

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 7 stycznia 2015 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 10 grudnia 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez

Prokuraturę Okręgową w Lublinie ul. Okopowa 2A, 20-950 Lublin

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia 3 grudnia 2014 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym, w zakresie przyjmowania, przemieszczania, doręczania i zwrotu niedoręczonych przesyłek pocztowych rejestrowanych”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Aneta Mlącka
Izabela Niedziałek-Bujak

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego – Prokuratury Okręgowej w Lublinie do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych od 20 października do 3 grudnia 2014 r. prowadził kontrolę udzielonego przez zamawiającego – Prokuraturę Okręgową w Lublinie Poczcie Polskiej S.A. zamówienia publicznego na „świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym, w zakresie przyjmowania, przemieszczania, doręczania i zwrotu nedoręczonych przesyłek pocztowych rejestrowanych” udzielonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Prawo zamówień publicznych na okres od 15 lutego do 31 grudnia 2013 r.

W ocenie Prezesa UZP wyrażonej w informacji o wyniku kontroli zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z wyjaśnień zamawiającego wynika, iż wszczął on postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki 1 lutego 2013 r., a umowa została zawarta 15 lutego 2013 r. Wybór trybu zamówienia zamawiający uzasadnił powołując się na przyczyny techniczne oraz związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów zawartych w ustawie Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 roku, poz.1529 z późn. zm.) z uwagi na następujące okoliczności:

1. Poczta Polska S.A. jest operatorem wyznaczonym na okres 3 lat od 1 stycznia 2013 r., zgodnie z art. 46 i art. 178 ust. 1 ustawy Prawo pocztowe, do świadczenia usług pocztowych w zakresie przesyłek rejestrowanych na rzecz podmiotów zaliczanych do sektora finansów publicznych, zgodnie z art. 3 pkt 11, 13 i 23 ustawy Prawo pocztowe.
2. Ze względu na wykonywane przez zamawiającego zadania w systemie kontroli i ochrony prawa w państwie, zamawiający w 99,98% nadaje przesyłki rejestrowane, natomiast zgodnie z przepisami: art. 124 Kodeksu postępowania karnego, art. 165 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego, art. 176 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych bieg terminu pism procesowych jest zachowany, jeżeli przed jego upływem pismo zostało nadane w polskiej placówce operatora wyznaczonego.
3. Zdaniem zamawiającego jedynie operator wyznaczony, jakim jest obecnie Poczta Polska S.A., na podstawie zapisu art. 46 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo pocztowe, ma obowiązek świadczyć powszechne usługi pocztowe w sposób umożliwiający uzyskanie przez nadawcę dokumentu potwierdzającego odbiór przesyłki rejestrowej, tzw. zwrotki.

Prezes UZP wskazał, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza wyłącznie

w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. Według orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, sprawa C-199/85, dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie (wyrok C-126/03).

Zamawiający powoływał się również na przesłankę wynikającą z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający może zastosować tryb z wolnej ręki w przypadku zaistnienia przyczyn związanych z koniecznością ochrony praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, a do udzielenia zamówienia nie wystarczy, by przedmiot zamówienia objęty był ochroną prawa wyłącznego. Zamawiający musi wykazać, iż wykonywanie zamówienia przez innego wykonawcę jest niemożliwe nie tylko ze względu na przysługującą danemu podmiotowi ochronę praw wyłącznych, ale że istnienie takich praw wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia temu podmiotowi. Zamawiający powinien także wykazać, że na rynku nie istnieją rozwiązania równoważne objętym prawem wyłącznym, które odpowiadałyby potrzebom zamawiającego. W przeciwnym wypadku niemożliwe jest skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ prowadziłoby to do nierównego traktowania wykonawców. Zamawiający powinien zatem udowodnić, iż żaden inny wykonawca, poza podmiotem, który ma być zaproszony do negocjacji w trybie zamówienia wolnej ręki, nie jest w stanie zaoferować dostaw lub świadczenia usług, które pod względem funkcjonalnym mogłyby stanowić rozwiązania równoważne oferowanym przez wybranego wykonawcę.

