

**Sygn. akt: KIO/KD 18/18**

**UCHWAŁA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
z dnia 11 maja 2018 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 16 kwietnia 2018 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego Miast Stołeczne Warszawa dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia 6 kwietnia 2018 r. (znak: UZP/DKZP/WKZ3/422/6(1)/18/RP, KNZ/5/18/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługi pocztowe polegające na przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu rejestrowych przesyłek pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym”

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący:** Monika Szymanowska

**Członkowie:** Paweł Trojan

Renata Tubisz

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.**

## UZASADNIENIE

### do uchwały z dnia 11 maja 2018 r. sygn. akt: KIO/KD 18/18

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany jako „Kontrolujący”) w wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p., na „Usługi pocztowe polegające na przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu rejestrowanych przesyłek pocztowych i zagranicznych”, stwierdził naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 p.z.p., 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.

W uzasadnieniu informacji o wyniku kontroli doraźnej Kontrolujący wskazał, co następuje.

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. akt 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 - Poczcie Polskiej 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*.

Następnie 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*.

Ponadto Zamawiający wskazał, 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).*

Dodatkowo, 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 również 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 sporządzone 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 wskazał ponadto, 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.*

Wobec powyższego Kontrolujący wskazał jak niżej.

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 Kontrolującego, 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 powyższego, w ocenie Kontrolującego, 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.*

Ponadto 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, w ocenie Kontrolującego, 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.

Następnie Kontrolujący wskazał, 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 Kpa, art. 165 § 2 Kpc oraz art. 12 § 6 pkt 2 OrdPU, muszą zostać nadane u operatora wyznaczonego, celem zachowania terminu na ich złożenie, w sytuacji składania ich ostatniego dnia tego terminu.

Według Kontrolującego 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.

W ocenie Kontrolującego, należy podkreślić że tryby doręczania przesyłek w postępowaniach sądowych (art. 131 § 1 Kpc), administracyjnych (art. 39 Kpa), czy podatkowych (art. 144 OrdPU) 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.

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, zdaniem Kontrolującego, 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).

Następnie Kontrolujący w sposób obszerny zacytował fragmenty wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2489/15 oraz skonstatował, iż istnienie domniemania doręczenia, w przypadku skorzystania z usług operatora wyznaczonego, nie przesądza o tym, że oczekiwanej przez Zamawiającego usługi nie może wykonywać inny podmiot.

W dalszej kolejności Kontrolujący wskazał, iż podnoszony 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. Fakt korzystania z usług operatora wyznaczonego nie wyłącza przy tym wszystkich potencjalnych ryzyk, mogących mieć wpływ na uchybienie terminom procesowym. Zatem fakt nadania 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, według Kontrolującego, 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.

Kontrolujący podkreślił ponadto, że 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 postaćca 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 Kontrolujący stwierdził, 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 posłańca 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, w ocenie Kontrolującego, 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, zdaniem Kontrolującego, 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.

Ponadto Kontrolujący podniósł, 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.

W ocenie Kontrolującego 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, według Kontrolującego, Zamawiający w przedmiotowym 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, zaś 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 odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2018 r. Zamawiający, na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł zastrzeżenia do ww. wyników kontroli doraźnej, w których wskazano jak niżej.

W opinii Zamawiającego podczas przedmiotowej kontroli nie uwzględniono wszystkich argumentów, które zostały przedstawione przez Zamawiającego, w korespondencji z Kontrolującym, na etapie postępowania wyjaśniającego. Zamawiający przypomniał podstawę prawną udzielonego zamówienia (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp) oraz podniósł, że kwestią budzącą wątpliwości, jest to, czy w danym stanie faktycznym Zamawiający mógł zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki, ze względu na fakt, że jedynie jeden podmiot (potencjalny wykonawca) mógł wykonać planowane zamówienie.

Co istotne, według Zamawiającego, wybór trybu zamówienia, wskazanego w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp (z wolnej ręki), Zamawiający uzasadnił powołując się na przyczyny techniczne oraz przesłanki wynikające z odrębnych przepisów zawartych w ustawie z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 roku, poz.1529, z późn. zm.). Wskazać trzeba przy tym, zdaniem Zamawiającego, na następujące okoliczności:

1. Poczta Polska S.A. była 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 publiczne oraz fakt, że Zamawiający, jako jednostka samorządu terytorialnego jest organem administracji publicznej i uczestniczy w sprawowaniu władzy publicznej, jest on włączony w system kontroli i ochrony prawa w państwie. Zgodnie przy tym (m.in.) z przepisami: art. 124 kodeksu postępowania karnego, art. 57 § 5 kodeksu postępowania administracyjnego, art. 165 § 2 kodeksu postępowania cywilnego i 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 dane pismo zostało nadane w polskiej placówce operatora wyznaczonego;
3. w opinii Zamawiającego jedynie operator wyznaczony, jakim, na podstawie zapisu art. 46 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo pocztowe, była i jest Poczta Polska S.A., ma obowiązek świadczyć powszechnie usługi pocztowe w sposób umożliwiający uzyskanie przez nadawcę dokumentu potwierdzającego odbiór przesyłki rejestrowej, tzw. zwrotki.

