

Warszawa, dnia

2018 r.

UZP/DKZP/WKZ3/422/6()/18/RP

KNZ/ /18/DKZP

**Informacja o wyniku kontroli doraźnej
w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki**

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.

Zamawiający: Miasto Stołeczne Warszawa
Plac Bankowy 3/5
00 – 950 Warszawa

Rodzaj zamówienia: usługa

Przedmiot zamówienia: usługi pocztowe polegające na przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu rejestrowanych przesyłek pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym

Tryb postępowania: zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych

Wartość zamówienia: 2.186.910,57 zł (517.624,22 euro)

Środki UE: brak

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 166 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych.

UZASADNIENIE

W dniu 14 kwietnia 2016 r. do Urzędu Zamówień Publicznych wpłynął wniosek o przeprowadzenie kontroli doraźnej wszczętego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowania na usługi pocztowe polegające na przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu rejestrowanych przesyłek pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym. Wnioskodawca stwierdził, że *Zamawiający nie mogą prowadzić postępowań o udzielenie zamówień publicznych na usługi pocztowe z zastosowaniem trybu zamówienia z wolnej ręki ze względu na monopol Poczty Polskiej S.A., gdyż taki monopol nie istnieje. Wnioskodawca wskazał, że w szczególności nie można utożsamiać istnienia pewnych przywilejów Poczty Polskiej S.A. w zakresie nadawania tzw. „przesyłek terminowych” (...) z monopolem jednego wykonawcy w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.* Wnioskodawca powołał się w tym zakresie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2015 r. (sygn. KIO 2489/15) oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2015 r. (sygn. akt V CZ 33/15).

W przedmiotowej sprawie Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki w dniu 5 sierpnia 2014 r. poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji Wykonawcy – Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. Umowa została zawarta w dniu 27 sierpnia 2014 r. (umowa nr ID 274734/W, dalej: „Umowa”).

W uzasadnieniu udzielenia zamówienia Zamawiający poinformował, że *wybór operatora wyznaczonego, jakim jest Poczta Polska S.A. gwarantuje Zamawiającemu, iż potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej lub przekazu pocztowego wydane przez placówkę pocztową ma moc dokumentu urzędowego.* Zamawiający powołał się na treść art. 81 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 459 z późn. zm., dalej: „Kc”), zgodnie z którym jeżeli ustawa uzależnia ważność albo określone skutki czynności prawnej od urzędowego poświadczenia daty, poświadczenie takie jest skuteczne

także względem osób nieuczestniczących w dokonaniu tej czynności prawnej (data pewna). Zamawiający poinformował również, że z art. 81 § 2 Kc wynika, iż czynność prawna ma także datę pewną w przypadku stwierdzenia jej dokonania w jakimkolwiek dokumencie urzędowym – od daty dokumentu urzędowego. Według Zamawiającego, w świetle prowadzonych przez niego postępowań administracyjnych jest to niezwykle istotne.

Za argument przemawiający za wyborem operatora wyznaczonego Zamawiający uznał także kwestię nadawania przesyłek ze skutkiem zachowania terminu. Zamawiający wskazał, że na podstawie przepisu art. 57 § 5 pkt 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1257 z późn. zm., dalej: „Kpa”) termin uważa się za zachowany, jeżeli przed jego upływem pismo zostało nadane w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego. Zamawiający wskazał również, że zgodnie z art. 165 § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 155 z późn. zm., dalej: „Kpc”) oddanie pisma procesowego w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu. Zamawiający wskazał także, że w przypadku postępowań w trybie Ordynacji podatkowej, zgodnie z art. 12 § 6 pkt 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 201 z późn. zm., dalej: „OrdPU”), termin uważa się za zachowany w przypadku, gdy pismo zostało nadane przed upływem terminu w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1481 z późn. zm., dalej: „Prawo pocztowe”). Jednocześnie zgodnie z art. 17 Prawa pocztowego potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej lub przekazu pocztowego wydane przez placówkę pocztową operatora wyznaczonego ma moc dokumentu urzędowego.

