

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 7 sierpnia 2017 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych w dniu 3 lipca 2017 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Gminę Miasta Częstochowa dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 czerwca 2017 r. (znak: UZP/DKD/KND/30/16) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. świadczenie usług pocztowych w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych we wszystkich kategoriach wagowych, świadczenia usług komplementarnych do przesyłek rejestrowanych, zwrotu przesyłek rejestrowanych po wyczerpaniu możliwości ich doręczenia adresatom w obrocie krajowym i zagranicznym

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**

Członkowie : **Emil Kawa**

Ewa Kisiel

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasta Częstochowa – udzielił zamówienia publicznego na świadczenie usług pocztowych w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych we wszystkich kategoriach wagowych, świadczenia usług komplementarnych do przesyłek rejestrowanych, zwrotu przesyłek rejestrowanych po wyczerpaniu możliwości ich doręczenia adresatom w obrocie krajowym i zagranicznym. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 6 stycznia 2015 r. pod nr 2015/S 003-003596.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Pzp) przeprowadził kontrolę doraźną postępowania i stwierdził naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp polegające na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, przez brak rzetelnego wskazania wolumenu tzw. przesyłek terminowych (tj. wymagających nadania w placówkach operatora wyznaczonego dla wywołania określonych przepisami skutków prawnych) zaliczanych do przesyłek rejestrowanych. Powyższe zaniechanie uniemożliwiło operatorom pocztowym innym niż operator wyznaczony rzetelne oszacowanie ceny za wykonanie zamówienia i ograniczyło krąg podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego jedynie do operatora wyznaczonego, tj. Poczty Polskiej S.A.

Kontrolujący wskazał, że zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) przedmiotem zamówienia było doręczanie korespondencji – przesyłek rejestrowanych w liczbie 359 604 oraz przesyłek nierejestrowanych w liczbie 65 716, a także paczek pocztowych oraz zwrot przesyłek rejestrowanych.

W pkt 18 SIWZ zawierającym „Istotne postanowienia umowy” w ppkt 16 zamawiający zastrzegł, by dla przesyłek rejestrowanych wykonawca zapewnił zamawiającemu uzyskanie potwierdzenia nadania przesyłki, spełniającego wymogi określone w art. 17 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529) – posiadające moc dokumentu urzędowego. Jednocześnie zamawiający wymagał, aby nadawcą przesyłki rejestrowanej, wskazanym na potwierdzeniu nadania był zamawiający. Nie określił jednak szacowanego wolumenu przesyłek rejestrowanych tzw. terminowych, które wymagają nadania w określony wyżej sposób, nie wydzielił odrębnych pozycji pozwalających na osobną wycenę tzw.

przesyłek terminowych oraz nie dopuścił odrębnego rejestru przesyłek nadawanych u operatora wyznaczonego.

W wyjaśnieniach treści SIWZ udzielanych wykonawcom w toku postępowania zamawiający wskazał, że w zakres usług objętych przedmiotem zamówienia wchodzi także przesyłki wymagające zastosowania przepisu art. 57 § 5 pkt 2 kodeksu postępowania administracyjnego (k.p.a.), art. 12 § 6 pkt 2 ordynacji podatkowej (o.p.) lub ewentualnie innych analogicznych przepisów np. art. 165 § 2 kodeksu postępowania cywilnego (k.p.c.) Jednocześnie zamawiający nie dopuścił możliwości sporządzenia odrębnego wykazu przesyłek wymagających nadania u operatora wyznaczonego lub ich oznakowania w określony sposób w celu wydzielenia i nadania przez wykonawcę u operatora wyznaczonego w dniu odbioru przesyłek od zamawiającego.

Pismem z 3 lipca 2017 r. (wpłynęło do UZP 10 lipca 2017 r.) zamawiający wniósł zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli.

Zdaniem zamawiającego przedmiot zamówienia był opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, był jasny, zrozumiały i zawierał wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty przetargowej. Zamawiający nie wyraził zgody na dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia przez wydzielenie tzw. przesyłek terminowych wymagających nadania u operatora wyznaczonego w celu wywołania określonych skutków prawnych, jednak przedmiot zamówienia był opisany w taki sposób, że nie tworzył monopolu operatora wyznaczonego. Zdaniem zamawiającego wydzielenie z zamówienia tzw. przesyłek terminowych wymagających nadania u operatora wyznaczonego spowodowałoby, że część zamówienia - obejmująca najdroższą usługę - skierowana byłaby wyłącznie do jednego podmiotu i wyłączałoby to jakąkolwiek konkurencyjność, a także znacznie podwyższyłoby cenę zawartą w ofercie.

