

Sygn. akt: KIO 348/13

**WYROK**  
z dnia 28 lutego 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Sylwester Kuchnio  
Barbara Bettman  
Katarzyna Brzeska

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2013 r. przez Poczczę Polską S.A. w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Poczczę Polską S.A. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Poczczę Polską S.A. w Warszawie 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 Warszawie.

.....

.....

.....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający, Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług pocztowych wraz z obsługą korespondencji wychodzącej dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A.”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 06.11.2012 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2012/S 213-352590.

W dniu 15.02.2013 r. Poczta Polska S.A. w Warszawie wniosła odwołanie względem podjętych w postępowaniu czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

1. wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Itella Information Sp. z o.o. i PP Direct Post Sp. z o.o.
2. zaniechaniu odrzucenia ofert:
  - a. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Itella Information Sp. z o.o. i PP Direct Post Sp. z o.o.,
  - b. Infosys S.A.,
    - - jako niespełniających wymogów SIWZ i sprzecznych z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa;
3. prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt.2 i pkt. 8 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1, art.25 i art. 26 Pzp - poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum firm Itella Information Sp. z o.o. PP Direct Post Sp. z o.o. a także oferty Infosys S.A. pomimo tego, że oferty te były sprzeczne z przepisami ustawy, a także nieważne na podstawie odrębnych przepisów.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Wykonawcy - Konsorcjum firm Itella Information Sp. z o.o. i PP Direct Post Sp. z o.o.
2. nakazanie w toku badania ofert odrzucenia ofert:
  - a. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Itella Information Sp. z o.o. i PP Direct Post Sp. z o.o., oraz
  - b. Infosys S.A.,
    - jako niespełniających wymogów SIWZ i sprzecznych z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

W uzasadnieniu odwołania wskazano:

„[...]”

Z treści Części III SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia” wynika, iż przedmiotem zamówienia miały być m. in. usługi komplementarne, w ramach których wyróżnione zostało świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym (str. 32 SIWZ). Pojęcie to precyzuje sekcja pt. „Szacowane ilości korespondencji wychodzącej”, gdzie wyraźnie stwierdzono, że nadawane będą również listy polecane zagraniczne na terenie Unii Europejskiej (str. 39 SIWZ).

Poczta Polska S.A., wskazuje, że jest ona, jako tzw. operator wyznaczony (dawniej: operator publiczny) wyłącznym podmiotem uprawnionym do obsługi korespondencji wychodzącej, przeznaczonej do doręczenia poza granicami kraju. Fakt ten wynika z art. 4, art. 5 oraz art. 178 ust. 1 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529), w myśl których:

- do świadczenia usług pocztowych w obrocie zagranicznym stosuje się przepisy ustawy, jeżeli międzynarodowe przepisy nie stanowią inaczej;

- zadania z zakresu działalności pocztowej, określone dla zarządów pocztowych lub administracji pocztowych w międzynarodowych przepisach pocztowych, wykonuje operator wyznaczony;
- Poczta Polska S.A. pełni obowiązki operatora wyznaczonego w okresie 3 lat od dnia wejścia w życie przedmiotowej ustawy.

Analogiczny był sens dotychczas obowiązujących przepisów art. 4 i 5 uchylonej już ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo pocztowe (Tekst jedn. Dz. U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1159 z późn. zm.). Przepisami międzynarodowymi, do których odwołują się w/w przepisy, jest m. in. Światowa Konwencja Pocztaowa, będąca załącznikiem do Umowy międzynarodowej - Siódmego protokołu dodatkowego do

Konstytucji Światowego Związku Pocztowego, Regulaminu Generalnego Światowego Związku Pocztowego wraz z załącznikiem - Regulaminem wewnętrznym Kongresów, Światowej Konwencji Pocztaowej oraz Porozumienia dotyczącego pocztowych usług płatniczych, sporządzonych w Bukareszcie dnia 5 października 2004 r. (Dz. U. z 2007 r. Nr 206, poz. 1494).