Zdaniem Zamawiającego nie sposób się zatem zgodzić z argumentem, że wówczas, w 2014 r., możliwe było odpowiednie sformułowanie przez Zamawiającego warunków przetargu oraz nałożenie pewnych obowiązków na wykonawcę, które dawałyby gwarancję, że zamówienie będzie rzetelnie i profesjonalnie realizowane przez innego wykonawcę niż operator wyznaczony.

W momencie wyboru trybu postępowania, przez Zamawiającego, w praktyce wyłącznie Poczta Polska S.A. była przygotowana do prawidłowego świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia. Potwierdzeniem tego były, powszechnie znane, problemy w realizacji przez Polską Grupę Poczтовую S.A. umów na obsługę przesyłek sądowych i prokuratorskich. Nie jest przy tym sporne, jak wskazano wyżej, że operatorem wyznaczonym w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe na lata 2013 - 2016 była Poczta Polska S.A. Zatem był to jedyny operator za pośrednictwem którego Zamawiający mógł kierować swoją korespondencją (zwłaszcza dokumentów o znaczeniu procesowym), osiągając zamierzony skutek w postaci wniesienia pisma w terminie jego nadania. Tym samym zaszła wówczas sytuacja, w której „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”. Takie stanowisko, w ocenie Zamawiającego, w podobnej do niniejszej sprawy zajęła Krajowa Izba Odwoławcza, na potwierdzenie czego Zamawiający zacytował fragment uchwały z 7 stycznia 2015 r. sygn. akt: KIO/KD 117/14.

W dalszej części zastrzeżeń Zamawiający wskazał, iż w zakresie kwestii ewentualnego dopuszczenia przez Zamawiającego trybu tzw. „postańca” i wydzielania przesyłek, które wymagają nadania w placówce operatora wyznaczonego, trzeba jeszcze raz przytoczyć argumenty Zamawiającego, że wówczas takie rozwiązanie nie było możliwe do wdrożenia z uwagi na wolumen i charakter nadawanych przesyłek. Zamawiający jest nadawcą masowym w związku z czym, dodatkowa segregacja przesyłek rejestrowanych na dwóch operatorów pocztowych wymagałaby zwiększenie nakładów pracy i zasobów kadrowych, na co Zamawiający nie mógł sobie wówczas pozwolić. Z resztą - w przypadku wyboru przez Zamawiającego trybu konkurencyjnego, jednym z podstawowych zawartych w SIWZ warunków byłaby konieczność zapewnienia przez potencjalnych wykonawców, aby wszystkie przesyłki były nadawane z „datą pewną”, w efekcie czego nie stworzono by warunków do realnej i uczciwej konkurencji. Zaś określenie warunków udziału w postępowaniu, w sposób możliwy do spełnienia tylko przez jednego wykonawcę, mógł się także spotkać z zarzutem ograniczania konkurencji, tak jak to miało miejsce z wieloma zamówieniami na usługi pocztowe jednostek sektora publicznego po nowelizacji ustawy Prawo pocztowe w 2012 r.

Zamawiający zaznaczył również, że działał w dobrej wierze, mając na uwadze konieczność zapewnienia najwyższego standardu świadczonych usług. Ponadto o wszczęciu postępowania z wolnej ręki Zamawiający zawiadomił w dniu 5 sierpnia 2014 r. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, uzasadniając wybór tego trybu postępowania. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 8 października 2014 r. - wówczas żaden z operatorów pocztowych nie wszczął postępowania odwoławczego.

Wobec powyższego, w ocenie Zamawiającego posiadał on podstawy, aby uznać, że zastosowany tryb dla zawarcia umowy jest zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2018 r., Kontrolujący poinformował Zamawiającego, że nie uwzględni jego zastrzeżeń złożonych od wyniku przedmiotowej kontroli i podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 kwietnia 2018 r. W uzasadnieniu stanowiska Kontrolujący przytoczył dotychczasową argumentację oraz podniósł jak niżej.