W odniesieniu do przedmiotu zamówienia objętego kontrolą 1 stycznia 2013 r. weszła w życie ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe, która wprowadziła na terenie

Unii Europejskiej liberalizację rynku usług pocztowych i uwolnienie rynku usług pocztowych, zgodnie z dyrektywą 2008/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lutego 2008 r. Kluczowym rozwiązaniem określającym zasady funkcjonowania zliberalizowanego rynku pocztowego z uwzględnieniem postanowień dyrektywy, była likwidacja obszaru zastrzeżonego. Otwarcie rynku pocztowego nastąpiło m. in. poprzez zniesienie przepisu art. 47 ustawy Prawo pocztowe, w którym określony był zakres obszaru usług zastrzeżonych i prawo wyłączne operatora publicznego – Poczty Polskiej S.A. do świadczenia usług w tym obszarze, a rynek pocztowy stał się rynkiem otwartym, na którym działalność w pełnym zakresie konkurencyjności prowadzić mogą wszyscy przedsiębiorcy pocztowi wpisani do rejestru prowadzonego przez Urząd Komunikacji Elektronicznej. Rynek ten podlega ochronie w zakresie zachowania konkurencyjności gwarantowanej przez Komisję Europejską. Nie istnieją zatem jakiegokolwiek podstawy do uprzywilejowywania wykonawcy, jakim jest Poczta Polska S.A., a realizacja zamówienia publicznego na usługi pocztowe powinna zostać poprzedzona przeprowadzeniem postępowania w jednym z trybów podstawowych.

Jednocześnie zamawiający nie wykazał zasadności udzielenia zamówienia w oparciu o przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych. Zgodnie z art. 178 ust. 1 ustawy Prawo pocztowe, Poczta Polska S.A. pełni obowiązki operatora wyznaczonego do końca 2016 r. Zgodnie z treścią art. 3 pkt 13 tej ustawy operator wyznaczony to operator pocztowy zobowiązany do świadczenia usług powszechnych. Poczta Polska S.A. świadcząc usługi powszechne zobowiązana jest więc do utrzymywania wymaganej przepisami liczby placówek pocztowych, bez względu na stopień zapotrzebowania na te usługi i wykonywania określonych przepisami obowiązków z tego zakresu. Jednocześnie, zgodnie z art. 17 ustawy Prawo pocztowe, operator wyznaczony ma wyłączne prawo do wystawienia potwierdzenia nadania przesyłki rejestrowanej lub przekazu pocztowego, które ma moc dokumentu urzędowego. Oznacza to, że w przypadku Poczty Polskiej S.A. o zachowaniu terminu, np. w sprawie cywilnej (w związku z art. 165 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego), w sprawie karnej (w związku z art. 124 Kodeksu postępowania karnego), czy w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych (art. 176 ust. 3 o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych) decyduje potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej, zaś w przypadku innych operatorów decydującym będzie potwierdzenie odbioru takiej przesyłki przez jej adresata. Poczta Polska S.A. nie dysponuje zatem wyłącznym prawem do świadczenia usług pocztowych. Jest ona wprawdzie podmiotem wyznaczonym i zobowiązanym do świadczenia usług pocztowych o charakterze powszechnym, ale nie wyklucza to świadczenia usług pocztowych przez inne podmioty.

Należy też zauważyć, iż zmiany dokonane w zakresie doręczeń we wskazanych powyżej przez zamawiającego przepisach, które weszły w życie 1 stycznia 2013 r., w tym samym

czasie co zmiana przepisów prawa pocztowego, umożliwiają świadczenie usług pocztowych na rzecz organów i instytucji działających na podstawie przywołanych ustaw przez różnych operatorów pocztowych bez konieczności urzędowego potwierdzenia nadania przesyłek rejestrowanych.

W odniesieniu do znaczenia i istoty potwierdzenia nadania przesyłki za pośrednictwem operatora wyznaczonego, o której mowa w art. 17 ustawy Prawo pocztowe – domniemanie to ma służyć stronom i uczestnikom postępowań celem dochowania terminów procesowych, na co jednoznacznie wskazuje treść ww. przepisów. Zgodnie z uzasadnieniem do projektu ustawy Prawo pocztowe (nr druku sejmowego 801) „przepis art. 17 jest kontynuacją dotychczas obowiązującego przepisu, co jest uzasadnione szczególną rolą operatora wyznaczonego, któremu państwo powierza świadczenie usługi powszechnej i który gwarantuje ciągłość i dostępność tej usługi”. Tym samym przepisy te gwarantują dochowanie terminów dla stron i uczestników już w momencie nadania pisma procesowego u operatora, który posiada status operatora wyznaczonego, i tylko w tym zakresie korzystanie z tej gwarancji jest uzasadnione celem zapewnienia pewności obrotu prawnego – gwarancja ta nie służy jednak organom ochrony prawa, jakimi są sądy i prokuratury. Zatem ustawodawca, celem wywołania skutku polegającego na rozpoczęciu biegu terminów procesowych dla stron i uczestników postępowania, nie wymaga doręczenia ich przez organ sądu czy prokuratury przy pomocy operatora wyznaczonego, lecz za wystarczające uznaje doręczenie dokonane przez operatora pocztowego.