Zamawiający wyjaśnił, że odnośnie zamówienia publicznego na usługi pocztowe m.st. Warszawa przeprowadziło dwa postępowania dzieląc to zamówienie na dwa obszary: pierwszy z nich to przesyłki nierejestrowane – zamówienie udzielone zostało w trybie przetargu nieograniczonego, zaś drugi to przesyłki rejestrowane – zamówienie zostało udzielone w trybie z wolnej ręki zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Zamawiający podniósł, że m.st. Warszawa dokonało wyboru trybu zamówienia w oparciu o obowiązujące przepisy i charakter realizowanych zadań. O wszczęciu postępowania, jego charakterze, zakresie przedmiotowym oraz kręgu potencjalnych wykonawców decydują – według wyjaśnień Zamawiającego – uzasadnione potrzeby podmiotu zamawiającego.

Zamawiający wyjaśnił, że urzędowe potwierdzenie nadania odgrywa zasadniczą rolę w pracy każdego urzędu przede wszystkim w zakresie postępowania administracyjnego i sądowego, ale nie tylko – wszelkie sprawy wysyłane przez organ korespondencją

rejestrowaną wymagają, aby potwierdzenie nadania przesyłki miało moc dokumentu urzędowego bądź gwarancji skuteczności zachowania terminu.

Zamawiający dodał, iż rozbudowana (ze względu na bardzo szeroki zakres realizowanych zadań publicznych) struktura organizacyjna m.st. Warszawy i różnorodność uregulowań prawnych stanowiących podstawę działania poszczególnych komórek organizacyjnych uniemożliwiają dokładny szacunek rodzaju przesyłek rejestrowanych jakie komórki te miałyby generować w okresie obowiązywania przedmiotowej umowy oraz ich monitorowanie w celu uzyskania konkretnych danych na ten temat. Zamawiający odnosząc się do kwestii umowy na przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie rejestrowanych przesyłek pocztowych zawartej w dniu 27 sierpnia 2014 r. poinformował, że dokonał ogólnej oceny zadań realizowanych przez komórki organizacyjne Urzędu m.st. Warszawy, które generują ponad 95% wysyłki korespondencji, pod kątem procedur wymaganych przy załatwianiu spraw generowanych przez te zadania. Na podstawie ww. oceny przyjęto, iż realizowane sprawy z mocy obowiązujących przepisów, a także ze względów dowodowych w sprawach dotyczących odpowiedzialności organu (Prezydenta m.st. Warszawy) z tytułu uchybienia obowiązującym terminom wymagają, aby dokumenty nadania przesyłek dotyczących tych spraw miały moc dokumentu urzędowego (sprawy dotyczące postępowania administracyjnego, postępowania cywilnego, a także innych uregulowań prawnych w których występuje kwestia udokumentowania dotrzymania wskazanych w tych przepisach terminów).

W opinii Zamawiającego przedmiot zamówienia obejmuje przesyłki, które wymagają pośrednictwa operatora wyznaczonego, gdyż wyłącznie operator wyznaczony jest w stanie zapewnić bezpieczeństwo w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania rejestrowanych przesyłek pocztowych chroniąc skutecznie Zamawiającego od odpowiedzialności z tytułu niedotrzymania określonych przepisami prawa terminów, nie narażając go na odpowiedzialność odszkodowawczą i inną w przypadku niedotrzymania terminu nie ze swojej winy.

Zamawiający wyjaśnił, że w Urzędzie m.st. Warszawy przyjęto wysoki standard w zakresie terminowej realizacji spraw i wysyłki korespondencji. W zarządzeniu nr 3697/2012 Prezydenta m.st. Warszawy w sprawie obiegu dokumentacji w Urzędzie m.st. Warszawy określono, że listy rejestrowane nadawane są przez punkt kancelaryjny najpóźniej drugiego dnia od momentu ich złożenia w kancelarii. Biorąc pod uwagę fakt, iż organ ma swoją siedzibę w kilkunastu lokalizacjach m.st. Warszawy oraz to, iż dziennie nadawanych jest ponad tysiąc przesyłek rejestrowanych, zachowanie wyznaczonych terminów wymaga, zdaniem Zamawiającego, bardzo dobrej organizacji pracy.