Zamawiający uznał, że prywatni operatorzy pocztowi mogli złożyć ofertę zapewniając nadawanie przesyłek poleconych (rejestrowanych) w placówkach pocztowych operatora wyznaczonego, tak aby dowody nadania tego rodzaju przesyłek miały moc dokumentu urzędowego. Podkreślił zamawiający, że nie wyłączając z przedmiotowego postępowania tzw. przesyłek terminowych i jednocześnie dopuszczając możliwość nadawania tzw. przesyłek terminowych w imieniu i na rzecz zamawiającego przez operatorów prywatnych niebędących operatorem wyznaczonym nie ograniczył konkurencyjności.

Zamawiający potwierdził, że nie dopuścił możliwości sporządzania odrębnych wykazów (rejestru) przesyłek wymagających nadania u operatora wyznaczonego, a także nie wyraził zgody na zmodyfikowanie formularza cenowego przez wyodrębnienie przesyłek, które należy nadać w placówce operatora wyznaczonego. Wyjaśnił, że o tym, w trybie jakich przepisów nadawana jest korespondencja informują dane zawarte na zwrotnym

potwierdzeniu odbioru (ZPO). W związku z tym w operator pocztowy posiada wszelkie informacje dotyczące procedur, w jakich powinien daną przesyłkę doręczać i związanych z nimi terminów. Wydzielanie przesyłek nie leży w interesie zamawiającego, ponieważ wraz z dokonywaniem segregacji i podziału korespondencji kierowanej przez zamawiającego generowałoby dodatkowe obowiązki i wymagałoby zmiany organizacji zamawiającego.

Zdaniem zamawiającego przepisy k.p.a. i o.p. wymagają stosowania pośrednictwa operatora wyznaczonego w celu dochowania wymaganych prawem terminów. Warunek, aby potwierdzenie nadania przesyłki miało moc dokumentu urzędowego jest dla zamawiającego szczególnie istotny pod względem wykazania dotrzymania terminów doręczeń związanych z czynnościami wykonywanym w zakresie jego zadań ustawowych, w postępowaniach podatkowych, administracyjnych, sądowych itp. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym przez Naczelną Sąd Administracyjny organ administracyjny wobec stron postępowań ponosi odpowiedzialność za doręczenia i nie może sobie pozwolić na to, aby ryzyko wadliwych doręczeń zostało na niego przerzucone z uwagi na brak stosownych kwalifikacji wykonawcy.

Zamawiający podniósł, że tryby doręczania przesyłek w postępowaniach sądowych, podatkowych czy administracyjnych są określone w aktach prawnych regulujących dane postępowania. Pomimo że art. 39 k.p.a. wskazuje na możliwość korzystania z usług operatorów pocztowych innych niż wyznaczony, a więc przewiduje możliwość nadawania przesyłek rejestrowanych bez dowodu nadania z mocą dokumentu urzędowego, jednak należy wziąć pod uwagę art. 57 § 5 pkt 2 k.p.a., który określa, iż termin uważa się za zachowany, jeżeli przed jego upływem pismo zostało nadane w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe.

Korzystanie z operatora wyznaczonego pozwala zamawiającemu na rozpoznawanie spraw z wykorzystaniem całego czasu przeznaczanego na załatwienie sprawy i wydanie rozstrzygnięcia. Ograniczenie korzystania z operatora wyznaczonego spowodowałoby dezorganizację pracy Urzędu Miasta, gdyż w znacznej części postępowań należałoby skrócić czas, który zgodnie z przepisami przysługuje w całym terminie na rozpatrzenie sprawy i wydanie rozstrzygnięcia, o co najmniej kilka dni, aby zapewnić zachowanie terminu. Z tego powodu we wszystkich postępowaniach, w których dla urzędu zastrzeżony jest urzędowy termin na wydanie rozstrzygnięcia jedynym sposobem na uzyskanie całego terminu na zbadanie sprawy i wydanie rozstrzygnięcia jest możliwość zachowania tego terminu poprzez nadanie u operatora wyznaczonego.