Odnosząc się do przedstawionego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli stanowiska Zamawiającego, że *w momencie wyboru trybu postępowania w praktyce wyłącznie Poczta Polska S.A. była przygotowana do prawidłowego świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia* należy zauważyć, że fakt, iż przepisy prawa zrównują datę nadania przesyłki u operatora wyznaczonego z datą jego wniesienia, nie uniemożliwia wykonywania usługi przez innego wykonawcę. Fakt ten nie przesądza również, że usługa ta może być wykonywana

należycie jedynie przez operatora wyznaczonego. Powołanie się przez Zamawiającego na przykład Polskiej Grupy Pocztovej S.A. stanowi dowód na to, że w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania na rynku usług pocztowych istniała konkurencja. Ponadto powyższe jest wyrazem subiektywnego przekonania Zamawiającego, że tylko jeden Wykonawca daje gwarancję najlepszego wykonania danego przedmiotu zamówienia. Takie przekonanie nie jest jednak wystarczającym do wypełnienia przesłanek wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Przyczyny techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określone u Wykonawcy, według Kontrolującego, winny mieć charakter zasadniczy, 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 nieprzezwycięzalny. Konieczne jest zatem wykazanie, że danego zamówienia nie jest w stanie wykonać żaden inny podmiot. Ponadto należy zauważyć, że Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów (np. badań, statystyk) wykazujących, że inni operatorzy realizują powierzone im zadania w sposób mniej staranny niż Poczta Polska S.A.

Następnie Kontrolujący wskazał, iż w zastrzeżeniach od wyniku kontroli Zamawiający wyraził opinię, że *w przypadku wyboru przez Zamawiającego trybu konkurencyjnego, jednym z podstawowych zawartych w SIWZ warunków byłaby konieczność zapewnienia przez potencjalnych wykonawców, aby wszystkie przesyłki były nadawane z „datą pewną”, w efekcie czego - zdaniem Zamawiającego - nie stworzono by warunków do realnej i uczciwej konkurencji.*

Odnosząc się do powyższego Kontrolujący podniósł, iż należy zauważyć, że wymóg zapewnienia, aby wszystkie przesyłki były nadawane z tzw. „datą pewną” jest nieuzasadniony. Jak wskazano w informacji o wyniku kontroli, czym innym jest doręczanie przesyłek pocztowych zgodnie z Kpa, Kpc czy Ordynacją podatkową, a czym innym nadawanie tzw. przesyłek terminowych, które stosownie do treści art. 57 § 5 pkt 2 Kpa, art. 165 § 2 Kpc oraz art. 12 § 6 pkt 2 Ordynacji podatkowej muszą zostać nadane u operatora wyznaczonego celem zachowania terminu na ich złożenie, w sytuacji składania ich ostatniego dnia tego terminu.

Ponadto Kontrolujący podkreślił, że w toku postępowania wyjaśniającego zwrócono się do Zamawiającego z prośbą o wskazanie, w jakim procencie Zamawiający nadaje przesyłki rejestrowane, w ramach przedmiotu zamówienia udzielonego z wolnej ręki, w których jest stroną postępowania w trybie kodeksu postępowania administracyjnego, cywilnego, administracyjnosądowego, ewentualnie innych przepisów. W odniesieniu do art. 57 § 5 pkt 2 Kpa oraz art. 165 § 2 Kpc poproszono o przekazanie informacji, jaki jest procentowy udział przesyłek rejestrowanych dla których w celu wywołania określonych skutków prawnych niezbędne jest ich nadanie z zachowaniem wymaganego prawem terminu (przesyłki z tzw.

datą pewną) oraz niewymagających nadania z tzw. datą pewną, dla których wymagane jest jedynie potwierdzenie doręczenia jej adresatowi, tzw. awizo. Zamawiający wyjaśnił, że *nie prowadzi takiej szczegółowej ewidencji przesyłek przygotowanych przez poszczególne komórki organizacyjne do wysyłki, która to ewidencja wykazywałaby, że konkretna przesyłka rejestrowana dotyczy postępowania (administracyjnego, cywilnego, administracyjnosądowego lub innego), w którym Zamawiający występuje jako strona takiego postępowania. (...) Zamawiający w swoich działaniach urzędowych przyjął zasadę, że korespondencja rejestrowana musi mieć datę pewną (...) bez względu na to, czy Zamawiający występuje jako strona postępowania, czy jako organ wydający decyzje, inne rozstrzygnięcie lub udzielający informacji (np. w zakresie informacji publicznej).*