Zamawiający poinformował, że *nie prowadzi (...) szczegółowej ewidencji przesyłek przygotowanych przez poszczególne komórki organizacyjne do wysyłki, która to ewidencja wykazywałaby, iż konkretna przesyłka rejestrowana dotyczy postępowania (administracyjnego, cywilnego, administracyjno-sądowego lub innego), w którym Zamawiający występuje jako strona takiego postępowania. (...) Zamawiający stwierdził, że Urząd m.st. Warszawy jako organ administracji publicznej znakomitą większością swoich zadań (i wynikającej z tych zadań korespondencji) realizuje w trybie postępowania administracyjnego lub cywilno-prawnego, mając odpowiednio status strony lub organu prowadzącego postępowanie i wydającego w tym trybie decyzje lub inne rozstrzygnięcia. Niebagatelną rolę w ww. postępowaniach odgrywają różne terminy, którym Zamawiający musi się podporządkować i których niedotrzymanie rodzi dla niego negatywne konsekwencje zarówno finansowe jak i społeczne. Należą do nich np. kary finansowe wynikające z art. 35 ust. 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1332). W związku z tym Zamawiający dąży do tego, aby dysponować niepodważalnym dowodem prawidłowego działania w rozpatrywanych sprawach. Dlatego też Zamawiający w swoich działaniach urzędowych przyjął zasadę, że korespondencja rejestrowana musi mieć datę pewną w zakresie jej nadania, a potwierdzenie sporządzane przez operatora musi mieć charakter dokumentu urzędowego, bez względu na to, czy Zamawiający występuje jako strona postępowania, czy jako organ wydający decyzje, inne rozstrzygnięcia lub udzielający informacji (np. w zakresie informacji publicznej). Zamawiający argumentował, że dokument urzędowy jest jednym z najbardziej wiarygodnych środków dowodowych. Oprócz domniemania autentyczności dokumenty urzędowe korzystają z domniemania zgodności treści dokumentu z prawdą. Taki dokument będzie stanowił dowód tego, że korespondencja została nadana w określonym terminie. Osoba chcąc podważyć owo domniemanie będzie musiała przedstawić solidne dowody świadczące o innym niż stwierdzony w potwierdzeniu stanie rzeczywistym.*

Zamawiający dokonując ustalenia wartości szacunkowej zamówienia brał pod uwagę wszystkie przesyłki rejestrowane.

Zamawiający poinformował również, że *realizuje szereg spraw w przypadku których uchybienie terminu wiąże się z bardzo poważnymi konsekwencjami. Przyjęte standardy w Urzędzie m.st. Warszawy w kwestii nadawania przesyłek rejestrowanych nakazują eliminację ryzyka do minimum. W związku z tym Zamawiający uznał, że tylko operator pocztowy posiadający status operatora wyznaczonego jest właściwy do świadczenia tego rodzaju usług pocztowych. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że przesyłki pocztowe niewymagające daty pewnej obsługiwane są przez operatora pocztowego, którego wybrano*

w postępowaniu o zamówienie publiczne przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym Zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp.

W postępowaniu objętym niniejszą kontrolą podstawą wszczęcia trybu z wolnej ręki na usługi pocztowe polegające na przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu rejestrowanych przesyłek pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym, był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp (w brzmieniu na dzień wszczęcia kontrolowanego postępowania) 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, dalej: „TSUE”, (sprawa C – 199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch) dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi bowiem 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 TSUE z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec, sprawa C-126/03).

W ocenie Prezesa Urzędu, w niniejszej sprawie nie było przeszkód technicznych o obiektywnym charakterze uniemożliwiających realizację zamówienia przez inny podmiot, niż wybrany przez Zamawiającego Wykonawca – Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

Należy zauważyć, iż z dniem 1 stycznia 2013 r. weszła w życie ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1481, ze zm.). Wraz z wejściem w życie wskazanej ustawy nastąpiło uwolnienie rynku usług pocztowych, stosownie do postanowień dyrektywy 2008/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lutego 2008 r. zmieniającej dyrektywę 97/67/WE w odniesieniu do pełnego urzeczywistnienia rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty.

Kluczowym rozwiązaniem przyjętym w Prawie pocztowym, 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 z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2008 r. Nr 189 poz. 1159, ze zm.), w którym określony był zakres obszaru usług zastrzeżonych i prawo wyłączne operatora publicznego - Poczty Polskiej S.A. do świadczenia usług w tym obszarze.

