych. Po trzecie – z uwagi na to, że chodzi o przesyłki adresowane do organów administracji lub sądowych, które, co do zasady, mają obowiązek przyjąć wpływającą korespondencję, w tym ewentualnie skierować według właściwości, podstawne jest założenie, że będą one występowały sporadycznie, np. w przypadku zupełnie wadliwego zaadresowania, które uniemożliwi doręczenie. Zamawiający podał na rozprawie, że jak na razie w 2014 r. w centrali KRUS nie było ani jednego takiego zwrotu.

Powyższe nie jest bez znaczenia dla badania zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., gdyż nawet jeżeli taka niezgodność zostałaby stwierdzona, należałoby ją ocenić przez pryzmat art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do której to normy art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła. Dla ewentualnego usunięcia niezgodności oferty z s.i.w.z w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp kluczowe znaczenie ma m.in. okoliczność, czy taka poprawa spowodowałaby istotną zmianę treści oferty, rozumianą jako istotna zmiana zakresu



rzeczowego lub ceny oferty. Z uwagi na brak wystąpienia w przedmiotowej sprawie niezgodności treści oferty InPost z treścią s.i.w.z., prowadzenie w tym zakresie ustaleń było bezprzedmiotowe. Warto jednak odnotować, że Odwołujący domagając się odrzucenia oferty Przystępującego, w żaden sposób nie odniósł się do kwestii możliwości zastosowania do zarzucanych niezgodności art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

W ocenie Izby zarzuty zawarte w odwołaniu stanowią swoistą próbę przeniesienia sporu o dopuszczalność rozwiązania, przeciwko któremu Poczta Polska, co prawda, oponowała, ale nie przez wniesienie odwołania na opis przedmiotu zamówienia – w płaszczyznę sporu na tle zgodności oferty, która z tego rozwiązania skorzystała, z treścią s.i.w.z., w której nie przewidziano wszystkich jego skutków. Jeszcze nawet na etapie pisma z 12 września 2014 r. Poczta Polska podnosiła, że rozwiązanie zaakceptowane przez Zamawiającego narusza art. 29 ust. 2 pzp, a zatem przepis odnoszący się do opisu przedmiotu zamówienia. Aktualnie zaś, pomimo dopuszczenia przez Zamawiającego doręczania wąskiej kategorii przesyłek przez wykonawcę zamówienia za pośrednictwem operatora wyznaczonego, forsuje taką interpretację s.i.w.z., jakby takiego rozwiązania nie dało się zastosować z uwagi na status Poczty Polskiej jako operatora wyznaczonego. Interpretacji takiej nie sposób zaakceptować, gdyż prowadziłoby to do wniosku, że całe postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego jest fikcją, gdyż przedmiotowe zamówienie może zostać udzielone wyłącznie Poczcie Polskiej. Przede wszystkim w oczywisty sposób jest to sprzeczne z intencją Zamawiającego uzewnętrznioną w postaci dokonywanych w toku postępowania zmian i wyjaśnień treści s.i.w.z., które konsekwentnie zmierzały do rzeczywistego otwarcia prowadzonego postępowania na konkurencję, a co Poczta Polska bezskutecznie usiłowała zablokować.

Izba uznała za celowe odnieść się również do twierdzenia, które, co prawda, nie zostało wyrażone wprost w odwołaniu {w przeciwieństwie do pisma z 12 września 2014 r.}, ale zostało podniesione jako argument na rozprawie. Otóż InPost mógł jak najbardziej wskazać, że część zamówienia dotyczącą doręczania przesyłek tzw. terminowych powierzy podwykonawcy, czyli *de facto* Poczcie Polskiej, gdyż z mocy Prawa Poczтового z uprzywilejowanym statusem operatora wyznaczonego wiąże się również obowiązek świadczenia powszechnych usług pocztowych. Poczta Polska nie ma zatem prawa odmówić przyjęcia, przemieszczenia, doręczenia, awizowania, wydania i zwrotu przesyłki, którą w imieniu i na rzecz Zamawiającego nada w jej placówce InPost.

Zarzut pierwszy – dotyczący zwrotu przesyłek został sformułowany jako niezapewnienie przez InPost realizacji obowiązku zwrotu do Zamawiającego przesyłek {nadawanych w imieniu i na rzecz Zamawiającego u operatora wyznaczonego} w przypadku ich niedostarczenia adresatowi, gdyż w ofercie InPost {wskazującej za zwrot przesyłek

stawkę 0,01 zł} nie uwzględniono opłaty w wysokości 2,30 zł, którą od Zamawiającego każdorazowo w takim przypadku pobierze Poczta Polska jako operator wyznaczony, co miałyby oznaczać, że oferta ta nie zawiera wszystkich kosztów realizacji zamówienia i jest sprzeczna z treścią SIWZ.