Powyższe wyjaśnienia Zamawiającego, według Kontrolującego, wskazują, iż Zamawiający niesłusznie przyjął zasadę, iż korespondencja rejestrowana musi mieć datę pewną bez względu na to, czy ma ona charakter terminowy. Jednocześnie z wyjaśnień Zamawiającego, dla Kontrolującego wynika, że nie wszystkie wysyłane przez niego przesyłki muszą korzystać z domniemania zachowania terminu ich nadania w placówkach operatora wyznaczonego. Zatem ustanowienie wskazanego wymogu, aby wszystkie przesyłki były nadawane z „datą pewną”, nawet jeżeli dotyczy on postępowań prowadzonych w oparciu o przepisy Kpa, Kpc czy Ordynacji podatkowej, byłoby nieuzasadnione. Należy bowiem powtórzyć za informacją o wyniku kontroli, że tryby doręczania przesyłek w postępowaniach sądowych (art. 131 § 1 Kpc) administracyjnych (art. 39 Kpa) czy podatkowych (art. 144 Ordynacji podatkowej) 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.

W odniesieniu do dopuszczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego trybu tzw. „postańca” i wydzielania przesyłek, które wymagają nadania w placówce operatora wyznaczonego, Kontrolujący zaznaczył, że Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli stwierdził, że *takie rozwiązanie nie było możliwe do wdrożenia z uwagi na wolumen i charakter nadawanych przesyłek. Zatem jak wskazał Zamawiający, jest on nadawcą masowym, w związku z czym dodatkowa segregacja przesyłek rejestrowanych na dwóch operatorów pocztowych wymagałaby zwiększenia nakładów pracy i zasobów kadrowych, na co Zamawiający nie mógł sobie wówczas pozwolić.*

Odnosząc się do powyższego Kontrolujący uznał, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty stanowią przesłanki o charakterze organizacyjnym, a nie przesłanki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, natomiast zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2010 r. (sygn. akt KIO/KD 20/10) *przyczyny organizacyjne same w sobie nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.*

Kontrolujący również wskazał, że podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że *żaden z operatorów pocztowych nie wszczął postępowania odwoławczego*, nie przesądza o prawidłowości wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania oceniła zastrzeżenia Kontrolowanego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zważyła, co następuje.**

Izby stwierdziła, że zastrzeżenia złożone przez Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Rozpoznając zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej, Izba w pełni podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w informacji o wyniku kontroli oraz odpowiedzi na zastrzeżenia, wskazane tam argumenty są bowiem wynikiem prawidłowej subsumpcji analizowanych przepisów do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego. Zaznaczyć również należy, iż poczynione przez Kontrolującego ustalenia stanu faktycznego nie były kwestionowane przez Zamawiającego, zatem nie stanowiły one elementu sporu.

Przedmiotem kontroli była ocena legalności udzielenia zamówienia publicznego w przedmiocie usług pocztowych polegających na przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu rejestrowanych przesyłek pocztowych i zagranicznych – umowa nr ID 274734/W z 27 sierpnia 2014 r. zawarta przez Zamawiającego z Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie – w wyniku skorzystania przez Zamawiającego z trybu unormowanego w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej jako „p.z.p.”.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeśli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Zatem do wypełnienia dyspozycji przedmiotowej normy muszą zostać spełnione dwie przesłanki 1) przedmiot zamówienia może być świadczony wyłącznie przez Wykonawcę posiadającego monopol na wykonywanie zamówienia oraz 2) podłożem zaistniałego monopolu są przeszkody techniczne o obiektywnym charakterze.

Istnieje utrwalona wykładnia omawianej normy, która została wykształcona przez doktrynę i orzecznictwo, a której reprezentatywnym przykładem jest wyrok Sądu Najwyższego z 12 maja 2016 r., sygn. akt I CSK 335/15, gdzie Sąd ten wyjaśnił, iż „Względy techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia z wolnej ręki określonemu wykonawcy bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą mieć jednak zasadniczy charakter, tak aby