Dodatkowo, na mocy § 40 ust. 1 zarządzenia nr 5 Prokuratora Generalnego z dnia 31 marca 2010 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów oraz innych działów administracji w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury „akta spraw, akty oskarżenia, wnioski o warunkowe umorzenie postępowania karnego lub o umorzenie postępowania i zastosowanie środka zabezpieczającego, zarządzenia, wytyczne, polecenia o charakterze ogólnym, kasacje, apelacje, zażalenia, sprzeciwy, skargi do sądu administracyjnego, wystąpienia, dokumenty osobiste i inne pisma wskazane przez ich autora jako ważne, jeżeli nie są doręczane przez pracownika prokuratury, przesyła się listami poleconymi, a postanowienia podlegające zaskarżeniu i odpisy postanowień o uchyleniu tymczasowego aresztowania, listami poleconymi za zwrotnym pokwitowaniem odbioru”. Jednocześnie zgodnie z treścią § 40 ust. 5 ww. zarządzenia „wezwania, zawiadomienia i odpisy postanowień innych niż wymienione w ust. 1 przesyła się jako przesyłki polecane za zwrotnym pokwitowaniem odbioru, a pozostałe pisma doręczane przez pocztę, jako przesyłki listowe polecane, na zasadach określonych przepisami rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu doręczania pism sądowych w postępowaniu karnym (Dz. U. Nr 108, poz. 1022)”. Tym samym dokument w postaci zbiorczej książki nadawczej w wystarczający sposób

zabezpiecza interesy zamawiającego. Tego rodzaju dokument, niezależnie od użytej nazwy, może zostać sporządzony zarówno przez jednostki organizacyjne sądownictwa, jak i prokuratury. Taki dokument ma walor dowodu z dokumentu urzędowego w rozumieniu art. 244 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego, jeżeli zostanie sporządzony w określonej formie, przez uprawniony organ w ramach jego kompetencji. W konsekwencji opis przedmiotu zamówienia określony w postępowaniu objętym kontrolą, gdzie wymagane było, aby potwierdzenie nadania korespondencji dokonywane przez placówkę operatora posiadało moc dokumentu urzędowego, nie stanowiło podstawy do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Prawo zamówień publicznych. Zmiana przepisów ustawy Prawo pocztowe umożliwiła świadczenie usług pocztowych na rzecz organów i instytucji przez różnych operatorów pocztowych bez konieczności urzędowego potwierdzenia nadania przesyłek rejestrowanych. Przyjęcie odmiennego stanowiska w zakresie stosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych oznaczałoby w istocie zakwestionowanie sensu normatywnego art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, ale także rodziłoby wątpliwości w świetle art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i wynikających z niego podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców. W ocenie Prezesa UZP nie jest możliwa do zaakceptowania sytuacja, w której zamawiający, mimo istnienia konkurencji na rynku, kreuje monopol wybranego wykonawcy.

W ocenie Prezesa UZP w okolicznościach faktycznych sprawy zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Prawo zamówień publicznych uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a tym samym naruszył art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Prezesa UZP i złożył zastrzeżenia do wyniku kontroli. Zamawiający podkreślił, że ze względu na realizację zadań w systemie kontroli i ochrony prawa w państwie dla realizacji tego celu musiał mieć możliwość nadania pism w toku postępowań z zachowaniem terminów wynikających z przepisów prawa procesowego, a wykonawca musiał świadczyć usługi o charakterze powszechnym – umożliwiającym bezproblemowy dostęp do awizowanych przesyłek nie tylko mieszkańcom miast i większych miejscowości, ale również wsi.

Dokonując kontroli Prezes UZP nie wziął pod uwagę faktu, iż prokuratorzy, oprócz występowania w toku postępowań w charakterze organu, występują też w charakterze strony bądź uczestnika postępowania i w tym zakresie prokuratorów obowiązują takie same uregulowania, jak każdego innego uczestnika postępowania. W postępowaniu karnym

prokurator w czynnościach przed sądem jest stroną (art. 46 czy art. 299 § 3 Kodeksu postępowania karnego), która zobligowana jest do zachowania przewidzianych prawem procesowym terminów, np. w przypadku wnoszenia środków zaskarżenia. W postępowaniu cywilnym oraz administracyjnym, gdzie udział prokuratora jest możliwy, a w niektórych przypadkach konieczny (art. 7, art. 546 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego), prokuratora również wiążą określone w przepisach terminy do dokonywania czynności procesowych.