Zamawiający podkreślił, że nie stwierdzono nigdy nieprawidłowości związanych z doręczaniem przesyłek za pośrednictwem operatora wyznaczonego.

Wyjaśnił również, że przesyłki terminowe, wymagające nadania w placówkach operatora wyznaczonego dla wywołania określonych przepisami prawa skutków prawnych są

wysyłane listami poleconymi za zwrotnym potwierdzeniem odbioru. W roku 2014 z Urzędu Miasta Częstochowy (UMCz) zostało wysłanych 156.503 listów poleconych ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru, które zawierały zarówno rozstrzygnięcia w zakresie prawa administracyjnego, podatkowego jak również dokumenty wysłane do sądów. Wszystkich listów wysłanych z UMCz za pośrednictwem operatora pocztowego w 2014 r. było 214.136. W roku 2015 z UMCz zostało wysłanych 148.669 listów poleconych ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru. Wszystkich listów wysłanych przez UMCz w 2015 r. za pośrednictwem operatora pocztowego było 209.576. Należy zauważyć, że zamawiający wskazał w SIWZ, że przewidywana przez UMCz ilość korespondencji wysyłanej listem poleconym za potwierdzeniem odbioru w 2015 r. wyniesie 178.034 (164.948 na teren województwa śląskiego i 13.086 poza teren województwa śląskiego). W konsekwencji podanie przewidywanej ilości korespondencji wysyłanej listem poleconym za potwierdzeniem odbioru i przewidywanie zamawiającego, iż za pośrednictwem operatora wyznaczonego może to być nawet połowa nadawanych w tym trybie przesyłek, dawało możliwość określenia przez wykonawcę szacowanego wolumenu tzw. przesyłek terminowych. Zamawiający wskazał w SIWZ, że przewidywana przez ilość korespondencji wysyłanej listem poleconym za potwierdzeniem odbioru wysyłanej łącznie przez jednostki gminy w 2015 r. wyniesie 320.207 (295.206 na teren województwa śląskiego i 25.001 poza teren województwa śląskiego), zatem można było oszacować, że ok. 160.000 to tzw. przesyłki terminowe, które wymagają nadania u operatora wyznaczonego.

Zamawiający podkreślił, że świadczenie usług pocztowych na rzecz 4 jednostek Gminy Miasta Częstochowy w 2015 r. było jednym z przedmiotów kontroli kompleksowej gospodarki finansowej Miasta Częstochowy za okres od 1.01.2011 do 12.02 2016 r. przeprowadzonej przez RIO w Katowicach, która nie stwierdziła zastrzeżeń w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu.

Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego i pismem z 24 lipca 2017 r. przekazał je Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w celu wydania opinii przez Izbę.

W piśmie przekazującym Prezes Urzędu podkreślił, że nie zarzucił zamawiającemu braku wyłączenia przesyłek terminowych do odrębnego postępowania, a jedynie brak rzetelnego oszacowania ich przybliżonego wolumenu, by umożliwić złożenie oferty oraz wycenę świadczenia operatorom innym niż wyznaczony, a tym samym zapewnić realną konkurencję w postępowaniu. Samo dopuszczenie posłannictwa w przesyłkach rejestrowanych, na które powołuje się zamawiający, bez jednoczesnego wskazania szacunku spraw nim objętych, nie otworzyło bowiem postępowania na konkurencję z uwagi na brak możliwości skalkulowania ceny oferty. Brak wskazania dokładnej liczby (wolumenu) tzw. przesyłek terminowych, których posłannictwo miało dotyczyć, faktycznie uniemożliwił

innym operatorom pocztowym niż operator wyznaczony sporządzenie rzetelnej oferty, w tym skalkulowanie jej ceny. Kontrolujący wskazał, że wykonawca bez posiadania rzetelnej informacji na temat wolumenu przesyłek terminowych został pozbawiony możliwości nawiązania konkurencji z Poczta Polska S.A. w postępowaniu, w którym cena była jedynym kryterium oceny ofert.

