

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 19 lipca 2017 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia **20 czerwca 2015 roku** zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego, którym jest: **Gmina Miejska Kraków**

dotyczących Informacji o wynikach kontroli doraźnej z dnia **8 czerwca 2017 roku** w przedmiocie zamówienia pn. „**Świadczenie usług pocztowych w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania w obrocie krajowym i zagranicznym przesyłek listowych rejestrowanych i paczek pocztowych**”, postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Paweł Trojan

wyraża następującą opinię:

nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 8 czerwca 2017 r. stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegające na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, poprzez brak rzetelnego wskazania wolumenu tzw. przesyłek terminowych (tj. wymagających nadania w placówkach operatora wyznaczonego dla wywołania określonych przepisami skutków prawnych) zaliczanych do przesyłek rejestrowanych. Powyższe zaniechanie uniemożliwiło operatorom pocztowym innym niż operator wyznaczony, rzetelne oszacowanie ceny za wykonanie zamówienia i ograniczyło krąg podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego jedynie do operatora wyznaczonego, tj. Poczty Polskiej S.A.

W *Informacji o wyniku kontroli* wskazano, że wymóg by terminowość doręczania wszystkich objętych przedmiotem zamówienia przesyłek rejestrowanych była potwierdzona urzędowym dokumentem nadania, bez jednoczesnego rzetelnego oszacowania w ramach przesyłek rejestrowanych wolumenu tzw. przesyłek terminowych, których dotyczy art. 17 ustawy Prawo pocztowe, doprowadził do ograniczenia konkurencji. Zgodnie bowiem z ww. przepisem wyłącznie potwierdzenie nadania wydane przez placówkę operatora wyznaczonego ma moc dokumentu urzędowego. Jednocześnie w *Informacji o wyniku kontroli* wskazano, że czym innym jest doręczanie przesyłek pocztowych zgodnie z regulacjami Kodeksu postępowania administracyjnego, Kodeksu 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 , art. 83 § 3 ppsa oraz art. 12 § 6 pkt 2 op, 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 korespondencji kierowanej przez Zamawiającego – organu administracji publicznej, nawet jeżeli dotyczy ona postępowań prowadzonych w oparciu o przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego, Kodeksu postępowania cywilnego czy Ordynacji podatkowej. Przesyłki

terminowe są natomiast jedynie wąską grupą przesyłek rejestrowanych, a co za tym idzie nie wszystkie przesyłki rejestrowane to takie, które muszą być nadane u operatora wyznaczonego w celu zachowania terminu na wniesienie pisma wynikającego z art. 57 § 5 pkt 2 kpa, art. 165 § 2 kpc, art. 83 § 3 ppsa oraz art. 12 § 6 pkt 2 op.

W *Informacji o wyniku kontroli* wskazano również, że z analizy dokumentów postępowania i wyjaśnień Zamawiającego nie wynika, by wszystkie pisma sporządzone przez Zamawiającego w sprawach objętych przedmiotową kontrolą były adresowane do sądu powszechnego, sądu administracyjnego bądź organu podatkowego i dotyczyły postępowań, w których Zamawiający występuje jako ich strona, a tym samym wymagały korzystania z przywileju domniemania zachowania terminu nadania w placówce operatora wyznaczonego. Ponadto, wskazana w SIWZ przez Zamawiającego liczba przesyłek rejestrowanych, uznawanych przez niego za terminowe (ponad 550 000) została uznana za nieproporcjonalnie wysoką do wskazanych (w załączniku nr 1 do wyjaśnień Zamawiającego) typów spraw prowadzonych przez komórki organizacyjne Zamawiającego w kontekście wymogu nadawania poszczególnych pism w określonym terminie. Z powyższego wynikałoby, że działalność Zamawiającego opiera się wyłącznie na prowadzeniu postępowań, w których występuje on jako strona a nie organ, natomiast jak wynika z wyjaśnień przesłanych do Urzędu oraz wiedzy ogólnej dotyczącej zadań jednostek samorządu terytorialnego, zadania Urzędu Miasta opierają się głównie na świadczeniu pomocy Prezydentowi Miasta w zakresie realizacji uchwał Rady Miasta i zadań Miasta określonych przepisami prawa.