Analizy przepisów obligujących strony postępowania do zachowania terminów procesowych, należy dokonywać na datę najpóźniej 1 lutego 2013 r., kiedy to zamawiający skierował do Poczty Polskiej S.A. zaproszenie do negocjacji. W tej dacie obowiązywało następujące brzmienie przepisów procedur:

1. art. 124 Kodeksu postępowania karnego: „termin jest zachowany, jeżeli przed jego upływem pismo zostało nadane w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529), w polskim urzędzie konsularnym lub złożone przez żołnierza w dowództwie jednostki wojskowej albo przez osobę pozbawioną wolności w administracji odpowiedniego zakładu, a przez członka załogi polskiego statku morskiego kapitanowi statku”,

2. art. 165 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego: „oddanie pisma procesowego w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu”,

3. art. 57 § 5 pkt 2 Kodeksu postępowania administracyjnego: „termin uważa się za zachowany, jeżeli przed jego upływem pismo zostało nadane w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe”,

4. art. 176 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych: „termin jest zachowany, jeżeli przed jego upływem nadano pismo w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529) lub złożono w polskim urzędzie konsularnym”.

Ponadto z innych przepisów, np. z art. 429 § 1 Kodeksu postępowania karnego traktującego o warunkach dopuszczalności przyjęcia wnoszonego środka odwoławczego, wynika, że Prezes Sądu badając terminowość jego wniesienia sprawdza tylko datę jego nadania wynikającą ze stempla pocztowego. W takiej sytuacji sąd uprawniony nigdy nie bada tej kwestii w oparciu o zbiorczą książkę nadawczą, ponieważ w jego ocenie nie jest to podstawą do ustalenia terminowości nadania pisma.

Zatem w dacie skierowania do Poczty Polskiej S.A. zaproszenia do negocjacji wszystkie obowiązujące w polskim systemie prawnym procedury dla terminowego wniesienia pism procesowych nie składanych bezpośrednio w sądzie lub w innym organie w postępowaniach,

w których stroną był prokurator Prokuratury Okręgowej w Lublinie czy prokuratur rejonowych, wymagały uczynienia tego za pośrednictwem operatora wyznaczonego.

Niezrozumiałym w kontekście występowania prokuratorów w charakterze strony jest stwierdzenie kontrolującego, że „zmiany dokonane w zakresie doręczeń we wskazanych przez Zamawiającego przepisach, tj. art. 124 kpk, art. 165 § 2 kpc oraz 176 ust. 3 ondfp, które weszły w życie z dniem 1 stycznia 2013r., a zatem w tym samym czasie co zmiana przepisów prawa pocztowego, umożliwiają świadczenie usług pocztowych na rzecz organów i instytucji działających na podstawie przywołanych ustaw przez różnych operatorów pocztowych bez konieczności urzędowego potwierdzenia nadania przesyłek rejestrowanych”. Przywołane powyżej brzmienie tych przepisów w dacie 1 lutego 2013 r. jednoznacznie wskazuje, że nadanie przez stronę przesyłki tylko za pośrednictwem operatora wyznaczonego w jakimkolwiek postępowaniu: karnym, cywilnym, czy administracyjnym było równoznaczne z wniesieniem tego pisma do sądu – czyli z zachowaniem wymaganego prawem procesowym terminu. Prokuratura musiała zagwarantować możliwość terminowego dokonywania czynności procesowych i brak było możliwości zorganizowania konkurencyjnej procedury przetargowej z uwagi na fakt posiadania przymiotu operatora wyznaczonego jedynie przez Poczta Polska S.A.

Dodatkowo Poczta Polska S.A. jako jedyny operator świadczy usługi w systemie całodobowym, umożliwiającym zachowanie terminu procesowego tuż przed jego upływem. W ocenie zamawiającego powołując się na zmiany wprowadzone ustawą Prawo pocztowe Prezes UZP miał na względzie przepisy procedur dotyczące doręczania przesyłek przez sądy oraz inne organy nie występujące w postępowaniach w charakterze strony, wymieniając art. 131 Kodeksu postępowania karnego, art. 131 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego i art. 39 Kodeksu postępowania administracyjnego, które obecnie posługują się pojęciem „operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe” w ogólności. Zmiany nie dotyczyły jednak stron postępowania. W przepisach art. 124 Kodeksu postępowania karnego, art. 165 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego oraz 176 ust. 3 ustawy o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych wprowadzona została bowiem jedynie zamiana pojęcia „operator publiczny”, na „operator wyznaczony”. W praktyce pozostał to ten sam podmiot.