można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę w danym miejscu i czasie jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione i że ta niemożliwość ma charakter trwały oraz nieprzezwycięzalny, zaś możliwość zrealizowania zamówienia przez jednego wykonawcę nie jest wynikiem wcześniejszych działań czy ewentualnie zaniechań zamawiającego.” Ponadto warto przytoczyć argumentację, zachowującego aktualność w obecnym stanie prawnym, zawartą w wyroku Sądu Najwyższego z 6 lipca 2001 r., sygn. akt III RN 16/01 gdzie podkreślono, że "Przesłanka prawna jednego wykonawcy, warunkująca dopuszczalność udzielenia tzw. zamówienia z wolnej ręki ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca - monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi i przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwóch lub więcej wykonawców mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi (...)". Skład wyrażający opinię w sprawie zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej powyższe poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Należy również zaznaczyć, iż to na Zamawiającym, który udziela zamówienia z pominięciem podstawowych trybów p.z.p., ciąży obowiązek wykazania, że przedmiot zamówienia może być świadczony wyłącznie przez określonego Wykonawcę, który jako jedyny jest zdolny do realizacji zamówienia, co powinno zostać poprzedzone weryfikacją rynku pod kątem istnienia faktycznego monopolu Wykonawcy, przy czym nie należy ograniczać się do rynku krajowego. Ponadto do obowiązków Zamawiającego należy wykazanie, że zaistniała sytuacja jest skutkiem obiektywnych przyczyn, o charakterze technicznym. Wynika to z wyjątkowego charakteru regulacji pozwalających na odstępianie od zasady stosowania trybów konkurencyjnych i faktu, że jako odstępstwa od reguły nie mogą one być wykładane rozszerzająco (*exemptiones non sunt extendae*).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanych zastrzeżeń Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, aby na rynku usług pocztowych, w dacie udzielania zamówienia, istniała wyłączność świadczenia przedmiotowych usług przez Poczta Polska S.A. Nie można również zgodzić się z Zamawiającym, że sam status Wykonawcy, jako operatora wyznaczonego, świadczy o braku możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez innych Wykonawców.

Pogląd o monopolu Poczty Polskiej S.A. stoi w sprzeczności z rezygnacją ustawodawcy z obowiązku dokonywania doręczeń poprzez operatora wyznaczonego – pocztę, będącą wynikiem implementacji do krajowego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/6/WE z dnia 20 lutego 2008 r. zmieniającej dyrektywę 97/67/WE w odniesieniu do pełnego urzeczywistnienia rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty (Dziennik Urzędowy L 052 z 27 lutego 2008 r. P 0003 - 0020), która wprowadza na terenie Unii Europejskiej liberalizację rynku usług pocztowych, tj. od dnia 1 stycznia 2013 r.

ustawą z 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529, ze zm.), dalej zwaną jako „p.p.”, wprowadzono zmiany przepisów procedury administracyjnej - art. 39, art. 44 § 1 pkt 1 i art. 47 § 1 k.p.a. na mocy art. 132 p.p., sądownoadministracyjnej - art. 65 § 1 i 2 u.p.p.s.a na mocy art. 153 p.p., karnej - art. 131 § 1 i art. 133 § 1 k.p.k. na mocy art. 144 p.p., cywilnej - art. 131 § 1 i art. 139 § 1 k.p.c. na mocy art. 134 p.p. oraz w postępowaniach prowadzonych na gruncie Ordynacji podatkowej - art. 12 w § 6 pkt 2 i art. 144 o.p. na mocy art. 147 p.p.

Jak słusznie wskazano w wyroku Krajowej izby Odwoławczej z 7 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2184/13) „W uzasadnieniu projektu ww. ustawy Prawo pocztowe (nr druku 801) zostało wskazane m.in., że: "III dyrektywa kończy, rozpoczęty w 1997 r. w krajach członkowskich UE, proces stopniowej liberalizacji rynku usług pocztowych i określa zasady funkcjonowania rynku pocztowego po jego pełnym otwarciu na konkurencję tj. zniesieniu obszaru usług, jakie mogły być do tej pory zastrzeżone dla operatora/ów świadczącego usługi powszechne w ramach nałożonego przez państwo obowiązku.", (...) Izba rozpoznając podniesione w treści odwołania zarzuty wzięła pod uwagę okoliczność, iż zmiany przepisów procedury administracyjnej, sądownoadministracyjnej, karnej, cywilnej oraz postępowanie w sprawach o wykroczenia (odsyłających do uregulowań k.p.k) zostały dokonane w wyniku wejścia w życie ustawy Prawo pocztowe (...) warto zaznaczyć, że dokonana zmiana regulacji rynku usług pocztowych była wynikiem implementacji do krajowego porządku prawnego dyrektyw liberalizujących rynek tego typu usług - a nie zmian przepisów regulujących procedury. Argument ten jest bardzo istotny, gdyż pozwala odczytać intencje ustawodawcy w ramach dokonywania wykładni celowościowej i funkcjonalnej powyższych przepisów.”