Prezes Urzędu podkreślił, że w toku prowadzonej kontroli zwrócono się do zamawiającego z prośbą o wskazanie rodzaju (typu) i ilości poszczególnych spraw objętych przedmiotem działalności zamawiającego, w szczególności z zakresu prawa administracyjnego, cywilnego oraz podatkowego, w których w okresie realizacji niniejszego zamówienia występowały tzw. przesyłki terminowe, tj. wymagające nadania w placówkach operatora wyznaczonego dla wywołania określonych przepisami prawa skutków prawnych, w przypadku nadawania tych przesyłek ostatniego dnia terminu wraz z podaniem szacunkowego wolumenu tych przesyłek.

Zamawiający wyjaśnił, że „w 2015 r. wysłano 272 049 szt. listów poleconych ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru, w tym z urzędu miasta Częstochowy wysłano 148 669 szt. listów poleconych ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru. Były to przesyłki terminowe wymagające nadania w placówkach operatora wyznaczonego dla wywołania określonych przepisami prawa skutków prawnych. Przesyłki te zawierały rozstrzygnięcia w zakresie prawa administracyjnego podatkowego i dokumenty wysyłane do sądów. Z Miejskiego Zarządu Dróg i Transportu wysłano 22 000 szt. przesyłek poleconych ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru, były one objęte zakresem prawa administracyjnego i cywilnego i podatkowego. Z Powiatowego Urzędu Pracy wysłano 70 577 szt. przesyłek poleconych ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru, były to przesyłki w sprawach wymagających rozstrzygnięcia administracyjnego w trybie kpa oraz kodeksu cywilnego i ordynacji podatkowej. Z Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej wysłano 30 803 sztuki przesyłek poleconych za zwrotnym potwierdzeniem odbioru.”

Prezes Urzędu ocenił, że wyjaśnienia zamawiającego wskazują, że błędnie utożsamia on przesyłki zawierające rozstrzygnięcie w sprawach administracyjnych w trybie k.p.a. oraz kodeksu cywilnego i o.p. z przesyłkami terminowymi, czyli wymagającymi nadania w placówkach operatora wyznaczonego w celu zachowania terminu doręczenia. Czym innym bowiem jest doręczanie przesyłek pocztowych zgodnie z k.p.a., k.p.c., czy o.p., a czym innym nadawanie tzw. przesyłek terminowych, które stosownie do treści art. 57 § 5 pkt 2 k.p.a., art. 165 § 2 k.p.c. oraz art. 12 § 6 pkt 2 o.p., muszą zostać nadane u operatora wyznaczonego celem zachowania terminu na ich złożenie, w sytuacji składania ich ostatniego dnia tego terminu. Powyższe przepisy dotyczą wyłącznie sytuacji, w których zamawiający będąc stroną lub uczestnikiem postępowania sądowego lub administracyjnego będzie chciał nadać tzw. przesyłkę terminową, tj. przesyłkę, z której nadaniem za

pośrednictwem operatora wyznaczonego ustawodawca wiąże skutek w postaci domniemania wniesienia pisma bezpośrednio do sądu lub organu administracji publicznej, w wyznaczonym terminie. Tryb ten jest zatem uzasadniony jedynie w przypadku ograniczonego zakresu przesyłek pocztowych, które zamawiający nadaje jako strona postępowania, a nie organ administracji samorządowej.

Kontrolujący ocenił, że wyjaśnienia zamawiającego wskazują, iż nie wszystkie wysyłane przez niego przesyłki muszą korzystać z domniemania zachowania terminu ich nadania w placówkach operatora wyznaczonego. Ustanowienie wskazanego wymogu do połowy ogółu korespondencji kierowanej przez zamawiającego, nawet jeżeli dotyczy ona postępowań prowadzonych w oparciu o przepisy k.p.a., k.p.c. czy o.p., było nieuzasadnione.