Dodatkowo, na podstawie art. 1 pkt 38 ustawy z dnia 27 września 2013 r. od 9 listopada 2013 r. przepis art. 124 Kodeksu postępowania karnego obowiązuje w następującym brzmieniu: „termin jest zachowany, jeżeli przed jego upływem pismo zostało nadane w placówce podmiotu zajmującego się doręczaniem korespondencji na terenie Unii Europejskiej, w polskim urzędzie konsularnym lub złożone przez żołnierza w dowództwie jednostki wojskowej albo przez osobę pozbawioną wolności w administracji odpowiedniego zakładu, a przez członka załogi polskiego statku morskiego – kapitanowi statku”. Ta

regulacja weszła jednak w życie po 9 miesiącach od zaproszenia do negocjacji Poczty Polskiej S.A. i nie była możliwa do przewidzenia na datę 1 lutego 2013 r. Regulacje zawarte w Kodeksie postępowania cywilnego oraz Kodeksu postępowania administracyjnego, wskazujące na operatora wyznaczonego, obowiązują do chwili obecnej.

Występowanie prokuratorów w charakterze oskarżyciela publicznego (czyli strony) przed sądem stanowi jedno z podstawowych zadań prokuratury. Możliwość wykonywania tych obowiązków przed zmianą art. 124 Kodeksu postępowania karnego istniała tylko przy zapewnieniu obsługi korespondencji przez operatora wyznaczonego.

Zamawiający nie zgodził się ze stwierdzeniem Prezesa UZP, że „charakter dokumentu w postaci zbiorczej książki nadawczej w wystarczający sposób zabezpiecza interesy Zamawiającego”. Art. 17 ustawy Prawo pocztowe wskazuje, że potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej lub przekazu pocztowego wydane przez placówkę pocztową operatora wyznaczonego ma moc dokumentu urzędowego i to ono stanowi potwierdzenie zawarcia umowy o świadczenie usługi pocztowej (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo pocztowe). Z całą pewnością nie stanowi dowodu nadania poszczególnych przesyłek dokument „w postaci zbiorczej książki nadawczej”. O ile sam fakt dokonania wpisów w takiej książce przez prokuraturę mógłby być rozważany w kategorii sporządzenia dokumentu urzędowego (w tym przedmiocie zamawiający ma jednak wątpliwości), to już okoliczność wskazująca na fakt oraz datę przyjęcia przez operatora pocztowego przesyłki pocztowej do przemieszczenia i doręczenia w żadnej mierze nie może być uznana za dokument urzędowy, o ile nie jest potwierdzona przez operatora wyznaczonego. Poza tym sądy i organy, przed którymi prokuratorzy występują w charakterze strony, fakt dochowania terminu procesowego oceniają na podstawie stempla pocztowego na kopercie, nie zaś na podstawie „zbiorczej książki nadawczej” będącej w posiadaniu prokuratury. Posiadanie dokumentu urzędowego potwierdzającego fakt nadania przesyłki w konkretnym postępowaniu daje prokuratorowi dowód dochowania czynności w terminie w przypadku zaginięcia przesyłki.

Istotnym kryterium skierowania zaproszenia do negocjacji tylko do Poczty Polskiej S.A. była konieczność świadczenia przez wykonawcę usług o charakterze powszechnym. Z racji wskazania przez ustawodawcę, że Poczta Polska S.A. przez okres 3 lat będzie operatorem wyznaczonym oraz wynikających z tego faktu obowiązków utrzymywania placówek pocztowych umożliwiających każdemu obywatelowi dostęp do tych usług, na dzień 1 lutego 2013 r. zamówienie mogło być zrealizowane jedynie przez Poczta Polską S.A. Jedynie ten podmiot posiadał odpowiednią infrastrukturę do świadczenia usług o charakterze powszechnym nie tylko na terenie właściwości Prokuratury Okręgowej w Lublinie, ale też na terenie całego kraju, który to fakt został zupełnie pominięty przy okazji dokonywania kontroli. Powszechnie znany problem braku terminowości oraz nieprawidłowości w doręczaniu przesyłek sądowych i prokuratorskich na początku 2014 r., po wygraniu przetargu przez