Podkreślenia wymaga fakt, iż Poczta Polska S.A. jest jedynym krajowym operatorem, oficjalnie wyznaczonym przez Rzeczpospolitą Polską do zapewnienia świadczenia usług pocztowych i wypełniania obowiązków wynikających z w/w aktów Światowego Związku Pocztowego. Oznacza to, że Poczta Polska S.A. jest jedynym krajowym operatorem uprawnionym do obsługi przesyłek pocztowych nadawanych poza granice kraju. Poczta Polska S.A. jest też jedynym podmiotem, mogącym być partnerem dla zagranicznych operatorów pocztowych, wyznaczonych w rozumieniu w/w przepisów prawa międzynarodowego.

W sytuacji, gdy Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawa S.A. - zamierza zlecić świadczenie usług pocztowych, polegających na doręczaniu przesyłek listowych na terenie Unii Europejskiej, mówić należy o usłudze, którą zgodnie z prawem może wykonać jedynie Poczta Polska S.A.

Tym samym, Konsorcjum firm Itella Information Sp. z o.o. i PP Direct Post Sp. z o.o., jak również Infosys S.A., składając oferty i oświadczając, iż mają wszelkie uprawnienia do świadczenia zamawianej usługi, złożyły oświadczenia pomijające istotny aspekt sprawy w zakresie przesyłek poza granice kraju. Oferty takie są więc sprzeczne z ustawą w rozumieniu art. 58 Kodeksu cywilnego (który pod pojęciem ustawy nakazuje rozumieć wszystkie akty prawne składające się na system źródeł

prawa powszechnie obowiązującego, tj. konstytucję, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe, rozporządzenia wydawane przez organy wskazane w konstytucji na podstawie upoważnienia zawartego w ustawie i w celu jej wykonania oraz akty prawa miejscowego).

Jednocześnie Zamawiający, nie odrzucając ofert nieważnych na podstawie odrębnych przepisów (w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP) i wybierając jedną z nich, naruszył rzeczony przepis. Ponadto, oferta Konsorcjum firm Itella Information Sp. z o.o. i PP Direct Post Sp. z o.o., jak również oferta Infosys S.A., były sprzeczne z samą ustawą Prawo zamówień publicznych, w szczególności z jej art. 22 ust. 1 pkt który pozwala ubiegać się o udzielenie zamówienia podmiotom, które spełniają warunki, dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Powyższa zasada stanowiła kolejną podstawę do odrzucenia rzeczonych ofert.

W przedmiotowym postępowaniu dokonano zatem wyboru oferty Wykonawcy, który zgodnie z obowiązującym prawem nie może świadczyć wszystkich usług, jakie były przedmiotem zamówienia. Okoliczność taka powoduje pokrzywdzenie Poczty Polskiej S.A., będącej podmiotem, który mógłby wygrać przetarg i skutecznie wykonać całość zobowiązania na rzecz Zamawiającego.

Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum firm Itella Information Sp. z o.o. i PP Direct Post Sp. z o.o., jak również oferty Infosys S.A., a następnie wybór oferty Konsorcjum firm Itella Information Sp. z o.o. i PP Direct Post Sp. z o.o., spowodowały przeprowadzenie postępowania z naruszeniem przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt.2 i pkt.8 PZP w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 PZP, co skutkuje obowiązkiem unieważnienia postępowania zgodnie z art.93 ust.1 pkt.1 i pkt.7 PZP.

[...]"

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

Odwołujący nie brał w żadnej formie i na żadnym etapie udziału w przedmiotowym postępowaniu. W szczególności nie złożył oferty, nie zwracał się do zamawiającego

o udostępnienie SIWZ, nie korzystał ze środków ochrony prawnej wobec jej postanowień... etc.

**Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący nie legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Wymagania wynikające z przywołanego przepisu winny być spełnione na dzień wnoszenia odwołania i podlegają obligatoryjnemu badaniu przez Izbę, ich spełnienie warunkuje bowiem rozpoznanie odwołania co do istoty. Przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia oraz szkody mają charakter materialnoprawny i muszą być spełnione kumulatywnie, w przeciwnym razie odwołanie podlega oddaleniu, bez badania zasadności podniesionych w nim zarzutów.