W związku z powyższym stwierdzono, że Zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli zakwestionował ustalenia faktyczne poczynione w trakcie kontroli doraźnej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, uznając je za błędne i niedostateczne. Zamawiający podniósł, że Prezes UZP nie prowadząc żadnych ustaleń faktycznych błędnie założył liczby przesyłek wysyłanych przez Zamawiającego, uznając, że dotyczą one jedynie przesyłek rejestrowanych i nierejestrowanych, objętych dwoma umowami przetargowymi, a *„tymczasem Zamawiający ekspediuje swoje przesyłki różnymi kanałami komunikacji.”*

Zamawiający wskazał, że *„poza ww. umowami z operatorami pocztowymi (w tym jedną z operatorem wyznaczonym), w drodze zamówienia publicznego Zamawiający udziela corocznie zamówienia na doręczanie świadczeń pieniężnych, gdzie liczba doręczeń szacowana jest w granicach 45 000 szt. (...) Kolejną grupę specyficznych doręczeń stanowią decyzje podatkowe, w liczbie ok 310 tys. szt. Te potrzeby Zamawiającego w poprzednich*

latach realizowano poprzez tzw. urzędowych kurierów, tj. pracowników UMK, którym dodatkowo, w oparciu o obowiązujące przepisy ustawy ordynacja podatkowa i w ramach odrębnego wynagrodzenia, powierzono obowiązki związane z doręczaniem przesyłek zawierających decyzje podatkowe. W bieżącym roku decyzje te doręcza operator pocztowy wyłoniony w drodze postępowania na usługę społeczną (pn. Drukowanie i doręczanie decyzji podatkowych, znak sprawy OR-10.27.92.2016), procedowaną w progach unijnych właściwych dla tych usług. (...) Pomijając ww. akcję doręczeniową, związaną z wydawaniem decyzji podatkowych, kurierzy urzędowi obsługują także inne doręczenia na terenie Gminy Miejskiej Kraków. Liczba przesyłek doręczanych tym kanałem komunikacji wynosi ok. 200 000 szt. przesyłek rocznie. (...) Pamiętać należy także o elektronicznej komunikacji, która pozwala na przeniesienie ogromnego wolumenu przesyłek do tego kanału komunikacji. Poza praktycznie całą komunikacją związaną z obsługą zamówień publicznych, mieści się tutaj obszar udzielania informacji publicznej (2014 r. – 898 szt., 2015 r. – 1 659 szt. 2016 r. - 1 284 szt.) oraz informacji w ramach „internetowego dziennika zapytań” (2013 r. – 1 497 szt., 2014 r. – 1 541 szt., 2015 r. – 1 607 szt. 2016 r. – 1 608 szt.). Ta korespondencja jest ekspediowana przede wszystkim pocztą elektroniczną. Dodać do niej należy również przesyłki wysyłane drogą elektroniczną z podpisem elektronicznym certyfikowanym. Dla tego obszaru Zamawiający nie prowadzi odrębnej statystyki. (...) Znaczący jest wolumen przesyłek przekazywanych za pomocą systemu e-PUAP. Elektroniczna skrzynka podawcza Zamawiającego obsłużyła w 2013 r. – 22 343 szt. przesyłek, w 2014 r. – 10 359 szt., w 2015 r. – 4 481 szt., a w 2016 r. – 11 989 szt. (...) Także komunikacja odbywająca się w toku prowadzonych przez Zamawiającego postępowań egzekucyjnych, odbywa się w znaczącym zakresie w ramach elektronicznego podsystemu Krajowej Izby Rozliczeniowej Ognivo. (...) Wolumen przesyłek w ramach ww. podsystemu w 2015 r. wyniósł 24 330 szt., a w 2016 r. wyniósł 14 380 szt. zapytań (mniejsza liczba tytułów wykonawczych). Do tej liczby należy dodać podobną liczbę zapytań kierowanych elektronicznie do ZUS i US, za pomocą systemu e-PUAP. Natomiast korespondencja z komornikami, mającymi siedzibę w Krakowie, odbywa się poprzez regularne osobiste przekazywanie przez pracowników właściwej komórki windykacyjnej zgrupowanych pakietów spraw do procedowania. Tytułem przykładu wskazać można, że w samym Wydziale Spraw Społecznych, dwa tylko referaty: ds. Świadczeń z Funduszu Alimentacyjnego i ds. Nienależnych Świadczeń, doręczają bezpośrednio do krakowskich kancelarii komorniczych (poza usługami kurierów urzędowych) ok. 20 tys. szt. przesyłek rocznie (zsumowane wolumeny obu referatów). Oczywiście nieznacząca liczba przesyłek doręczana jest także poprzez usługi kurierskie objęte odrębną umową. Przegląd wszystkich tych kanałów komunikacji i wolumenu przesyłek pokazuje wyraźnie, iż założenie przyjęte przez organ, że „liczba przesyłek terminowych (...) wydaje się być nieproporcjonalnie wysoka” nie znajdują żadnego potwierdzenia w rzeczywistości.”