W tym miejscu należy zauważyć, że pomimo obszerności omówienia tego zarzutu, w odwołaniu nie podano żadnego konkretnego postanowienia s.i.w.z., z którym miałyby być sprzeczne zaoferowanie przez InPost stawki 0,01 zł za zwrot przesyłek wysyłanych za pośrednictwem operatora wyznaczonego. W odwołaniu wskazano natomiast, że nie zostaną spełnione wymagania postawione przez Zamawiającego, gdyż opłata za zwrot, którą wskazał w swojej ofercie InPost wynosi 0,01 zł, a Zamawiający w takim przypadku poniesie wyższe koszty niż wynikające z umowy z InPost. Ma to być niezgodne z s.i.w.z., gdyż wymaganiem Zamawiającego było, aby wynagrodzenie wykonawcy obejmowało całość kosztów związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia, a z oferty InPost nie wynika, że będzie ponosił koszty dodatkowych opłat ponoszonych przez Zamawiającego na rzecz operatora wyznaczonego.

Izba zważyła, że oferta InPost została złożona na warunkach zgodnych z treścią s.i.w.z., w tym przez wypełnienie i podpisanie formularzy: ofertowego i cenowego, które były załączone do s.i.w.z. Nie ma zatem żadnych podstaw, aby wywodzić, że oferta InPost nie obejmuje wykonania całości przedmiotu zamówienia, w tym zobowiązania do dokonywania zwrotów przesyłek za cenę jednostkową 0,01 zł, również w przypadku przesyłek wysyłanych za pośrednictwem operatora wyznaczonego. Okoliczności towarzyszące złożeniu oferty prowadzą wręcz do przeciwnych wniosków. Skoro InPost aktywnie zabiegał o dopuszczenie możliwości wysyłania tzw. przesyłek terminowych za pośrednictwem operatora wyznaczonego, trudno przypuszczać, aby nie brał pod uwagę przy sporządzaniu oferty kosztów, jakie będzie musiał z tego tytułu ponieść jako wykonawca całości zamówienia, który musi w tym zakresie korzystać z usług podwykonawcy, co zostało wprost odzwierciedlone w oświadczeniu złożonym w pkt 10 lit. b formularza ofertowego. Z jednej strony w treści s.i.w.z. od początku znajdowały się postanowienia, że Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych {pkt IX.1 IDW}, a cena oferty ma zawierać w sobie wszystkie koszty mogące powstać w okresie ważności umowy, a także uwzględniać inne opłaty i podatki wynikające z realizacji umowy {pkt XI.3 IDW}. Dodatkowo, już po dopuszczeniu nadawania przez wykonawcę zamówienia przesyłek za pośrednictwem operatora wyznaczonego, Zamawiający w piśmie z 29 sierpnia 2014 r. wyjaśnił, że jego intencją w związku z tą zmianą jest pokrywanie kosztów opłaty pocztowej w wysokości wynikającej z umowy zawartej z wykonawcą zamówienia, który będzie zobowiązany ponieść ewentualne dodatkowe koszty, jakie poniesie w związku ze świadczeniem usługi zgodnie z ustawą Prawo pocztowe.

Z drugiej strony, jak to wywiedziono w odwołaniu, wysokość stawki za zwrot wynika z cennika Poczty Polskiej, który jest dostępny dla każdego zainteresowanego.

