

Sygn. akt: KIO 70/12

WYROK
z dnia 18 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**
 Jolanta Markowska
 Aneta Mlącka

Protokolant: **Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2012 r. przez wykonawcę **InPost Finanse Sp. z o.o., ul. Malborska 130, 30-624 Kraków**, w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej, ul. Marynarki Polskiej 134a, 80-865 Gdańsk**,

przy udziale wykonawcy: **Poczta Polska S.A., ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę InPost Finanse Sp. z o.o., ul. Malborska 130, 30-624 Kraków i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę InPost Finanse Sp. z o.o., ul. Malborska 130, 30-624 Kraków, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki dla zamówienia publicznego na „Usługę pocztową polegającą na przyjmowaniu i doręczaniu przekazów pocztowych ze świadczeniami z zakresu pomocy społecznej, świadczeniami rodzinnymi, dodatkami mieszkaniowymi, świadczeniami dla osób uprawnionych do alimentów i innych”. Odwołujący - InPost Finance sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie stwierdził, że Zamawiający - Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Gdańsku, dokonując wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki naruszył art. 67 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych {Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 756 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] poprzez wybór trybu zamówienia z wolnej ręki w przypadku braku jakiejkolwiek przesłanki do zastosowania takiego trybu, a także naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż dokonując w sposób nieprawidłowy wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł:

- 1) w przypadku gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - unieważnienia przeprowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenia zamówienia z wolnej ręki na Usługę pocztową polegającą na przyjmowaniu i doręczaniu przekazów pocztowych ze świadczeniami z zakresu pomocy społecznej, świadczeniami rodzinnymi, dodatkami mieszkaniowymi, świadczeniami dla osób uprawnionych do alimentów i innych oraz nakazanie powtórzenia przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego w sposób zgodny z regulacjami ustawy Prawo Zamówień Publicznych;
- 2) w przypadku gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta - unieważnienie umowy zawartej z wykonawcą, któremu udzielono zamówienia,

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że w dniu 27 grudnia 2011 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych zostało zamieszczone ogłoszenie o udzieleniu zamówienia publicznego z wolnej ręki na wskazaną usługę. Zamówienie zostało udzielone na rzecz Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. Zgodnie z treścią ogłoszenia, zamówienie zostało udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a) PZP w zw. z art. 3 pkt. 15 ustawy z dnia 12 czerwca 2003r. - Prawo pocztowe (dalej jako PP) oraz art. 46 ust. 2 tej ustawy. Zamawiający, przyjmując treść wskazanej w art. 3 pkt. 15) PP definicji przekazu pocztowego (polecenie doręczenia adresatowi określonej kwoty pieniężnej przez operatora publicznego), jak i fakt, iż na podstawie art. 46 ust. 2 PP zadania operatora publicznego zostały powierzone Poczcie Polskiej S.A. - błędnie uznał, iż zachodzi przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a) PZP, iż będące przedmiotem zamówienia publicznego usługi mogą być świadczone wyłącznie przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o