Zamawiający powołał się również na informację o wynikach kontroli z dnia 28 października 2015 r. przeprowadzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli, dotyczącą dostarczania pism i przesyłek sądowych oraz prokuratorskich.

Jednocześnie Zamawiający zarzucił Prezesowi UZP błędne ustalenie jakoby badane postępowanie miało obejmować, w ramach przesyłek rejestrowanych, zarówno te wymagające doręczenia przez operatora wyznaczonego jak i te, których doręczenia mógł podjąć się każdy operator pocztowy, bowiem objęte kontrolą postępowanie obejmowało wyłącznie doręczenia wymagające wykonania przez operatora wyznaczonego. Zamawiający wskazał, że dopuścił „posłannictwo” i określił właściwe dla tego rodzaju doręczeń wymogi związane z opisywaniem przesyłek. Powyższe, w ocenie Zamawiającego wskazuje również na otwarcie postępowania na konkurencję.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń Prezes Urzędu w pierwszej kolejności wskazał, że przedmiotem kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych było postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego polegające na *świadczeniu usług pocztowych w zakresie przyjmowania i doręczania w obrocie krajowym i zagranicznym przesyłek listowych rejestrowanych i paczek pocztowych* (nr postępowania: OR – 10.271.104.2014). Zatem w *Informacji o wyniku kontroli* odniesiono się do przesyłek nim objętych i nie uwzględniono innych kanałów komunikacji, których używa Zamawiający, w tym korespondencji Zamawiającego doręczanej przez jego pracowników oraz wysyłanej pocztą elektroniczną czy za pomocą systemu e-PUAP.

Zatem odwoływanie się przez Zamawiającego w treści zastrzeżeń do powyższych sposobów doręczania korespondencji jako uzasadnienia poprawności dokonanego opisu przedmiotu zamówienia należy uznać za bezpodstawne, gdyż sposoby te nie stanowiły przedmiotu kontroli i jako takie nie są istotne dla sprawy. Jednocześnie za nieuzasadnione należy przyjąć twierdzenie Zamawiającego, że Prezes Urzędu błędnie odniósł się do liczby przesyłek ekspediowanych przez Zamawiającego i nie przeprowadził żadnych ustaleń faktycznych w tym zakresie, a jedynie opierał się na liczbach przesyłek rejestrowanych i nierejestrowanych, bowiem to właśnie świadczenie usług pocztowych w zakresie przyjmowania i doręczania w obrocie krajowym i zagranicznym przesyłek listowych rejestrowanych i paczek pocztowych było przedmiotem kontrolowanego zamówienia publicznego.