W istocie okoliczności podniesione w odwołaniu nie wskazują na jakąkolwiek niezgodność treści oferty InPost z treścią s.i.w.z., a na brak doprecyzowania tej ostatniej. W ocenie Izby Poczta Polska wskazywała na to już w swoich wcześniejszych pismach przesłanych Zamawiającemu, tyle że nie była w stanie lub nie chciała doprecyzować, że chodzi o kwestię rozliczenie opłaty za zwrot przesyłki nadanej przez wykonawcę zamówienia innego niż operator wyznaczony. Niewątpliwie s.i.w.z. jest w tym zakresie niedopracowana, gdyż Zamawiający najwyraźniej nie miał świadomości, że to od niego bezpośrednio, jako nadawcy przesyłki, a nie od wykonawcy zamówienia, operator wyznaczony pobierze opłatę za zwrot przesyłki. Zamawiający po prostu 22 sierpnia 2014 r. zaakceptował propozycję, która nie zawierała w tym zakresie gotowego rozwiązania, niczego od siebie nie dodając. Zważając na spór, który powstał na tym tle, a także brak wypracowania ostatecznego rozwiązania nawet na etapie postępowania odwoławczego, trudno zgodzić się z Zamawiającym, że nie należało uregulować tej – jak się okazało newralgicznej – kwestii w s.i.w.z. Skoro intencją Zamawiającego było umożliwienie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie zarówno operatorowi wyznaczonemu, jak i innym operatorom pocztowym, s.i.w.z. powinna zawierać regulacje odpowiednie dla obu możliwych konfiguracji po tej stronie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z przebiegu postępowania przed terminem składania ofert wynika zresztą, że Zamawiający czynił w tym kierunku starania, zmieniając na przykład dotychczasowe uregulowania IPU po tym, jak dopuścił 24 lipca 2014 r., na skutek wcześniejszych starań InPost, aby wykonawca zamówienia mógł odbierać i doręczać przesyłki w placówkach Zamawiającego, jako alternatywne rozwiązanie w stosunku nadawania i odbierania przesyłek przez Zamawiającego w placówkach pocztowych zlokalizowanych w pobliżu placówek Zamawiającego. Być może Zamawiającemu w przypadku tym drugim przypadku zabrakło czasu, aby przeanalizować kompleksowo wszystkie aspekty rozwiązania, które zgodnie ze swoją wolą dopuścił.

Grupa zarzutów określonych zbiorczo mianem niedochowaniem innych wymagań składa się z trzech zarzutów niezgodności treści oferty InPost z treścią, prawdopodobnie, następujących postanowień s.i.w.z. – istotnych postanowień umowy: po pierwsze – § 2 ust. 9 IPU, po drugie – § 2 ust. 8 IPU, po trzecie – § 8 ust. 2 IPU. Prawdopodobnie, gdyż w odwołaniu, które powieliła w tym zakresie treść pisma z 12 września 2014 r., w każdym z trzech przypadków podano zarówno jednostki redakcyjne, a w dwóch również i treść postanowień z pierwotnej s.i.w.z., bez uwzględnia późniejszych zmian. Powoływanie się na nieaktualne brzmienie regulacji rzutuje negatywnie na moc stawianych zarzutów, gdyż co najmniej częściowo są one bezprzedmiotowe. Ponadto rodzi obawę co do tego, czy

Poczta Polska, choć zarzuca konkurentowi niedopełnienie wymagań s.i.w.z., sama miała świadomość na jakich warunkach złożyła ofertę.

Izba zważyła, że również te trzy podniesione w odwołaniu niezgodności są w istocie kolejnymi przejawami braku doprecyzowania s.i.w.z. w związku z dopuszczeniem możliwości świadczenia usług w sposób opisany w pkt 3 wyjaśnień z 28 sierpnia 2014 r. Jak już powyżej wskazano, dowodzi to jedynie braku przemyślenia przez Zamawiającego wszystkich możliwych konsekwencji tej zasadniczej zmiany, która była zgodna z jego wolą i służyła zapewnieniu rzeczywistej konkurencji w postępowaniu. Jak już powyżej to zarysowano, prowadzi to do wniosku, że postanowienia te wymagają interpretacji, która nie może ograniczać się do ich literalnego brzmienia, ale musi brać pod uwagę istotę i cel rozwiązania świadomie i celowo dopuszczonego przez Zamawiającego. Ponownie należy zwrócić uwagę, że wbrew sugestiom Odwołującego, podniesione przez niego do rangi zarzutów niedoskonałości s.i.w.z. dotyczą znikomego zakresu przedmiotu zamówienia – wyłącznie nielicznych przesyłek, które dla zachowania terminów uregulowanych w konkretnych procedurach, muszą być nadane w placówce operatora wyznaczonego.

I tak, skoro Zamawiający dopuścił możliwość, aby ta kategoria przesyłek była nadawana za pośrednictwem operatora wyznaczonego, oczywiste jest, że w tym przypadku § 2 ust. 9 IPU należy interpretować w ten sposób, że awizowane przesyłki będą do odbioru nie w placówce oddawczej wykonawcy zamówienia, a w placówce oddawczej operatora wyznaczonego jako podwykonawcy zamówienia. Ponadto Odwołujący przeoczył, że opisywana przez niego w odwołaniu instytucja jest wyjątkiem, a nie regułą, gdyż na mocy zmiany s.i.w.z. znajdzie zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do przesyłek, których gabaryty nie pozwalają na ich umieszczenie w oddawczej skrzynce pocztowej.