W konsekwencji, rynek usług pocztowych po dniu 1 stycznia 2013 r. stał się rynkiem otwartym, na którym działalność w pełnym zakresie konkurencyjności prowadzić mogą wszyscy przedsiębiorcy pocztowi wpisani do rejestru prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Rynek ten podlega ochronie w zakresie zachowania konkurencyjności gwarantowanej przez Komisję Europejską. Nie istnieją zatem jakiegokolwiek podstawy do stwierdzenia, że – jak stwierdził Zamawiający w uzasadnieniu wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki – *jedynie Poczta Polska S.A. jest w stanie zapewnić świadczenie usług pocztowych, w sposób bezpieczny dla Zamawiającego.*

Zgodnie z art. 3 pkt 12 Prawa pocztowego, operatorem pocztowym jest przedsiębiorca uprawniony do wykonywania działalności pocztowej, na podstawie wpisu do rejestru operatorów pocztowych. Z kolei w rozumieniu art. 3 pkt 13 Prawa pocztowego, operator wyznaczony to operator pocztowy zobowiązany do świadczenia usług powszechnych. Stosownie natomiast do treści art. 178 ust. 1 Prawa pocztowego, obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Poczta Polska S.A. pełni obowiązki operatora wyznaczonego w okresie 3 lat od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy, tj. do końca 2015 r. Jednocześnie, zgodnie z art. 17 Prawa pocztowego, potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej lub przekazu pocztowego wydane przez placówkę pocztową operatora wyznaczonego 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 Kpc), w sprawie administracyjnej (w związku z art. 57 § 5 pkt 2 Kpa), czy w sprawie podatkowej (art. 12 § 6 pkt 2 OrdPU) - 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 innych operatorów pocztowych.

Należy również zauważyć, że czym innym jest doręczanie przesyłek pocztowych zgodnie z Kodeksem postępowania administracyjnego, Kodeksem postępowania cywilnego czy Ordynacji podatkowej, a czym innym nadawanie tzw. „przesyłek terminowych”, które stosownie do treści art. 57 § 5 pkt 2 Kpa¹, art. 165 § 2 Kpc² oraz art. 12 § 6 pkt 2 OrdPU³ muszą zostać nadane u operatora wyznaczonego celem zachowania terminu na ich złożenie, w sytuacji składania ich ostatniego dnia tego terminu. Powyższe przepisy dotyczą 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 muszą zostać nadane u operatora wyznaczonego by zachowany został ustawowy termin ich złożenia, a nie do ogółu przesyłek rejestrowanych nadawanych przez zamawiającego, nawet jeżeli dotyczy on postępowań prowadzonych w oparciu o przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego, Kodeksu postępowania cywilnego czy Ordynacji podatkowej.

Należy bowiem wskazać, że tryby doręczania przesyłek w postępowaniach sądowych (art. 131 § 1 Kpc)⁴, administracyjnych (art. 39 Kpa)⁵, czy podatkowych (art. 144 OrdPU)⁶ są

¹ 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.

² oddanie pisma procesowego w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe lub w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu.

³ 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 albo złożone w polskim urzędzie konsularnym.

⁴ sąd dokonuje doręczeń przez operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz.U. z 2017 r. poz. 1481), osoby zatrudnione w sądzie, komornika lub sądową służbę doręczeniową.

⁵ organ administracji publicznej doręcza pisma za pokwitowaniem przez operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz.U. z 2016 r. poz. 1113, 1250, 1823 i 1948), przez swoich pracowników lub przez inne upoważnione osoby lub organy.

⁶ organ podatkowy doręcza pisma za pokwitowaniem przez operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe, swoich pracowników lub przez osoby uprawnione na podstawie odrębnych

określone w aktach prawnych regulujących dane postępowania, a z tych nie wynika, że zamawiający jest zobowiązany do doręczania pism wyłącznie za pośrednictwem operatora wyznaczonego. Powyższe 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 ww. 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.