Podkreślić należy, że zgodnie z zapisami SIWZ Zamawiający oszacował liczbę przesyłek listowych rejestrowanych w postępowaniu będącym przedmiotem kontroli na około 550 000 sztuk. Z powyższego wynika, że Zamawiający nie brał pod uwagę przy szacowaniu wolumenu przesyłek rejestrowanych innej korespondencji (np. doręczanej przez

pracowników Zamawiającego) niż ta, którą obejmowało przedmiotowe zamówienie. Ponadto, w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający wskazał, że wykonanie całego zamówienia podlega szczególnym warunkom i określił przedmiot zamówienia mając na uwadze zapewnienie spełnienia wymagań koniecznych dla wywołania wobec Zamawiającego (jako organu oraz strony określonych w SIWZ postępowań) skutków prawnych wynikających z:

1. art. 17 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529),
2. art. 57 § 5 pkt 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 267 ze zm.),
3. art. 165 § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. kodeks postępowania cywilnego (tj. Dz. U. z 2014 r. poz. 101 ze zm.),
4. art. 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.),
5. art. 83 § 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 270 ze zm.)
6. oraz art. 12 § 6 pkt 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 749 ze zm.).

W rozdziale 3 pkt. 3.13.1 SIWZ Zamawiający wskazał, iż usługa pocztowa będąca przedmiotem niniejszego zamówienia musi zapewnić objętym nią przesyłkom pocztowym gwarancję prawidłowego i terminowego doręczania w ramach licznych postępowań administracyjnych, sądowych i innych, co będzie mogło zostać potwierdzone urzędowym dokumentem nadania. Wskazany wymóg oznacza, że o zachowaniu terminu, np. w sprawie cywilnej (art. 165 § 2 kpc), w sprawie administracyjnej (art. 57 § 5 pkt 2 kpa), czy w sprawie podatkowej (art. 12 § 6 pkt 2 op) - decyduje potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej u operatora wyznaczonego. W przypadku innych operatorów decydującym będzie natomiast potwierdzenie odbioru takiej przesyłki przez jej adresata. Z powyższego jednoznacznie wynika, że Zamawiający objął cały wolumen przesyłek rejestrowanych zastrzeżeniem by były one nadawane u operatora wyznaczonego, bez analizy jaka jego część rzeczywiście tego wymaga, tzn. stanowi tzw. przesyłki terminowe.

W tym miejscu podkreślenia wymaga także, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2184/13) uznała za niedopuszczalne wymaganie przez zamawiającego od wykonawców, aby spełniali oni wymóg przewidziany w art. 17 ustawy pp, bowiem powyższy zapis stawia w uprzywilejowanej pozycji operatora wyznaczonego, jednocześnie dyskryminując pozostałych operatorów pocztowych.

Z uwagi na nieproporcjonalnie dużą liczbę przesyłek rejestrowanych

tzw. terminowych wskazaną przez Zamawiającego, w toku postępowania wyjaśniającego zwrócono się z prośbą o wskazanie rodzaju (typu) i ilości poszczególnych spraw objętych przedmiotem działalności Zamawiającego, w szczególności z zakresu prawa administracyjnego, cywilnego oraz podatkowego, w których w okresie realizacji niniejszego zamówienia (1 grudnia 2014 r. – 30 listopada 2015 r.) występowały tzw. przesyłki terminowe, tj. wymagające nadania w placówkach operatora wyznaczonego dla wywołania określonych przepisami prawa skutków prawnych, w przypadku nadawania tych przesyłek ostatniego dnia terminu wraz z podaniem szacunkowego wolumenu tych przesyłek. Zamawiający w odpowiedzi na powyższe sporządził zestawienie obejmujące wykaz spraw prowadzonych przez komórki organizacyjne Urzędu Miasta Krakowa generujące największą liczbę korespondencji. Ww. wykaz zawierał m.in. postępowania administracyjne w sprawie wydania pozwoleń na budowę, przebudowę, rozbudowę, zmianę sposobu użytkowania, rozbiórki, postępowania windykacyjne oraz egzekucyjne, postępowania administracyjne w zakresie cofnięcia/przywrócenia uprawnień do kierowania pojazdami, w zakresie rejestracji i wyrejestrowania pojazdów, orzekanie w sprawach meldunkowych, postępowania w sprawie podziału nieruchomości, upomnienia wysyłane zobowiązanym, którzy nie uregulowali obowiązków podatkowych itp. Dodatkowo Zamawiający załączył do powyższego wykazu tabelę przedstawiającą w ujęciu miesięcznym zestawienie korespondencji wysyłanej w badanym okresie na podstawie umów zawartych z Poczta Polska S.A (przesyłki rejestrowane) oraz InPost S.A. (przesyłki nierejestrowane).