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że nie można utożsamiać uprzywilejowanej pozycji Poczty Polskiej S.A. jako operatora wyznaczonego, obowiązującego do świadczenia usług powszechnych, na mocy z art. 178 p.p., z istnieniem monopolu na rynku usług pocztowych, gdyż sam status Wykonawcy nie oznacza, że operator ten posiada wyłączność na świadczenie usług objętych postępowaniem. Tym samym skład rozpoznający sprawę podzielił stanowisko zawarte w wyroku Sądu Okręgowego z 3 sierpnia 2012 r. sygn. akt VCa 1281/12 oraz w wyroku Izby z 21 marca 2012 r. sygn. akt KIO 476/12, gdzie trafnie podniesiono, iż „Wprawdzie nie można odmówić racji twierdzeniom zamawiającego o istnieniu uprzywilejowanej pozycji operatora publicznego, która prowadzić może do stwierdzenia istnienia monopolu naturalnego, to jednak zdaniem składu orzekającego, nie stanowiło to o zaistnieniu przyczyn technicznych, które decydowały o możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia jedynie przez Poczta Polską S.A. Nie budzi żadnych wątpliwości, iż również inni operatorzy działający na rynku usług pocztowych posiadają możliwości technologiczne pozwalające na przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek

w obrocie krajowym i zagranicznym.” (por. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 8.07.2014 r. sygn. akt II Ca 141/14 odnoszący się do rynku pocztowych usług międzynarodowych).

Warto zatem zauważyć, że zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa, które ugruntowało się na kanwie stosowania przywołanych regulacji, że uprzywilejowanie prawne posiadania statusu operatora wyznaczonego - które wyraża się w założeniu poczynionym przez ustawodawcę, że pewne usługi, pomimo świadczenia ich w warunkach rynkowych (a więc wolnej konkurencji) muszą ciągle zachować określony stopień dostępności (powszechności), co generuje dla takiego podmiotu dodatkowe obowiązki i nakłady, kompensowane przez ustawodawcę uprzywilejowanym statusem, w wyniku korzystniejszej regulacji prawnej – nie są równoważne z powstaniem monopolu Poczty Polskiej S.A. spowodowanego przyczynami technicznymi, o obiektywnym charakterze. Zatem sam fakt posiadania statusu operatora wyznaczonego, przez podmiot, który zdecyduje się spełnić określone, dodatkowe warunki oraz ponieść z tego tytułu koszty, celem zapewnienia wymaganej ustawą ciągłości i dostępności usług pocztowych, który posiada Poczta Polska S.A., nie może być utożsamiany z charakterem technicznym, który wynika z okoliczności faktycznych, podyktowanych fizycznym brakiem możliwości wykonania określonego przedmiotu zamówienia przez innych Wykonawców. Status operatora wyznaczonego nie jest związany ze specyficznymi cechami technicznymi przedmiotu zamówienia, będącymi techniką wykonywania określonych czynności wynikającym z np. posiadanego unikalnego know – how, zaplecza technicznego, produkcyjnego, dostępu do technologii bądź surowców etc., wymuszających realizację zamówienia tylko przez jednego Wykonawcę, w szczególności, iż sam Zamawiający wskazał, że na rynku, otwartym przez ustawodawcę na konkurencję, istniały inne podmioty świadczące usługi doręczeń korespondencji.

Należy również zaznaczyć, że Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu, iż weryfikował rynek pocztowy pod kątem zbadania czy w momencie udzielania zamówienia na rynku występował tylko jeden wykonawca świadczący usługi pocztowe, ograniczając się wyłącznie do powołania na status Poczty Polskiej S.A. Takie działanie Zamawiającego spowodowało, że sam skutecznie pozbawił się możliwości wykazania, że przyjęcie przez niego zastosowania wyjątkowego trybu niekonkurencyjnego było uzasadnione. Ponadto umknęło uwadze Zamawiającego, że to on wskazał, iż na rynku istnieli również inni Wykonawcy, wykonujący usługi doręczenia - Polska Grupa Poczta S.A. Zatem w ocenie Izby nie wykazano, że została spełniona pierwsza z przesłanek umożliwiających powołanie się na dyspozycję art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a p.z.p. – Zamawiający nie wykazał, że przedmiotowe usługi mogą być świadczone tylko przez jednego Wykonawcę. Przy czym Izba stwierdziła, że argumentacja Zamawiającego w zakresie zapewnienia przez Poczta Polską S.A. bezpieczeństwa, efektywności, rzetelności i pożądanego, profesjonalnego standardu w zakresie wykonywania usługi świadczy jedynie o subiektywnym przekonaniu