Polską Grupę Poczтовую S.A., potwierdza zasadność wyboru zamówienia z wolnej ręki i skierowanie zaproszenia do negocjacji do Poczty Polskiej S.A. Problemy w organizacji infrastruktury mogącej spełnić wymóg powszechności tym bardziej potwierdza brak istnienia w lutym 2013 r. na rynku usług pocztowych innego niż Poczta Polska S.A. operatora mogącego sprostać wymogowi powszechności, który był stawiany przez zamawiającego. Potwierdza to też wynik kontroli Najwyższej Izby Kontroli w Lublinie obejmujący swym zakresem dostarczanie pism i przesyłek sądowych i prokuratorskich, która jednoznacznie wykazała szereg nieprawidłowości w świadczeniu usług pocztowych przez Polską Grupę Poczтовую w okresie roku 2014.

Zatem w dacie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki nie istniał inny niż Poczta Polska S.A. wykonawca, który mógłby wykonać zamawianą usługę, jak również nie istniało równoważne rozwiązanie do tego, które mogła zaproponować Poczta Polska S.A. jako operator wyznaczony. Wbrew zatem ustaleniom poczynionym w trakcie kontroli istniały zatem przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Prawo zamówień publicznych i zostały one wykazane. Z tego też względu nie można mówić o naruszeniu przez zamawiającego przepisów art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższa argumentacja nie przekonała Prezesa UZP, który zastrzeżeń nie uwzględnił i podtrzymał stanowisko, że zamawiający nie wykazał wypełnienia przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Po zapoznaniu się ze stanem faktycznym wynikającym z przekazanej jej dokumentacji kontroli oraz z uzasadnieniem stanowisk Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i zamawiającego, Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zasługują na uwzględnienie.

Z ustalonego podczas kontroli uzasadnienia wyboru przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki wynika, że zamawiający udzielił przedmiotowego zamówienia w oparciu o przepisy art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Prawo zamówień publicznych. Stanowią one, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę:
 - a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze,
 - b) z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów.

Ze stanowisk Prezesa UZP i zamawiającego wynika, iż sama treść art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Prawo zamówień publicznych są obu stronom znane i nie stanowią przedmiotu sporu. Kwestią, która budzi wątpliwości, jest to, czy w danym stanie faktycznym zamawiający mógł zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki ze względu na to, że jedynie jeden podmiot mógł wykonać zamówienie.

Jak wynika z argumentacji zamawiającego, podstawową przyczyną, dla której zamawiający wybrał Poczta Polska S.A. są przepisy Kodeksu postępowania karnego, Kodeksu postępowania cywilnego, Kodeksu postępowania administracyjnego i innych ustaw, z których treści wynikało, że tylko nadanie korespondencji w placówce pocztowej operatora wyznaczonego wywiera skutek w postaci zachowania terminu na dokonanie czynności, czy jest uznawane za równoznaczne z wniesieniem go do sądu (w zależności od brzmienia danego przepisu).

Tu zamawiający powołał się na cztery najważniejsze dla niego przepisy, o treści aktualnej na chwilę udzielenia zamówienia:

1. art. 124 Kodeksu postępowania karnego: „termin jest zachowany, jeżeli przed jego upływem pismo zostało nadane w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529), w polskim urzędzie konsularnym lub złożone przez żołnierza w dowództwie jednostki wojskowej albo przez osobę pozbawioną wolności w administracji odpowiedniego zakładu, a przez członka załogi polskiego statku morskiego kapitanowi statku”,
2. art. 165 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego: „oddanie pisma procesowego w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu”,
3. art. 57 § 5 pkt 2 Kodeksu postępowania administracyjnego: „termin uważa się za zachowany, jeżeli przed jego upływem pismo zostało nadane w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe”,
4. art. 176 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych: „termin jest zachowany, jeżeli przed jego upływem nadano pismo w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529) lub złożono w polskim urzędzie konsularnym”.

Jednocześnie nie jest sporne, że operatorem wyznaczonym w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe na lata 2013-2016 jest jedynie Poczta Polska S.A.

Zatem jest to jedyny operator, za pośrednictwem którego zamawiający mógł kierować swoją korespondencją (w rozumieniu zwłaszcza dokumentów o znaczeniu procesowym), osiągając

zamierzony skutek w postaci wniesienia pisma w terminie jego nadania. Tym samym „żaden inny wykonawca poza podmiotem, który ma być zaproszony do negocjacji w trybie z wolnej ręki, nie jest w stanie zaoferować dostaw lub świadczenia usług, które pod względem funkcjonalnym mogłyby stanowić rozwiązania równoważne oferowanym przez wybranego wykonawcę.”