Z powyższych dokumentów jednak nie wynikało, że wskazany przez Zamawiającego wolumen przesyłek określonych jako terminowe (ponad 550 000 wskazanej korespondencji) został oszacowany w sposób rzetelny. Jak zaznaczono w *Informacji o wyniku kontroli*, w większości wskazanych przez Zamawiającego typach spraw prowadzonych przez komórki organizacyjnie Urzędu Miasta Krakowa nie jest bowiem ważna data nadania pisma w placówce operatora pocztowego (również operatora wyznaczonego), lecz data załatwienia sprawy, tj. wydania decyzji administracyjnej oraz doręczenia jej stronie. Dopiero w momencie doręczenia decyzji stronie postępowania (a nie jej nadania) wywołuje ona skutki prawne, tj. zaczyna biec termin zawity na wniesienie odwołania i to wówczas strona (a nie Urząd) nadając pismo w placówce operatora wyznaczonego ostatniego dnia terminu korzysta z domniemania zachowania terminu do jego nadania tak, jakby złożyła je w siedzibie organu administracji. Zatem Zamawiający w celu zdobycia wiedzy na temat daty doręczenia nadanej przesyłki ma możliwość skorzystania z innych metod niż nadanie przesyłki u operatora wyznaczonego, tj. może wysłać list polecony u dowolnego operatora pocztowego za zwrotnym potwierdzeniem odbioru, na którym znajduje się dowód doręczenia w postaci podpisu odbiorcy.

Podkreślić należy, że pozostałe tryby doręczania przesyłek w postępowaniach sądowych, sądownoadministracyjnych, administracyjnych czy podatkowych (inne niż wskazane w art. 57 § 5 pkt 2 kpa, art. 165 § 2 kpc, art. 83 § 3 ppsa oraz art. 12 § 6 pkt 2 op) są określone w aktach prawnych regulujących dane postępowanie, a z tych nie wynika, że zamawiający jest zobowiązany do doręczania pism wyłącznie za pośrednictwem operatora wyznaczonego. Wystarczy bowiem, że przesyłki zostaną doręczone przez dowolnego operatora pocztowego za stosownym pokwitowaniem odbioru. Przepisy ww. aktów prawnych nie różnicują bowiem doręczeń dokonywanych przez operatora wyznaczonego, tj. Poczta Polska S.A. z doręczeniami dokonywanymi przez innych operatorów pocztowych. Wskazane przepisy nie wiążą również skutków prawnych z faktem ich nadania w określonym terminie, uzależniając te skutki dopiero od faktu doręczenia danego dokumentu. W konsekwencji powyższego pismo doręczone przez operatora wyznaczonego w tych postępowaniach będzie wywierało takie same skutki prawne, jak pismo doręczone przez operatora pocztowego, który operatorem wyznaczonym nie jest, a sam fakt jego nadania nie wywoła żadnych skutków prawnych w postępowaniu.

Reasumując, w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyjaśnienia Zamawiającego odnośnie typów spraw objętych zamówieniem nie potwierdziły, że wskazana w SIWZ liczba 550 000 przesyłek należała do kategorii tzw. przesyłek terminowych, czyli przesyłek wymagających nadania w placówkach operatora wyznaczonego dla wywołania określonych przepisami prawa skutków w przypadku nadania tych przesyłek ostatniego dnia terminu. W większości wskazanych przez Zamawiającego typach spraw prowadzonych przez komórki organizacyjnie Urzędu Miasta Krakowa, nie jest ważna data nadania pisma w placówce operatora pocztowego (również operatora wyznaczonego), lecz data załatwienia sprawy tj. wydania decyzji administracyjnej.