obiektywnym charakterze. Wprawdzie definicja przekazu pocztowego odnosi się do usług operatora publicznego, jednakże wskazać należy, iż ustawa - Prawo Pocztove w art. 47 ust. 1 wyraźnie wskazuje katalog zamknięty usług pocztowych, które należy traktować jako zastrzeżone wyłącznie na rzecz operatora publicznego - Poczty Polskiej S.A. Choć w pierwotnym brzmieniu katalog usług zastrzeżonych art. 47 ust. 1 PP zawierał również usługę polegającą na przyjmowaniu i doręczaniu tzw. przekazów pocztowych (dawny art. 47 ust. 1 pkt. 4 PP), to została ona usunięta z katalogu takich usług przez ustawę z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy - Prawo pocztowe (Dz. U. 2004 nr 69 poz. 627 2004.05.01), mającą na celu dostosowanie polskiego ustawodawstwa do prawa Unii Europejskiej. Wykonawca wskazał także, że w rządowym uzasadnieniu projektu nowelizacji (Druk sejmowy z dnia 16 stycznia 2004 r. nr 2462), wyraźnie podniesiono, że „w projekcie ustawy uwzględniono zalecenie usunięcia z obszaru usług zastrzeżonych usługi przekazu pocztowego, która nie jest objęta postanowieniami dyrektywy 39/2002/WE (art. 1 pkt 2 lit a noweli)”. Ponadto na potwierdzenie powyższego wskazał, że żaden z przepisów ustawy Prawo pocztowe nie zabrania świadczenia usługi przekazu pocztowego operatorom niepublicznym, a w wykazie czynności podlegających karze pieniężnej, znajdującym się w art. 67 ust 1 PP nie znajduje się również przepis ustanawiający sankcję za wykonywanie usług, których przedmiotem jest doręczanie przekazów pieniężnych ich adresatom przez podmioty nieposiadające statusu operatora publicznego. Brak zastrzeżenia „przekazu pocztowego” wyłącznie na rzecz Poczty Polskiej S.A. również zdaje się potwierdzać fakt, iż jedyne regulacje zawarte w przepisach Prawa pocztowego zakazujące stosowania określonych oznaczeń przez podmioty inne niż operator publiczny dotyczą znaków opłaty pocztowej (na podstawie art. 31 ust. 3 pkt. 1 PP, oznaczanie znaczków pocztowych wyrazami takimi jak „Polska”, „Rzeczypospolita Polska” oraz „Poczta” zastrzeżone jest dla Poczty Polskiej). Mając na uwadze powyższe wykonawca wskazał, że przypisany Poczcie Polskiej S.A. zakres przedmiotowy monopolu prawnego w zakresie świadczenia usług pocztowych, uzasadniający uznanie zaistnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a) PZP, został określony wyłącznie w art. 47 ust. 1 PP. Tym samym brak jest jakichkolwiek podstaw dla przyjęcia rozszerzającej interpretacji zakresu usług zastrzeżonych dla operatora publicznego - Poczty Polskiej S.A. Podkreślił, że wyłączenie ustawą z dnia 18 marca 2004r. o zmianie ustawy Prawo pocztowe usługi przekazu pocztowego z usług zastrzeżonych na rzecz Poczty Polskiej S.A. skutkuje brakiem możliwości uznania za jedynie właściwą wykładni literalnej definicji „przekazu pocztowego” z art. 3 pkt. 15) PP. Pozostawiona w ustawie (co należałoby uznać za przeoczenie ustawodawcy), niezgodna z intencją ustawodawcy jak i celowościową wykładnią przepisów, w tym implementowanych regulacji unijnych, definicja przekazu pocztowego, nie może skutkować przypisaniem nieuprawnionego monopolu Poczcie Polskiej S.A., w szczególności z tak daleko idącymi

skutkami na gruncie przepisów ustawy Pzp. W związku z powyższym, zdaniem wykonawcy, Zamawiający, udzielając zamówienia z wolnej ręki naruszył art. 67 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 tej ustawy. Tym samym w ocenie Odwołującego, za zasadne uznać należy unieważnienie udzielonego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie procedury w sposób zgodny z regulacjami PZP, a w przypadku gdy umowa o zamówienie publiczne została już zawarta - zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt. 1) - unieważnienie takiej umowy. W tym miejscu z ostrożności należy wskazać, iż Zamawiający nie dokonał ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, a tym samym nie zachodzi ewentualna przesłanka z art. 146 ust. 2 pkt. 1) ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził również, że ma interes w udzieleniu zamówienia. Spółka InPost Finanse sp. z o.o. w ramach prowadzonej działalności gospodarczej świadczy usługi pocztowo-finansowe i jest podmiotem wpisanym do rejestru działalności operatorów pocztowych pod numerem B-00253. Nieuprawnione zastosowanie przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki skutkuje pokrzywdzeniem Odwołującego poprzez wyłączenie możliwości ubiegania się przez Odwołującego o udzielenie zamówienia, co może skutkować poniesieniem szkody przez Odwołującego w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Podniósł także, że Zamawiający nie dokonał ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, a tym samym niniejsze odwołanie zostaje złożone zgodnie z art. 182 ust. 4 pkt 1) ustawy Pzp, a zatem w terminie 15 dni od dnia zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazując na orzecznictwo [Wyrok WSA z Gdańska 5.03.2009 r. ISA/Gd 369/2008, Postanowienie SN – Izba Cywilna z 5.05.2005 r. IC CK 4/2005 oraz Wyrok TK z 25.01.2011 r. P. 8/2008] zgodnie z którym usługa przyjmowania i doręczenia przekazów pocztowych jest zastrzeżona dla operatora publicznego – Poczty Polskiej S.A.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca – Poczta Polska S.A. i wskazując na art. 2 ust.1 pkt 3 oraz art. 3 ust.1 pkt 15 i 25 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2008 r. nr 189 poz. 1159 ze zm.) wniósł o jego oddalenie.