Oczywiste jest, że taka treść powyższych przepisów – zarówno proceduralnych, jak i Prawa pocztowego, nie była czynnikiem zawinionym przez zamawiającego ani od niego zależnym, a przy tym czynnikiem, do którego musiał się dostosować. Trudno więc zarzucać zamawiającemu, że sporządził opis przedmiotu zamówienia, czy też inne wymogi w stosunku do wykonawcy, opierając się o treść przepisów powszechnie obowiązujących.

Przy tym należy zauważyć, że jakkolwiek od kilku lat ustawodawca dąży do liberalizacji rynku usług pocztowych, to przede wszystkim robi to etapami i nie we wszystkich dziedzinach, a więc – w tym wypadku – zmieniając przepisy ustawy Prawo pocztowe, ale nie poszczególnych kodeksów postępowania (karnego, cywilnego, administracyjnego) czy innych ustaw albo też zmieniając je tylko częściowo. Tym samym należy uznać, że ustawodawca dopuszcza, czy też nawet przedkłada pewność obrotu przesyłkami nad ilość podmiotów, którym przyznaje pewne przywileje (jak tutaj – zrównanie złożenia przesyłki w placówce operatora ze złożeniem pisma w sądzie), a wprowadzając takie brzmienie przepisów proceduralnych oraz ustanawiając tylko jednego operatora wyznaczonego ustawodawca sam wykreował faktyczny monopol Poczty Polskiej w zakresie tego typu przesyłek. Sytuacja ta zatem nie jest bezpośrednio powiązana z liberalizacją rynku usług pocztowych – przynajmniej do momentu, gdy ustawodawca nie zmienił (nie zmieni) brzmienia przepisów procedury karnej, cywilnej, administracyjnej itd. lub nie wyznaczy innych operatorów wyznaczonych.

Znaczenie proceduralne uznania chwili nadania pisma w placówce operatora w postępowaniu przed sądem czy innymi organami jest tak ewidentne i podstawowe, że wydawałoby się, że nie trzeba tej kwestii w ogóle wyjaśniać. Przy tym zupełnie zrozumiałe jest, że zamawiający – aby prawidłowo wywiązywać się ze swoich ustawowych obowiązków – chciał, miał prawo, a nawet musiał, dołożyć należytej staranności w przekazywaniu korespondencji, w szczególności tej, z której terminowym nadaniem wiązały się istotne skutki procesowe. I niezrozumiałe jest negowanie tej konieczności w ramach ustaleń kontroli i opieranie terminowości działania prokuratury na niepewnej chwili doręczenia pisma odbiorcy przez inny podmiot, nie będący operatorem wyznaczonym, nie odnosząc się już nawet do tego, że w dość istotny sposób skraca to okres na sporządzenie danego pisma.

Co do argumentu, że „ustawodawca, celem wywołania skutku polegającego na rozpoczęciu biegu terminów procesowych dla stron i uczestników postępowania, nie wymaga doręczenia ich przez organ sądu czy prokuratury przy pomocy operatora wyznaczonego, lecz za wystarczające uznaje doręczenie dokonane przez operatora pocztowego”, należy stwierdzić, że zasadniczo skutek wywołuje każde złożenie pisma w kancelarii sądu czy urzędu, bądź innego organu, niekoniecznie za pośrednictwem operatora pocztowego – jednak nie zmienia to faktu, że wciąż liczony jest tu termin dotarcia pisma do tego sądu, urzędu czy organu, a nie jego nadania (powierzenia pośrednikowi w celu dostarczenia).

Kwestia, czy przesyłka będzie rejestrowana, czy też nie (choć istotna z powodów dowodowych, czy wynikająca z wewnętrznych przepisów organizacyjnych prokuratury), ma tu znaczenie drugorzędne – wciąż istotny pozostaje fakt, że nadanie wywołujące określone skutki musiało nastąpić u operatora wyznaczonego.

Izba nie rozumie argumentacji dotyczącej „zbiorczej książki nadawczej”. Jak się wydaje Prezes UZP mógł mieć tu na myśli uznanie za dowód nadania pisma rejestru korespondencji wychodzącej (lub rejestru o innej nazwie, lecz analogicznym celu). Jednak zdaniem Izby rejestr taki nie będzie miał takiego znaczenia dowodowego, jaki chciałby mu przypisać Prezes UZP, przynajmniej dopóki nie wykształci się odmienna praktyka sądowa i urzędowa. Owszem, rejestr taki można uznać za (wewnętrzny) dokument po stronie prokuratury potwierdzający, że pismo w nim wymienione zostało przygotowane do wysyłki, jednak niekoniecznie za urzędowy dokument nadania pisma u operatora.