Odnosząc się z kolei do twierdzenia Zamawiającego, iż poprzez dopuszczenie w kontrolowanym postępowaniu posłannictwa stało się ono otwarte na konkurencję, wskazać należy, że w *Informacji o wyniku kontroli* Prezes Urzędu w sposób wyczerpujący wyjaśnił, że brak wskazania dokładnej liczby (wolumenu) tzw. przesyłek terminowych, których posłannictwo miało dotyczyć, faktycznie uniemożliwił innym operatorom pocztowym niż operator wyznaczony sporządzenie rzetelnej oferty, w tym skalkulowanie jej ceny. Zamawiający dopuszczając posłannictwo objął nim cały przedmiot zamówienia, nie ograniczając go do określonej jego części. Brak rzetelnej informacji w zakresie wolumenu przesyłek terminowych, faktycznie uniemożliwił innym operatorom pocztowym niż operator wyznaczony sporządzenie i złożenie oferty. Wykonawca bez posiadania rzetelnej informacji na temat wolumenu przesyłek terminowych został bowiem pozbawiony możliwości nawiązania konkurencji z Poczta Polska S.A. w postępowaniu, w którym cena była jedynym

kryterium oceny ofert.

Na marginesie podkreślono także, że wskazana w zastrzeżeniach Zamawiającego informacja o wynikach kontroli przeprowadzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli dotycząca dostarczania pism i przesyłek sądowych oraz prokuratorskich, zatwierdzona w dniu 28 października 2015 r. (ponad rok po wszczęciu postępowania na świadczenie usług pocztowych przez Zamawiającego) obejmowała ocenę prawidłowości realizacji postanowień umów na świadczenie usług pocztowych w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek sądowych, w tym w szczególności: terminowości doręczania przesyłek i zwrotnych potwierdzeń odbioru oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych, wydatki ponoszone na usługi pocztowe, sposób rozpatrywania skarg i wnoszenia reklamacji, a także występowania o odszkodowania z tytułu nienależycie wykonanych usług, sposób prowadzenia nadzoru przez Ministra Sprawiedliwości, Prokuratora Generalnego oraz Dyrektora Sądu Apelacyjnego w Krakowie nad realizacją umów na świadczenie usług pocztowych na rzecz jednostek sądownictwa powszechnego i powszechnych jednostek prokuratur oraz prawidłowość świadczenia usług pocztowych na rzecz sądów i prokuratur, w tym w szczególności terminowości dokonywanych doręczeń, rozpatrywania skarg i reklamacji przez Polską Grupę Poczтовую S.A. Z kontroli wyłączono natomiast badanie prawidłowości udzielenia zamówienia publicznego na świadczenie usług pocztowych z uwagi na fakt, iż było ono przedmiotem rozstrzygnięć Krajowej Izby Odwoławczej, potwierdzonych prawomocnym wyrokiem sądowym.

Jednocześnie zauważyć należy, że przywołane w ww. informacji o wynikach kontroli NIK wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 grudnia 2013 r. (sygn. akt: KIO 2777/13) i z dnia 16 grudnia 2013 r. (sygn. akt: KIO 2762/13) zostały wydane w odmiennym stanie faktycznym, pozostającym bez wpływu na formalnoprawną ocenę niniejszej sprawy dokonaną przez Prezesa Urzędu w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 8 czerwca 2017 r. W wyroku z dnia 11 grudnia 2013 r. (sygn. akt: KIO 2777/13) Krajowa Izba Odwoławcza zakwestionowała legitymację PGP S.A. do wniesienia odwołania, i w konsekwencji oddaliła odwołanie bez merytorycznego rozpoznania zarzutów. Z kolei w wyroku z dnia 16 grudnia 2013 r. (sygn. akt: KIO 2762/13) KIO rozpoznała zarzuty dotyczące m.in. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PGP S.A. z powodu niezgodności z treścią SIWZ, tj. nie posiadanie na dzień składania ofert sieci placówek wymaganej przez zamawiającego, brak możliwości realizowania obrotu zagranicznego czy zaniechanie wykluczenia wykonawcy PGP S.A. i odrzucenia jego oferty z powodu nie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności. Niniejsze zarzuty nie zostały jednak uwzględnione przez KIO.