Przywołane przez Zamawiającego przepisy art. 57 § 5 pkt 2 Kpa, art. 165 § 2 Kpc, art. 12 § 6 OrdPU, nie zawierają tego rodzaju normy prawnej, a jedynie statuują domniemanie, że data nadania pisma w polskiej placówce operatora wyznaczonego jest równoznaczna z datą wniesienia go do adresata (sądu lub innego organu prowadzącego postępowanie administracyjne). Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2015 r., sygn. KIO 2489/15, *powyższe domniemanie nie może być jednak - jak czyni to Zamawiający - podstawą do przyjęcia, że tylko operator wyznaczony może doręczać przesyłki w postępowaniach sądowych i administracyjnych, w których stroną lub uczestnikiem jest Starosta Poznański. Nie istnieje w tym zakresie jakkolwiek monopol, czy wyłączność operatora wyznaczonego. Powyższe potwierdza teza Sądu Najwyższego zawarta w postanowieniu z dnia 3 czerwca 2015 r., sygn. akt V CZ 33/15, gdzie Sąd Najwyższy wskazał, iż przepis art. 165 § 2 k.p.c., określając sytuacje, w których wniesienie pisma procesowego w placówce pocztowej jest równoznaczne z jego wniesieniem do sądu ze skutkami w zakresie dochowania terminów procesowych nie ogranicza stron w korzystaniu z usług różnych operatorów pocztowych. Sąd Najwyższy wskazał, że ww. przepis wiąże natomiast pewien skutek prawny tylko z sytuacją, w której strona korzysta z usług operatora wyznaczonego. O tym, kto jest takim operatorem, nie decyduje kodeks postępowania cywilnego, lecz prawo pocztowe. Zasada wolności działalności gospodarczej nie jest naruszona, gdyż to do strony należy wybór, czy skorzysta z usług Poczty Polskiej ze skutkiem, o którym mowa w art. 165 § 2 k.p.c., czy też z usług innego operatora pocztowego, ale bez tego skutku. W sposób analogiczny powyższą tezę można odnieść do pozostałych przepisów wskazanych przez Zamawiającego w toku postępowania wyjaśniającego, które nie wymagały nadania przesyłki przez organ w określonym ustawowo terminie.*

przepisów. W przypadku gdy organem podatkowym jest wójt, burmistrz (prezydent miasta), pisma może doręczać sołtys za pokwitowaniem.

Skoro strona nie jest ograniczona w korzystaniu z usług różnych operatorów pocztowych, to nie sposób, zgodnie ze wspomnianym już wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2015 r., z art. 165 § 2 k.p.c. wywodzić istnienia monopolu na doręczanie tzw. przesyłek sądowych, który przynależałby tylko operatorowi wyznaczonemu. Krajowa Izba Odwoławcza w dalszej części wyroku stwierdza, że w sposób analogiczny powyższą ocenę należy odnieść do pozostałych przepisów podanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Niewątpliwie korzystanie z domniemań wprowadzonych tymi przepisami jest korzystne dla strony lub uczestnika postępowania, a w przypadku podmiotów takich, jak Zamawiający - gdzie wolumen tego rodzaju korespondencji może być stosunkowo znaczny - może dodatkowo przyczynić się do łatwiejszej i sprawniejszej organizacji pracy. Niemniej jednak wszystkie te okoliczności, niezależnie od tego, jak korzystne z punktu widzenia Zamawiającego, nie mogą być podstawą do tezy o istnieniu monopolu jednego wykonawcy na wykonywanie usług objętych przedmiotem tego zamówienia. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej funkcjonujące w systemie prawa domniemanie doręczenia i uznanie przez ustawodawcę, że czynność dokonana za pośrednictwem operatora wyznaczonego jest skuteczna wobec adresata już z chwilą jej dokonania, jest wyrazem szczególnego zaufania, jakie ustawodawca przypisuje podmiotowi będącemu operatorem wyznaczonym, co jednak nie powinno być utożsamiane ze względami technicznymi, do których odnosi się art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy P.z.p. Domniemanie doręczenia ma walor prawny, a nie techniczny, jest ono wyrazem funkcjonowania w systemie pewnej fikcji prawnej (uznanie daty nadania pisma u operatora wyznaczonego za równoznaczną z datą wniesienia pisma do adresata), a nie przyczyną techniczną związaną ze specyfiką zamówienia, która powodowałaby, że żaden inny wykonawca nie jest w stanie w ogóle wykonać danego zamówienia. To, że przepisy prawa zrównują datę nadania przesyłki u operatora wyznaczonego z datą jego wniesienia, nie tworzy bariery dla samej możliwości wykonywania usługi przez innego wykonawcę, jak również nie przesądza o tym, że usługa ta nie może być wykonywana równie należycie, jak w przypadku, gdy wykonawcą jest operator wyznaczony. Wszystkie argumenty przedstawiane przez Zamawiającego, w tym te odnoszące się do zabezpieczenia interesów Zamawiającego, należało uznać za przesłanki o charakterze racjonalizacyjnym i organizacyjnym, a nie za przesłanki, których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy P.z.p. Dla prawidłowego zastosowania ww. przepisu nie jest natomiast wystarczające, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować usługę w sposób najbardziej efektywny i sprawny. Zamawiający musi wykazać, że wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle dane zamówienie wykonać. Subiektywne przekonanie Zamawiającego, że tylko jeden wykonawca daje gwarancję najlepszego wykonania danego przedmiotu zamówienia, nie jest wystarczającym wypełnieniem przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy P.z.p. Przyczyny techniczne uzasadniające udzielenie

zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określonego wykonawcy, muszą mieć bowiem zasadniczy charakter, tak by można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzewidywalny. Konieczne jest zatem wykazanie, że danego zamówienia nie jest w stanie wykonać żaden inny podmiot (por. uchwała z dnia 25 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/KD 16/09; uchwała z dnia 2 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO/KD 37/12; uchwała z dnia 14 stycznia 2014 r. sygn. akt KIO/KD 119/13).

Jak wynika z powyższego, istnienie domniemania doręczenia w przypadku skorzystania z usług operatora wyznaczonego nie przesądza o tym, że oczekiwanej przez Zamawiającego usługi nie może wykonywać inny podmiot.

Należy również wskazać, że akcentowany przez Zamawiającego argument, iż *wyłącznie operator wyznaczony jest w stanie zapewnić bezpieczeństwo w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania rejestrowanych przesyłek pocztowych chroniąc skutecznie Zamawiającego od odpowiedzialności z tytułu niedotrzymania określonych przepisami prawa terminów, nie narażając go na odpowiedzialność odszkodowawczą i inną w przypadku niedotrzymania terminu nie ze swojej winy*, musi być postrzegany jako argument hipotetyczny, gdyż nie jest w chwili obecnej możliwe jednoznaczne i pewne przesądzenie tej kwestii, jak również przesądzenie tego, że inny wykonawca nie wykona zamówienia w sposób gwarantujący w pełni zabezpieczenie interesów Zamawiającego. Przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp muszą występować bezwzględnie w chwili zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Sam fakt korzystania z usług operatora wyznaczonego nie wyłącza przy tym wszystkich potencjalnych ryzyk mogących mieć wpływ na uchybienie terminom procesowym. Samo nadanie pisma u operatora wyznaczonego może nie mieć żadnego znaczenia procesowego. Będzie tak m.in. w sytuacji, gdy błędnie zostanie wskazany adresat pisma. Należy także podkreślić, że ochronie interesów stron postępowania służy instytucja przywrócenia terminu (art. 167-172 Kpc). Ponadto skutek w postaci skorzystania z ochrony wynikającej z domniemania doręczenia Zamawiający mógłby osiągnąć także w sytuacji, gdy zamówienie wykonywałby inny operator. Wystarczyłoby odpowiednie sformułowanie przez Zamawiającego warunków przetargu oraz nałożenie pewnych obowiązków na wykonawcę usługi.

Należy także podkreślić, iż zapewnienie skutków prawnych, jakie daje Zamawiającemu skorzystanie z usług operatora wyznaczonego w przypadku nadawania przesyłek wymagających zastosowania art. 57 § 5 pkt 2 Kpa, art. 165 § 2 Kpc, art. 12 § 6 pkt 2 OrdPU mogłoby nastąpić poprzez dopuszczenie przez Zamawiającego trybu tzw. „postańca”, polegającego na tym, że przesyłki terminowe nadawane byłyby przez wykonawcę niebędącego operatorem wyznaczonym w imieniu i na rzecz Zamawiającego w placówkach