Zamawiającego o właściwościach wybranego Wykonawcy i nie może w żaden sposób zastąpić dokonania rzetelnej analizy rynku usług pocztowych, celem możliwości powołania się na istnienie obiektywnego monopolu Wykonawcy, w przedmiocie realizacji zamówienia publicznego. Argumenty takie nie tylko nie tłumaczą przyjętej przez Zamawiającego koncepcji odstąpienia od procedury konkurencyjnej, ale tym bardziej przemawiają za koniecznością jej zastosowania – choćby w celu weryfikacji który z potencjalnych Wykonawców w sposób najkorzystniejszy wykona usługi doręczania korespondencji.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że wobec brzmienia treści przedmiotu zamówienia, nie wykazano również zaistnienia przeszkód technicznych o obiektywnym charakterze, które powodowałyby monopol Poczty Polskiej S.A., tym samym uniemożliwiając wykonanie zamówienia przez innych operatorów pocztowych. Izba stwierdziła, że nie są wystarczające, ani w zasadzie odnoszące się do istoty przesłanki przewidzianej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. przytoczone przez Zamawiającego okoliczności o charakterze organizacyjnym i gospodarczym, które jako okoliczności nie odnoszące się do zakresu objętego hipotezą omawianej normy prawnej nie mogły podważyć zasadności stwierdzonych w toku kontroli naruszeń.

W ocenie składu wyrażającego opinię w sprawie zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej nie zasługuje również na aprobatę stanowisko Zamawiającego, iż unormowania poszczególnych przepisów materialnych i proceduralnych, na które wskazał Zamawiający, stanowią o niemożliwości udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym, z obiektywnych powodów technicznych.

Przywołane przez Zamawiającego przepisy art. 81 § 2 pkt 1 k.c. w zw. art. 17 p.p., określające urzędowe poświadczenie daty związane z potwierdzeniem nadania przesyłki wydanym przez placówkę pocztową operatora wyznaczonego, a także art. 57 § 5 pkt 2 k.p.a., art. 165 § 2 k.p.c., art. 12 § 6 pkt 2 o.p., art. 124 k.p.k., art. 176 ust. 3 u.o.n.d.f.p. statuujące domniemanie prawne, że data nadania pisma w polskiej placówce operatora wyznaczonego jest równoznaczna z datą wniesienia go do adresata (sądu lub innego organu prowadzącego postępowanie), nie mogą być jednak, jak czyni to Zamawiający, podstawą do przyjęcia, że wyłącznie operator wyznaczony może świadczyć usługi doręczeń korespondencji. Ponadto w ocenie Izby określone przez ustawodawcę gwarancje prawne, służące zabezpieczeniu interesów stron i uczestników poszczególnych postępowań nie mieszczą się katalogu przesłanek o charakterze technicznym, gdyż związane są one z czynnością dochowania terminów procesowych lub możliwością powołania się na datę pewną czynności prawnej. Zatem skutek prawny związany z sytuacją, gdy strona korzysta z usług operatora wyznaczonego, niewątpliwie korzystny dla Zamawiającego, nie ma wymiaru technicznego, który w dodatku wyłączałby możliwość świadczenia przedmiotowych usług przez innych Wykonawców, nieposiadających statusu operatora wyznaczonego. Zamawiający w tym

zakresie w sposób subiektywny przyjął, iż unormowania prawne są przeszkodami technicznymi, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p., jednakże nie przedstawiono w tej materii żadnej poszerzonej, merytorycznej argumentacji, oprócz powołania się na ww. przepisy. Okoliczność, iż przepisy prawa zrównują datę nadania pisma w placówce operatora wyznaczonego z datą wniesienia go do adresata, a także norma statuująca tzw. datę pewną, mają w ocenie Izby walor prawny i nie stanowią o istnieniu obiektywnego monopolu podmiotu wybranego przez Zamawiającego do realizacji zamówienia z powodu przeszkód technicznych, uniemożliwiających powierzenie realizacji zamówienia innemu Wykonawcy. Powyższa argumentacja jest wynikiem podzielenia i przyjęcia za własne, przez skład wyrażający opinię w sprawie zastrzeżeń od wyników kontroli, stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażonego w wyrokach zapadłych w zbliżonych do rozpoznawanego stanach faktycznych, tj. w wyrokach: z 21 marca 2012 r. sygn. akt KIO 476/12, z 7 października 2013 r. sygn. akt KIO 2184/13, z 27 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2489/15.