Prezes Urzędu wywiódł, że tryby doręczania przesyłek w postępowaniach sądowych (art. 131 § 1 k.p.c.), administracyjnych (art. 39 k.p.a.), czy podatkowych (art. 144 o.p.) są określone w aktach prawnych regulujących dane postępowania, a z tych nie wynika, że zamawiający jest zobowiązany do doręczania pism wyłącznie za pośrednictwem operatora wyznaczonego. Powołane regulacje wskazują bowiem, że wystarczające jest by przesyłki zostały doręczone przez przedsiębiorcę legitymującego się wpisem do rejestru operatorów pocztowych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej za stosownym pokwitowaniem odbioru. Przepisy wymienionych aktów prawnych nie różnicują bowiem doręczeń dokonywanych przez operatora wyznaczonego, tj. Poczty Polskiej S.A. z doręczeniami dokonywanymi przez innych operatorów pocztowych. Tym samym pismo takie doręczone przez operatora wyznaczonego będzie wywierało takie same skutki prawne, jak pismo doręczone przez operatora pocztowego, który operatorem wyznaczonym nie jest, a sam fakt jego nadania nie wywołuje żadnych skutków prawnych w postępowaniu. Dopiero w momencie doręczenia decyzji stronie postępowania (a nie jej nadania) wywołuje ona skutki prawne, tj. zaczyna biec termin zawity na wniesienie odwołania i to wówczas strona (a nie Urząd) nadając pismo w placówce operatora wyznaczonego ostatniego dnia terminu korzysta z domniemania zachowania terminu do jego nadania tak, jakby złożyła je w siedzibie organu administracji. Zamawiający w celu zdobycia wiedzy na temat daty doręczenia nadanej przesyłki ma więc możliwość skorzystania z innych metod niż nadanie przesyłki u operatora wyznaczonego, tj. może wysłać list polecony u dowolnego operatora pocztowego za zwrotnym potwierdzeniem odbioru, na którym znajduje się dowód doręczenia w postaci podpisu odbiorcy.

Prezes Urzędu wskazał ponadto, że wbrew twierdzeniu zamawiającego na zwrotnym potwierdzeniu odbioru brak jest informacji czy przesyłka jest terminowa, czy nie. Stąd też nieuprawniona jest teza, że operator pocztowy miałby podstawy do ustalenia charakteru przesyłek samodzielnie. Ponadto dla potencjalnych wykonawców istotna była informacja o

wolumenie przesyłek terminowych na etapie kalkulowania ceny oferty a nie w momencie realizacji zamówienia.

W ocenie Prezesa Urzędu wyjaśnienia zamawiającego odnośnie typów spraw objętych kontrolowanym zamówieniem nie potwierdziły, że wskazana w SIWZ liczba około połowy ogółu wszystkich przesyłek objętych przedmiotem zamówienia należała do kategorii tzw. przesyłek terminowych, czyli przesyłek wymagających nadania w placówkach operatora wyznaczonego dla wywołania określonych przepisami prawa skutków w przypadku nadania tych przesyłek ostatniego dnia terminu.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu i zamawiającego zważyła, co następuje:

Izba oceniła zastrzeżenia na podstawie przepisów ustawy obowiązujących w dacie wszczęcia kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia stosownie do dyrektyw zawartych w art. 220 ust. 1 Pzp.

Zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Stan faktyczny ustalony w toku kontroli nie był kwestionowany w zastrzeżeniach. Ponad ustalenia wskazane w Informacji o wyniku kontroli oraz zastrzeżeniach należy wskazać, co wynika z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia znajdującego się w aktach sprawy, że w postępowaniu złożono jedną ofertę. Oferentem była Poczta Polska S.A. w Warszawie – operator wyznaczony.

Kwestią sporną jest ocena zgodności opisu przedmiotu zamówienia z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Przywołany stan sprawy oraz stanowisko zamawiającego zawarte w wyjaśnieniach oraz zastrzeżeniach do wyników kontroli wskazują, iż zamawiający opisując przedmiot zamówienia w sposób nie pozwalający wykonawcom nie będącym operatorem wyznaczonym prawidłowo ustalić liczby przesyłek terminowych, a tym samym kosztów wykonywania usługi ich doręczenia, dopuścił się naruszenia powołanych przepisów. Opis przedmiotu zamówienia okazał się niewystarczający, nie uwzględniał wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców innych niż Poczta Polska S.A., a tym samym utrudnił tym wykonawcom uczciwe konkurowanie o zamówienie z operatorem wyznaczonym.