Rozpatrując odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu, albowiem podnoszone zarzuty naruszenia art. 67 ust.1 pkt 1a) i art. 7 ust.1 ustawy Pzp, Izba uznała za niezasadne.

Wnoszący odwołanie wykonawca stwierdził, że spółka InPost Finanse sp. z o.o. w ramach prowadzonej działalności gospodarczej świadczy usługi pocztowo-finansowe i jest podmiotem wpisanym do rejestru działalności operatorów pocztowych. Ponadto Izba ustaliła na podstawie działu 3.1.7 odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, że wykonawca jest uprawniony do prowadzenia działalności pocztowej podmiotów innych niż operator publiczny. Mając na uwadze ustalony stan faktyczny oraz uwzględniając wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 stycznia 2011 r. sygn. akt P 08/08 Izba stwierdziła, że przekaz pocztowy - zgodnie z art. 3 pkt 15 ustawy - Prawo pocztowe - to polecenie doręczenia adresatowi określonej kwoty pieniężnej przez operatora publicznego. Z kolei zgodnie z art. 46 ust. 2 wskazanej ustawy zadania operatora publicznego zostały powierzone Poczcie Polskiej S.A. W powołanym wyroku Trybunału Konstytucyjnego wskazano także, że przepis art. 6 ustawy – Prawo pocztowe nie przewiduje możliwości uzyskania – przez inne podmioty zezwolenia na wykonywanie działalności pocztowej w odniesieniu do przekazów pocztowych. Tym samym, tak jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny (...) usunięcie „przekazu pocztowego” z przepisu art. 47 ust.1 prawa pocztowego nie doprowadziło do wyłączenia tej usługi z obszaru powszechnych usług pocztowych zastrzeżonych dla Poczty Polskiej S.A., gdyż pozostałe przepisy prawa pocztowego faktycznie zaliczają go do tej kategorii usług (...), a uprzywilejowana pozycja Poczty jest uzasadniona jej statusem operatora publicznego. To oznacza, że Zamawiający był uprawniony udzielić zamówienia na „Usługę pocztową polegającą na przyjmowaniu i doręczaniu przekazów pocztowych (...) na podstawie art. 67 ust.1pkt 1lit a) ustawy Pzp.

Izba zwraca także uwagę, że zgodnie z art. 192 ust.7 ustawy Pzp, orzeka tylko w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu, a zatem przedmiotem rozpoznania przez Izbę nie może być – podnoszony na rozprawie zarzut nieprawidłowej implementacji regulacji unijnych do ustawy Prawo pocztowe. Dodatkowo Izba wskazuje, że zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp na gruncie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych - odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami tej ustawy, czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp. Na marginesie Izba stwierdza, że ustalenia w niniejszej sprawie wskazują także na brak – w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp - legitymacji do wniesienia odwołania w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki na „Usługę pocztową polegającą na przyjmowaniu i doręczaniu przekazów pocztowych ze świadczeniami z zakresu pomocy społecznej, świadczeniami rodzinnymi, dodatkami mieszkaniowymi, świadczeniami dla osób uprawnionych do alimentów i innych” przez wykonawcę spółka InPost Finanse sp. z o.o., albowiem wykonawca ten nie może być realizatorem usługi zastrzeżonej dla operatora publicznego – Poczty Polskiej S.A.

Z tych też względów Izba, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

.....

.....