W zakresie argumentacji Zamawiającego odnoszącej się do dopuszczenia realizacji przedmiotu zamówienia poprzez Wykonawców innych niż operator wyznaczony, którzy wykonywaliby usługi pośrednictwa w nadawaniu określonych rodzajów przesyłek, korzystających z uprzywilejowań norm prawnych, które wskazał Zamawiający, w imieniu i na rzecz Zamawiającego w placówkach operatora wyznaczonego, Izba stwierdziła, że wskazane przez Zamawiającego okoliczności organizacyjne – związane z dodatkową segregacją korespondencji, zwiększającą nakład pracy i zasobów kadrowych – są przyczynami organizacyjnymi, całkowicie zależnymi od Zamawiającego. Zatem nie mieści się w hipotezie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. sytuacja, w której Zamawiający doprowadza do możliwości zrealizowania zamówienia publicznego przez jednego, wybranego Wykonawcę, w wyniku czynności Zamawiającego, jaką niewątpliwie jest opisanie przedmiotu zamówienia (por. wyrok Sądu Najwyższego z 12 maja 2016 r., sygn. akt I CSK 335/15). Alternatywna realizacja usług pocztowych, przy podtrzymaniu korzystnych dla Zamawiającego gwarancji prawnych, wynikających z korzystania z usług operatora wyznaczonego, została określona przez ustawodawcę w art. 35 ust. 1 p.z.p., który stanowi, że operator pocztowy, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, może po przyjęciu przesyłki pocztowej powierzyć dalsze wykonanie usługi innemu operatorowi pocztowemu na podstawie umowy o współpracę zawieranej w formie pisemnej. Rozwiązanie takie, jako umożliwiające przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym, zapewniającym warunki realnej i uczciwej konkurencji, przy uwzględnieniu wymogów określonych przez Zamawiającego, było wielokrotnie aprobowane przez Izbę w wyrokach z 19 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1362/13, z 17 lipca 2014 r. sygn. akt KIO 1350/14, z 31 października 2014 r. sygn. akt KIO 2160/14.

W konsekwencji powyższego należy podkreślić, że możliwość zrealizowania zamówienia przez jednego Wykonawcę, będąca wynikiem działań Zamawiającego nie może korzystać z ochrony prawnej i być podstawą do skorzystania przez Zamawiającego z trybu niekonkurencyjnego, skoro to Zamawiający, a nie przyczyny obiektywne, powodują powstanie monopolu. Ponadto powyższa argumentacja stanowi asumpt do przyjęcia, że brak realizacji zamówienia przez innych operatorów pocztowych, na którą powołuje się Zamawiający, nie ma ani zasadniczego charakteru trwałego, ani nie jest stanem nieprzewidywalnym.

Konkludując powyższe Izba stwierdziła, że warunkiem zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. jest wykazanie, że przedmiot zamówienia może być świadczony tylko przez wybranego Wykonawcę. W sytuacji, gdy istnienie tylko jednego Wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia nie jest oczywiste, Zamawiający powinien przeprowadzić weryfikację rynku w warunkach konkurencyjnych. Skorzystanie z trybu wyboru Wykonawcy z wolej ręki, w oparciu o przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p., jest uzależnione od szczególnego charakteru danego zamówienia - jego specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie. Natomiast przedmiotowych przyczyn technicznych nie można utożsamiać z przyczynami organizacyjnymi, gospodarczymi, społecznymi, ani przekonaniem, że wybrany przez Zamawiającego Wykonawca zrealizuje zamówienie najlepiej, najrzetelniej, w stopniu najwyższym odpowiadając nieuzasadnionym wymaganiom Zamawiającego, ani to czy dany Wykonawca dysponuje największym doświadczeniem bądź potencjałem organizacyjnym, w szczególności zaś nie może to być monopol spowodowany działaniami czy zaniechaniami dokonanymi przez samego Zamawiającego. Przy czym, dokonując tej oceny, należy brać pod uwagę nie tylko rynek polski, ale również rynek państw członkowskich Unii Europejskiej, zaś taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzewidywalny (por. uchwała z 5 stycznia 2017 r. sygn. akt KIO/KD 79/16).

Reasumując, Izba podzieliła stanowisko Kontrolującego, iż Zamawiający nie był uprawniony do skorzystania z trybu, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p., czym dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 10 p.z.p., gdyż zaakceptowanie argumentacji Zamawiającego pozostawałoby w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i oznaczałoby uznanie, jako uzasadnienie dla zastosowania trybu niekonkurencyjnego, okoliczności które nie są objęte treścią art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. W toku kontroli, jak również w zastrzeżeniach od ich wyniku, Zamawiający nie wskazał rzeczowych wyjaśnień, ani nie przedstawił dowodów, które potwierdziłyby spełnienie przesłanek uzasadniających udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o ww. normę, a które mogłyby podważyć zasadność stwierdzonych naruszeń.

Mając powyższe na uwadze Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust.3 p.z.p., wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....