Stosownie do art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazuje na

to ponowienie w ustawie w odniesieniu *stricte* do opisu przedmiotu zamówienia generalnej zasady zawartej wcześniej w art. 7 ust. 1 Pzp, a obowiązującej w odniesieniu do wszystkich czynności podjętych przez zamawiającego w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, od jego przygotowania i wszczęcia poczynawszy, a na zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego skończywszy. Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Na wagę opisu przedmiotu zamówienia dla prawidłowego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia wskazuje nie tylko ponowienie reguły zawartej w art. 7 ust. 1 Pzp, ale również to, że naruszeniem normy art. 29 ust. 2 Pzp nie jest rzeczywiste, lecz już potencjalne ograniczenie konkurencji w postępowaniu.

W świetle przywołanych przepisów swoboda zamawiającego w określaniu cech robót budowlanych, dostaw lub usług, które chce zakupić, jest ograniczona koniecznością zachowania zasad ustalonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Opis przedmiotu zamówienia ograniczający możliwość złożenia ofert przez wykonawców, który nie jest podyktowane racjonalnymi i obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego narusza prawo. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest zatem nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący wprost na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który utrudnia dostęp do zamówienia jedynie kilku wybranym wykonawcom działającym w danym obszarze rynku.

Z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp należy wywieść zatem zasadę neutralności opisu przedmiotu zamówienia, który powinien być opisany w taki sposób, że charakterystyka wymagań zamawiającego jest tak samo czytelna i zrozumiała dla wszystkich wykonawców i nie pozycjonuje ich szans na uzyskanie zamówienia.

W badanym postępowaniu zamawiający nie dochował oczekiwanych standardów, gdyż pośrednio – przez zaniechanie zamieszczenia w opisie przedmiotu zamówienia informacji istotnych dla prawidłowej wyceny oferty przez wykonawców innych niż Poczta Polska S.A. – zbudował przewagę tego wykonawcy nad innymi uczestnikami rynku usług pocztowych.

Prezes Urzędu dokonując ustalenia wzorca prawidłowego postępowania zamawiającego zasadnie stwierdził, że doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp.

W SIWZ zawarto wymóg, by potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowej miało moc dokumentu urzędowego. Wymóg ten dotyczył całego wolumenu przesyłek objętych postępowaniem. Organ przeprowadzający kontrolę zwracał się do zamawiającego o dodatkowe wyjaśnienia i wskazanie rodzaju oraz ilości spraw, w których konieczne jest z uwagi na charakter danej sprawy otrzymanie urzędowego dowodu nadania przesyłki terminowej. W odpowiedzi Prezes Urzędu otrzymał zestawienie ilościowe obejmujące wykaz wszystkich spraw prowadzonych przez komórki organizacyjne zamawiającego, co do których

śluszenie podniósł, iż nie wszystkie z nich muszą korzystać z przywileju domniemania zachowania terminu nadania w placówce operatora wyznaczonego.

Zamawiający konsekwentnie, lecz błędnie przyjmuje, że nadanie każdej przesyłki rejestrowanej (wysłanej) wymaga potwierdzenia nadania z mocą dokumentu urzędowego, wiążąc go ze skutkiem stwierdzenia terminu doręczenia przesyłki odebranej. Dokument nadania przesyłki nie ma praktycznego znaczenia dla kwestii ustalenia, czy przesyłka została adresatowi fizycznie doręczona. Dokument ten dowodzi jedynie, że przesyłka została nadana u określonego operatora pocztowego w określonej dacie i służy nadawcy do wykazania, że dochował przewidzianego terminu na dokonanie danej czynności, ale w żaden sposób nie przesądza o fizycznym doręczeniu przesyłki adresatowi. Z kolei dokumenty potwierdzenia odbioru wydawane są nadawcom, bez względu na to jaki operator pocztowy je wydaje i mają identyczną moc. Dopiero w momencie doręczenia decyzji stronie postępowania (a nie jej nadania) wywołuje ona skutki prawne, tj. zaczyna biec termin zawity na wniesienie odwołania i to wówczas strona nadając pismo w placówce operatora wyznaczonego ostatniego dnia terminu korzysta z domniemania zachowania terminu do jego nadania tak, jakby złożyła je w siedzibie organu administracji. Tylko też w takich sytuacjach, w których zamawiający jest stroną określonego postępowania istotne znaczenie będzie miała dla niego data nadania przesyłki u operatora wyznaczonego.