Powyższego uprawnienia, odmówiono odwołującemu zarówno ze względu na brak możliwości poniesienia szkody związanej z ewentualnym naruszeniem przepisów w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia, jak też aktualnym i przeszłym brakiem interesu w jego uzyskaniu.

Odwołujący nie złożył w niniejszym postępowaniu oferty, nie brał i nie będzie brał w nim udziału. Można więc przyjąć, iż jego działania czy zaniechania w tym zakresie przesądzają o tym, że nie miał i nie ma interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Należy podzielić i poprzeć wyrażane w orzecznictwie sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, iż ww. przepis w swojej hipotezie odnosi się do *danego zamówienia*, a więc konkretnego zamówienia objętego prowadzonym postępowaniem, a nie jakiegoś przyszłego i bliżej nieokreślonego zamówienia o podobnym przedmiocie i warunkach, które zamawiający mógłby ewentualnie udzielić po unieważnieniu postępowania. Interes w uzyskaniu danego zamówienia nie może więc przejawiać się jedynie w żądaniu unieważnienia postępowania, a do tego właśnie żądania niniejszego odwołania się sprowadzają i prowadzą. Odwołujący nie wykazał również na czym miałyby polegać

konkretna szkoda, którą mógłby ponieść w związku z naruszeniami przepisów, których miałby dopuścić się zamawiający w trakcie prowadzonego postępowania i udzielania przedmiotowego (danego) zamówienia.

Powyższemu nie przeczą przepisy prawa UE i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE, na które odwołujący się powoływał, i z których wywodził swoje uprawnienie do wniesienia odwołania.

W szczególności odwołujący w sposób nielojalny powoływał się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 lutego 2004 r. (sygn. akt C-230/02) lub zrozumiął go opacznie – wyrok ten przeczy jego tezom i przesądza o zasadności oddalenia niniejszego odwołania.

W wyroku tym TS UE stwierdził bowiem, że przepisy dyrektyw nie wykluczają możliwości stwierdzenia utraty przez podmiot prawa dostępu do procedur odwoławczych przewidzianych w dyrektywie po udzieleniu zamówienia publicznego, jeżeli podmiot ten nie brał udziału w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia z tego powodu, że nie był w stanie dostarczyć wszystkich usług, których dotyczył przetarg, ponieważ w dokumentach dotyczących składania ofert zawarto rzekomo dyskryminujące specyfikacje, ani nie wniósł odwołania wobec tych specyfikacji przed udzieleniem tego zamówienia.

Jakkolwiek Trybunał rozważył i potwierdził również, w niektórych wypadkach, możliwości przyznania uprawnienia do kwestionowania decyzji zamawiających również wykonawcom, którzy nie złożyli ofert, to jednak *summa summarum* stwierdził, iż okoliczność, że dany podmiot nie wszczyna postępowania odwoławczego, ale czeka na zawiadomienie o decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego, i wtedy zaskarża ją przed właściwym organem, na tej, konkretnie, podstawie, że wymienione wyżej specyfikacje mają charakter dyskryminacyjny, nie jest zgodna z celami dyrektywy 89/665, jakimi są szybkość i efektywność. Odmowa w tych okolicznościach uznania interesu w uzyskaniu danego zamówienia, i, co za tym idzie, prawa dostępu do procedur odwoławczych przewidzianych w dyrektywie 89/665, nie wpływa negatywnie na skuteczność tej dyrektywy.

Tymczasem w niniejszym postępowaniu odwołujący mógł nie tylko złożyć ofertę, ale mógł również uprzednio skorzystać ze środków ochrony prawnej względem nieodpowiadających mu i niezgodnych w jego ocenie z prawem, postanowień SIWZ.

Natomiast aktualne działania odwoływającego – sposób i moment w jaki korzysta ze środków ochrony prawnej – nie dają się pogodzić ze wskazanymi przez Trybunał celami dyrektywy.

Tym samym również w świetle przepisów ustawy, prawidłowo implementujących regulacje UE dotyczące środków ochrony prawnej, i z wyżej opisanych względów, należało odmówić odwoływającemu prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w Dziale VI Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....

.....

.....