Analogicznie należy zinterpretować § 2 ust. 8 IPU, tzn., że w przypadku tej kategorii przesyłek potwierdzenie odbioru będzie przekazywał Zamawiającemu nie wykonawca zamówienia, a operator wyznaczony. Natomiast nie stoi to na przeszkodzie, aby InPost jako wykonawca zamówienia ponosił odpowiedzialność kontraktową za terminowe doręczenie potwierdzeń odbioru przez operatora wyznaczonego. Ponadto w ocenie Izby nie wiadomo na czym miałyby w tym przypadku polegać niezgodność takiego zobowiązania z tym postanowieniem.

Wreszcie postanowienie § 8 ust. 2 IPU można zinterpretować jako ustanowienie odpowiedzialności kontraktowej z odesłaniem do rozdziału 8 Prawa pocztowego w zakresie ustalenia przesłanek odpowiedzialności i rozmiaru odszkodowania. Jednak również przy interpretacji prezentowanej przez Odwołującego interes Zamawiającego pozostaje zabezpieczony, skoro nie budzi wątpliwości, że na mocy przepisów Prawa pocztowego odszkodowanie będzie należne od operatora wyznaczonego. Tym bardziej sytuacja

Zamawiającego będzie się przedstawiała korzystniej, jeżeli będzie miał możliwość wyboru, do którego z podmiotów: wykonawcy zamówienia czy operatora wyznaczonego, skieruje swoje roszczenie odszkodowawcze.

{II.}

Izba stwierdziła niezasadność zawartego w odwołaniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty InPost na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie wyczerpująco wykazał bezzasadność zarzutu, który nie został należycie skonkretyzowany przez wykazanie zaistnienia konkretnego czynu nieuczciwej konkurencji.

W odwołaniu zarzucono, że złożenie oferty przez InPost odpowiada hipotezie klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którą czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy lub klienta. Odwołanie nie podaje jednak żadnych okoliczności, które pozwalałyby na stwierdzenie, że złożenie przez InPost oferty w przedmiotowym postępowaniu stanowi działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, które narusza interes Odwołującego lub Zamawiającego.

Z enigmatycznego wywodu zawartego uzasadnieniu odwołania {pkt III} wynika, że te same okoliczności faktyczne, które zostały podniesione na poparcie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, miałyby jednocześnie świadczyć o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp. Złożenie oferty niezgodnej z s.i.w.z. miałyby automatycznie oznaczać działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, gdyż zmierza do uzyskania zamówienia. Izba nie podziela takiego poglądu, gdyż nie znajduje on oparcia w art. 89 ust. 2 ustawy pzp, z którego wynika, że złożenie oferty niezgodnej z s.i.w.z. oraz oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji stanowią odrębne przesłanki odrzucenia oferty.

Nawet przyjmując wątpliwą logikę zarzutu sformułowanego w odwołaniu – skoro nie potwierdził się zarzut, że oferta InPost jest niezgodna z treścią s.i.w.z., tym samym za niezasadny należy uznać, oparty dokładnie na tych samych podstawach faktycznych, zarzut, że oferta złożona przez InPost stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że w uzasadnieniu odwołania nie sprecyzowano ani przepisów, ani dobrych obyczajów, które swoim działaniem miałyby naruszyć InPost. W szczególności przytoczenie ze wszech miar słusznych wypowiedzi orzecznictwa na temat rozumienia dobrych obyczajów nic nie wnosi do sprawy, gdyż nie może zastąpić braku sprecyzowania jakie to wzorce postępowania zostały naruszone w tej sprawie.

{III.}

Na analogicznej zasadzie za niezasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 7 ust. 1

pzp, gdyż z uzasadnienia odwołania wynika jedynie, że o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców świadczyć mają okoliczności przywołane dla uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp., a zatem zarzut ten jako wtórny dzieli los zarzutu podstawowego.

{IV.}

Z kolei pomimo litanii wyliczonych na wstępie odwołania naruszonych przepisów, zarzuty: po pierwsze – naruszenia art. 387 § 1 kc w w zw. z art. 14 pzp w zw. z art. 139 ust. 1 pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp; po drugie – naruszenia art. 87 ust. 1 pzp – należało pozostawić bez rozpoznania, gdyż w odwołaniu nie podano żadnych okoliczności na ich uzasadnienie. Nie wiadomo zatem dlaczego realizacja zamówienia w oparciu o ofertę InPost miałyby być niemożliwa w rozumieniu art. 387 § 1 kc {*Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważną*}. Na marginesie można odnotować, że hipotezą tego ostatniego przepisu objęta jest – jak trafnie wskazano w odpowiedzi na odwołanie – obiektywna niemożliwość świadczenia, czyli istniejąca niezależnie od tego, kto miałby zaciągnąć zobowiązanie do jego spełnienia. Z odwołania nie wynika również na czym miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 pzp, w tym, co konkretnie w ofercie InPost miałyby być przedmiotem wyjaśnienia, którego zaniechanie jest zarzucane.