operatora wyznaczonego. Na dowódzie nadania (oraz na kopercie) jako dane nadawcy widniałyby dane Zamawiającego, a operator alternatywny pełniłby rolę pośląńca w doręczaniu przesyłek terminowych do placówek operatora wyznaczonego. Zatem operatorem, u którego faktycznie dochodziłoby do nadania tzw. „przesyłek terminowych” byłby operator wyznaczony. Operator pocztowy działający jako pośrednik dokonywujący wydania przesyłek działa bowiem w imieniu i na rzecz Zamawiającego, a nie w imieniu własnym.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż dopuszczenie – w ewentualnym postępowaniu przetargowym – możliwości świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia w zakresie przesyłek rejestrowanych, które dla wywołania określonych w przepisach skutków prawnych, tj. zachowania terminu lub wniesienia pisma do sądu, w przypadku ich składania ostatniego dnia tego terminu, wymagają nadania w placówce operatora wyznaczonego (art. 57 § 5 pkt 2 Kpa, art. 165 § 2 Kpc, art. 12 § 6 pkt 2 OrdPU) w imieniu i na rzecz Zamawiającego przez operatora prywatnego pełniącego w istocie funkcję pośląńca w placówkach Poczty Polskiej S.A., umożliwiłoby złożenie oferty nie tylko podmiotowi będącemu operatorem wyznaczonym. Nie można przy tym wykluczyć, że operator inny niż Poczta Polska S.A. mógłby zaoferować korzystniejsze ceny za świadczenie usługi w odniesieniu do przesyłek niebędących przesyłkami terminowymi.

Trudno zatem uznać, że wybrany przez Zamawiającego wykonawca posiadał monopol na wykonanie zamówienia objętego trybem z wolnej ręki, a więc na świadczenie usług pocztowych polegających na przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu rejestrowanych przesyłek pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym.

Nie sposób również uznać, że domniemania, wynikające ze wskazanych przez Zamawiającego przepisów prawa, mogły zostać w ogóle zakwalifikowane do kategorii przyczyn technicznych, uniemożliwiających wykonanie zamówienia innym wykonawcom niż operator wyznaczony. Przepisy te nie mają wymiaru technicznego, który w dodatku wyłączałby możliwość świadczenia usług pocztowych oczekiwanych przez Zamawiającego przez wykonawców innych niż operator wyznaczony. Zamawiający w sposób subiektywny przyjął zatem założenie, że przepisy te są przyczynami technicznymi, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, nie przedstawiając dla tej tezy żadnej poszerzonej i rzeczowej argumentacji.

Należy podnieść, że w sytuacji, gdy na rynku istnieją inni wykonawcy zdolni wykonać zamówienie, Zamawiający powinien zweryfikować czy wprowadzenie rozwiązań oferowanych przez inne podmioty niż zaproszony do negocjacji wykonawca będzie możliwe. Niewątpliwie korzystanie z opisanych powyżej domniemań prawnych odnoszących się do usług świadczonych przez operatora wyznaczonego może przynosić Zamawiającemu

określone korzyści. Jednak ta okoliczność nie może być utożsamiana z istnieniem monopolu w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Tym samym, w ocenie Prezesa Urzędu, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający niezasadnie odstąpił od przeprowadzenia postępowania w jednej z procedur konkurencyjnych, powołując się na przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze.

Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że inny operator niż Poczta Polska S.A. wykona przedmiotową usługę w sposób nieprawidłowy. Takie założenie niewątpliwie prowadziło do ograniczenia wszelkiej konkurencji na rynku zamówień publicznych, gdyż przy przyjęciu takiego stanowiska wiarygodnym wykonawcą byłby tylko ten wykonawca, który posiada zaufanie zamawiającego. Natomiast zgodnie z zasadami prawa zamówień publicznych zamawiający winien tak opisać przedmiot zamówienia, postawić takie warunki udziału w postępowaniu, oraz tak przygotować umowę o udzielenie zamówienia, aby każdy z wykonawców, który spełnia postawione warunki i tym samym daje rękojmię należytego jej wykonania, nie był takiej możliwości pozbawiony.

Reasumując, Zamawiający w niniejszym stanie faktycznym nie wykazał zaistnienia przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Wykonawca wybrany przez Zamawiającego w trybie z wolnej ręki nie był w dacie wszczęcia postępowania jedynym podmiotem zdolnym do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstąpienie od stosowania trybów podstawowych naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.