Reasumując stwierdzono, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie zasługują na uwzględnienie i w związku z powyższym na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp przekazano zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone wobec informacji o wyniku kontroli, uznała, iż nie zasługują one na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie wyznaczonym do rozpatrzenia zastrzeżeń, wskazuje, że podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz odpowiedzi na złożone przez Zamawiającego zastrzeżenia od wyniku kontroli.

Opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomimo, że ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes, to każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić generalne warunki, jakie nakłada na niego ustawa.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a w konsekwencji – m. in. zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Ponadto naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byłiby w stanie wykonać dane zamówienie. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Powyższe zasady, mające podstawowe znaczenie przy udzielaniu zamówień publicznych na gruncie ustawy, wywodzą się wprost z zapisów Dyrektywy 2004/18/WE, która już w preambule wskazuje na ich bezpośredni związek z zasadami i celami Unii Europejskiej

wyrażonymi w Traktacie o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz określenie jego zakresu. Swoboda zamawiającego przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia doznaje jednak ograniczeń ustawowych, a przede wszystkim nie może godzić w cele przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych implementujących normy prawa unijnego. W świetle przywołanej już preambuły do Dyrektywy 2004/18/WE celem europejskich zamówień publicznych jest zapewnienie niedyskryminującego dostępu wykonawców do tych zamówień. Stąd też czynności zamawiającego polegające na ukształtowaniu wymagań w oparciu o określone wymagania co do realizacji danych usług, nadmiernie wygórowanych w stosunku do celu, który Zamawiający chciał osiągnąć dyskryminują w sposób nieuzasadniony innych wykonawców godząc w zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy oraz ponownie przywołaną w treści art. 29 ust. 2 ustawy. Naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp jest już takie opisanie przedmiotu zamówienia, które mogło utrudnić uczciwą konkurencję, niekoniecznie zaś ją realnie utrudniło.

Prezes Urzędu dokonując ustalenia wzorca prawidłowego postępowania Zamawiającego stwierdził, że zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że Zamawiający mógł dopuścić się naruszenia norm art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy.

W zakresie stwierdzonych naruszeń Izba uznała, że w zgromadzonym w toku kontroli materiale dowodowym brak jest dowodów potwierdzających tezy przedstawione w zastrzeżeniach złożonych przez Zamawiającego. Przede wszystkim Zamawiający na ich potwierdzenie nie przeprowadził jakichkolwiek dowodów.

W SIWZ zawarto wymóg by potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowej miało moc dokumentu urzędowego. Wymóg ten dotyczył całego wolumenu przesyłek objętych postępowaniem. Organ przeprowadzający kontrolę zwracał się do Zamawiającego o dodatkowe wyjaśnienia i wskazanie rodzaju oraz ilości spraw, w których konieczne jest z uwagi na charakter danej sprawy otrzymanie urzędowego dowodu nadania przesyłki terminowej. W odpowiedzi Prezes Urzędu otrzymał zestawienie obejmujące wykaz wszystkich spraw prowadzonych przez komórki organizacyjne Urzędu Miasta Krakowa generujące największą liczbę korespondencji (postępowania administracyjne w sprawie wydania pozwoleń na budowę, przebudowę, rozbudowę, zmianę sposobu użytkowania, rozbiórki, postępowania windykacyjne oraz egzekucyjne należności, postępowania administracyjne w zakresie cofnięcia/przywrócenia uprawnień do kierowania pojazdami, w zakresie rejestracji i wyrejestrowania pojazdów, orzekanie w sprawach meldunkowych, postępowania w sprawie podziału nieruchomości, upomnienia wysyłane zobowiązanym,

którzy nie uregulowali obowiązków podatkowych i inne).