Prawidłowo także w toku kontroli ustalono, że brak wskazania dokładnej liczby (wolumenu) tzw. przesyłek terminowych, których posłannictwo miało dotyczyć, faktycznie uniemożliwił innym operatorom pocztowym niż operator wyznaczony sporządzenie rzetelnej oferty, w tym skalkulowanie jej ceny. Zamawiający dopuszczając posłannictwo objął nim cały przedmiot zamówienia, nie ograniczając go do określonej jego części. Brak rzetelnej informacji w zakresie wolumenu przesyłek terminowych, faktycznie uniemożliwił innym operatorom pocztowym niż operator wyznaczony sporządzenie i złożenie oferty. Nic nie stało na przeszkodzie, by zamawiający podzielił zamówienie na części, co wbrew twierdzeniom zamawiającego nie musiałoby prowadzić do wyłączenia konkurencyjności takiego postępowania, zwłaszcza w sytuacji, gdyby zamawiający zdecydowałby się na zastosowanie kryteriów oceny ofert innych niż cena. Również określenie ilościowe przesyłek terminowych pomogłoby dokonać takim wykonawcom oszacowania ceny ofertowej.

W konsekwencji zamawiający dopuścił się zarzucanych mu naruszeń przepisów ustawy. Pomimo przeprowadzenia postępowania w podstawowym trybie przetargu nieograniczonego, przez opis przedmiotu zamówienia i określenie wymagań dla świadczenia usług zamawiający ograniczył wykonawcom innym niż operator wyznaczony możliwość złożenia konkurencyjnej oferty. Wyłączenie realnej konkurencji w postępowaniu potwierdza fakt złożenia oferty przez Poczta Polska S.A., natomiast odmowa dokonania podziału zamówienia na części lub wyodrębnienia w opisie przedmiotu zamówienia i formularzu

cenowym przesylek terminowych, w kontekście lektury zastrzeżeń dają podstawę do twierdzenia, że zamiarem zamawiającego było udzielenie zamówienia temu wykonawcy.

Za całkowicie chybione uznać należy twierdzenie zamawiającego o ograniczeniu mu wyznaczonego ustawą czasu na załatwienie sprawy administracyjnej. Wystarczające ku temu byłoby zgodnie z wnioskami kierowanymi do zamawiającego w trakcie postępowania przez wykonawców dopuszczenie możliwości sporządzenia odrębnego wykazu przesylek wymagających nadania u operatora wyznaczonego lub ich oznakowania w określony sposób w celu wydzielenia i nadania przez wykonawcę u operatora wyznaczonego w dniu odbioru przesylek od zamawiającego, na co zamawiający nie wyraził zgody.

Nie przekonują nie poparte szczegółowymi argumentami ogólne twierdzenia zamawiającego, że nie miał możliwości ustalenie liczby przesylek terminowych oraz, że ich nadawanie generowałyby nowe obowiązki skutkujące koniecznością reorganizacji zamawiającego. Elementarne doświadczenia życiowe osób obeznanych z załatwianiem spraw urzędowych wskazuje, że takie ustalenie jest możliwe na podstawie rejestrów i dokumentacji, które jednostki administracji samorządowej zobowiązane są prowadzić, a fakt, że nie jest to dla zamawiającego wygodne jest obojętny prawnie. Przepisy art. 29 Pzp ustalają reguły, których zamawiający jest zobowiązany przestrzegać przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia. Nieuzasadnione ograniczenie konkurencji w postępowaniu powodowane wyłącznie względami organizacyjnymi zamawiającego nie można uznać w okolicznościach badanego postępowania za uzasadnione potrzebami zamawiającego, lecz za naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp,

Podsumowując, zamawiający przez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony ograniczył konkurencję w postępowaniu adresując zamówienie do operatora wyznaczonego, w sytuacji gdy zamówienie mogli wykonać również operatorzy nie posiadający takiego statusu. W związku z powyższym Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu, że opisując przedmiot zamówienia w badanym postępowaniu zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Pogląd, że brak możliwości realnej wyceny przesylek terminowych oraz połączenia w opisie przedmiotu zamówienia takich przesylek w jednym wolumenie z pismami urzędowymi ograniczają konkurencję i naruszają przepisy ustawy został już wyrażony w uchwale Izby z 19 lipca 2017 r. sygn. akt KIO/KD/30/17.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....