W przypadku tych „zarzutów” uzasadnienie odwołania w ogóle nie nawiązuje do nich, choćby przez odesłanie do okoliczności przywołanych w związku z innymi zarzutami, jak to uczyniono w przypadku zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji.

{V.}

Odrębnie należy się odnieść do dodatkowego stanowiska pisemnego pn. *Memorandum*, które Odwołujący przedstawił na rozprawie. Przede wszystkim w ocenie Izby te obszernie wywody pozostają bez związku z zarzutami zawartymi w odwołaniu, stanowiąc w istocie jego alternatywną wersję, nakierowaną na wykazanie naruszenia przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, do których odwołanie w ogóle się nie odnosi. Ewentualnie z wyjątkiem enigmatycznego stwierdzenia, że rozliczenie dodatkowego wynagrodzenia za zwroty przesyłek uiszczonych przez Zamawiającego nie będzie możliwe ze względów księgowych. Jedno zdanie nie tworzy jednak zarzutu, zwłaszcza, że nie pozostaje w żadnym związku z przepisami wymienionymi na wstępie odwołania. Natomiast wskazanie dopiero na rozprawie okoliczności konstytuujących nowy zarzut jest bezskuteczne, gdyż kognicja Izby ogranicza się wyłącznie do zarzutów, które zostały podniesione w odwołaniu w postaci nadającej się do rozpoznania.

Na marginesie można jednak zauważyć, że wspomniane pismo nie wykazuje żadnej okoliczności, która podpadałaby pod hipotezę normy z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż zawiera rozważania w przedmiocie: prawnopodatkowego charakteru usług objętych przedmiotem

zamówienia, niemożliwości rozliczenia opłaty uiszczonej przez Zamawiającego na rzecz Poczty Polskiej z tytułu zwrotu przesyłki w ramach dwóch instytucji (refakturowanie oraz zwrot kosztów) przewidzianych w ustawie o VAT, prawidłowego wystawiania faktur. Ponadto rozważania te oparte są na arbitralnym założeniu zaczerpniętym z odwołania, że InPost według postanowień s.i.w.z. musi wykonywać usługi pocztowe, podczas gdy w zakresie niektórych przesyłek za niego usługę pocztową będzie wykonywać Poczta Polska jako operator wyznaczony.

{VI.}

W ocenie składu orzekającego Izby powyższe rozstrzygnięcie jest zgodne ze stanowiskiem jakie Izba uprzednio wyraziła w zbliżonych okolicznościach faktycznych, oddalając wyrokiem z 19 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1362/13) inne odwołanie wniesione przez Poczta Polską.

W szczególności Izba zwróciła uwagę, że s.i.w.z, jak każde oświadczenie woli, podlega wykładni zgodnie z 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 podzieliła interpretacji zaprezentowanej przez odwołującego w odniesieniu do zakresu przedmiotu zamówienia i związanych z tym wymagań zamawiającego, jako niezgodnej z wykładnią autentyczną dokonywaną przez samego zamawiającego, ale również prowadzącej do wyłączenia konkurencji przez uczynienie odwołującego jedynym wykonawcą zamówienia. W ocenie Izby takie podejście właściwie dyskwalifikuje zarzut odwołania i interpretację SIWZ, na której jest oparty.

Ponadto Izba oceniła, że z postanowień s.i.w.z. wynika, wbrew sugestiom odwołującego, że przedmiotem zamówienia nie było wyłącznie świadczenie usług operatora pocztowego w rozumieniu art. 2 ust. 1 Prawa pocztowego, ale zamawiający wprost dopuszczał i przewidywał w odniesieniu do wykonawców innych niż operator wyznaczony, że będą oni wykonywali jedynie *de facto* usługi pośrednictwa w nadawaniu określonych rodzajów przesyłek w imieniu i na rzecz zamawiającego w placówkach operatora wyznaczonego.

Rozstrzygnięcie i rozważania Izby zostały w pełni podzielone przez Sąd Okręgowy w Gliwicach, który wyrokiem z 26 listopada 2013 r. (sygn. akt X Ga 287/13) oddalił skargę Poczty Polskiej.

W ocenie składu orzekającego Izby powyżej przywołane rozważania są również adekwatne w okolicznościach tej sprawy.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....