Choć w istocie w toku kontroli nie ustalono rzeczywistej liczby przesyłek, które muszą posiadać urzędowe potwierdzenie nadania, tym niemniej słusznie organ kontrolujący zauważył, iż nie wszystkie z wymienionych pisma w określonej kategorii spraw muszą korzystać z przywileju domniemania zachowania terminu nadania w placówce operatora wyznaczonego. Oznaczałoby to bowiem, że w każdym z wymienionych postępowań Zamawiający jest stroną, która by dochować ustawowego terminu musi posiadać dowód nadania określonego pisma w placówce operatora wyznaczonego. Tymczasem już sam charakter spraw ujętych w spisie wskazuje, że większość z nich dotyczy działania Zamawiającego jako organu administracji samorządowej, nie zaś działania jako strona w postępowaniu sądowym lub sądownoadministracyjnym, gdzie data nadania określonego pisma ma istotne znaczenie procesowe celem obrony swoich interesów. Niewątpliwie słusznie zauważył Prezes Urzędu, że Zamawiający błędnie utożsamia nadanie przesyłki rejestrowanej z instytucją jej doręczenia, od której przepisy przywołanych przez Zamawiającego ustaw uzależniają wystąpienie skutków prawnych, a w konsekwencji błędnie przyjmuje, że nadanie każdej przesyłki rejestrowanej (wysłanej) wymaga potwierdzenia nadania z mocą dokumentu urzędowego, wiążąc go ze skutkiem stwierdzenia terminu doręczenia przesyłki odebranej. Dokument nadania przesyłki nie ma praktycznego znaczenia dla kwestii ustalenia czy przesyłka została adresatowi fizycznie doręczona. Dokument potwierdzenia nadania przesyłki dowodzi jedynie, że przesyłka została nadana u określonego operatora pocztowego w określonej dacie i służy nadawcy do wykazania, że dochował przewidzianego terminu na dokonanie danej czynności, ale w żaden sposób nie przesądza o fizycznym doręczeniu przesyłki adresatowi. Z kolei dokumenty potwierdzenia odbioru wydawane są nadawcom, bez względu na to jaki operator pocztowy je wydaje i mają identyczną moc. Dopiero w momencie doręczenia decyzji stronie postępowania (a nie jej nadania) wywołuje ona skutki prawne, tj. zaczyna biec termin zawity na wniesienie odwołania i to wówczas strona nadając pismo w placówce operatora wyznaczonego ostatniego dnia terminu korzysta z domniemania zachowania terminu do jego nadania tak, jakby złożyła je w siedzibie organu administracji. Tylko też w takich sytuacjach, w których Zamawiający jest stroną określonego postępowania istotne znaczenie będzie miała dla niego data nadania przesyłki u operatora wyznaczonego.

Prawidłowo także w toku kontroli ustalono, że brak wskazania dokładnej liczby (wolumenu) tzw. przesyłek terminowych, których posłannictwo miało dotyczyć, faktycznie uniemożliwił innym operatorom pocztowym niż operator wyznaczony sporządzenie rzetelnej oferty, w tym skalkulowanie jej ceny. Zamawiający dopuszczając posłannictwo objął nim cały przedmiot zamówienia, nie ograniczając go do określonej jego części. Brak rzetelnej

informacji w zakresie wolumenu przesyłek terminowych, faktycznie uniemożliwił innym operatorom pocztowym niż operator wyznaczony sporządzenie i złożenie oferty. Nic nie stało na przeszkodzie, by Zamawiający podzielił zamówienie na części, co już samo w sobie zwiększyłoby jego konkurencyjność dla operatorów innych niż operator wyznaczony. Również określenie ilościowe przesyłek terminowych pomogłoby dokonać takim wykonawcom oszacowania ceny ofertowej.

W konsekwencji Zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp i choć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w jednym z konkurencyjnych trybów (przetarg nieograniczony), to przez opis przedmiotu zamówienia i określenie wymagań dla świadczenia usług Zamawiający dokonał zawężenia kręgu wykonawców, którzy zdolni byłiby wykonać przedmiotowe zamówienie.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza nie miała podstaw, w przedstawionym stanie faktycznym i prawnym do uwzględnienia zgłoszonych zastrzeżeń i na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy i wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....