Jak wynika z art. 244 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego dokument urzędowy musi być sporządzony w przepisanej formie przez powołany do tego organ władzy publicznej lub inny organ państwowy w zakresie jego działania, a prokuratura – pomimo swojego urzędowego znaczenia – nie została powołana do tego, aby być operatorem pocztowym i potwierdzać nadanie pism u operatora – nie leży to zatem w zakresie jej kompetencji. Już niezależnie od tego, że niejako musiałaby tu być świadkiem we własnej sprawie, co niekoniecznie mogłoby znaleźć uznanie w oczach sądu.

Zatem, zdaniem Izby, jeśli rejestr taki miałby być dowodem nadania przesyłki u operatora pocztowego, musiałby zawierać jego pokwitowanie odbioru przesyłki, np. w tradycyjnej postaci stempla pocztowego.

Podobnie, jeśli chodzi o pocztową książkę nadawczą, którą podmioty prowadzące liczną korespondencję zastępują pojedyncze pokwitowania nadania przesyłki polecanej – książki takie wydaje np. Poczta Polska. Istotą takiej książki jest jednak to, że operator pocztowy przy poszczególnych wpisanych tam przesyłkach przystawia swoją pieczęć (stempel pocztowy) z datą przyjęcia przesyłki. I, zdaniem Izby, nadawca, nawet jeśli jest prokuratorem, nie może

sam takiej książki prowadzić, tzn. sam sobie potwierdzać nadania korespondencji u operatora.

Powołując się na postanowienie NSA z 5 grudnia 2012 r. o sygn. II FSK 2871/12 Prezes UZP odnosi się do potwierdzenia odbioru przesyłki, a nie do jego nadania, a zwłaszcza do nadania ze skutkiem dochowania terminu.

Co do argumentacji dotyczącej tego, że w praktyce tylko Poczta Polska S.A. była i jest przygotowana do prawidłowego świadczenia usługi, jest to okoliczność, na której potwierdzenie nie został przeprowadzony wystarczający dowód, aby Izba mogła to jednoznacznie stwierdzić.

Faktem powszechnie znanym jest, że ze względu na wieloletni udział Poczty Polskiej S.A. na rynku usług pocztowych, jest ona największym operatorem pocztowym w kraju i ma najlepiej rozwiniętą siatkę urzędów pocztowych, dystrybucji korespondencji itd. Izbie znane są również informacje o problemach w realizacji przez Polską Grupę Poczтовую S.A. umowy zawartej z Sądem Apelacyjnym w Krakowie, jak i to, że taki przetarg został przeprowadzony (jakkolwiek rzeczywiście później, niż kontrolowane zamówienie). Jednak nie jest to jeszcze wystarczający argument przemawiający za zastosowaniem zamówienia z wolnej ręki. Jak słusznie zauważył Prezes UZP, zamawiający mógł bowiem w tym zakresie odpowiednio sformułować warunki udziału w postępowaniu czy wymogi opisu przedmiotu zamówienia.

Do postępowania przeprowadzonego przez Sąd Apelacyjny w Krakowie Izba nie będzie się odnosić, gdyż nie jest to miejsce na jego ocenę przez Izbę – to, w jaki sposób poszczególne warunki udziału w postępowaniu i świadczenia tej usługi sformułował Sąd Apelacyjny w Krakowie, zależało od tego zamawiającego i nie ma bezpośredniego związku z zamówieniem będącym przedmiotem niniejszej kontroli.

Co do argumentów Prezesa UZP w zakresie innej możliwości sformułowania opisu przedmiotu zamówienia Izba zwraca uwagę, iż, jej zdaniem, wszystkie zarzuty w stosunku do postępowania zamawiającego i znaczące argumenty na ich poparcie powinny być wskazane w informacji o wyniku kontroli, a nie dopiero w odpowiedzi na zastrzeżenia zamawiającego do wyników kontroli. Dotyczy to zwłaszcza argumentów, które mogły być bez przeszkód powołane w informacji o wyniku kontroli. Odpowiedź na zastrzeżenia ma bowiem na celu – jak sama nazwa wskazuje – ustosunkowanie się do argumentacji zamawiającego przedstawionej w zastrzeżeniach do wyników kontroli, a nie ponowne formułowanie wniosków pokontrolnych, a przy tym pozbawienie zamawiającego możliwości ustosunkowania się do stanowiska Prezesa UZP.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....