

WYROK
z dnia 31 października 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Justyna Tomkowska
Członkowie:	Małgorzata Stręciwilk
	Ryszard Tetzlaff

Protokolant:	Jakub Banasiak
---------------------	-----------------------

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 października 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2012 roku przez **Odwołującego – InPost Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie**

przy udziale **Wykonawcy - Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - InPost Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - InPost Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**, tytułem wpisu od odwołania,

 - 2.2. zasądza od **Odwołującego - InPost Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**, na rzecz **Zamawiającego - Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie**, kwotę **3 567 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt

siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

W dniu 19 października 2012 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 - dalej zwana „ustawą Pzp”), przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) oraz 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. 3544) odwołanie złożył wykonawca **InPost sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego, którym jest Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa - Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie. Postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia publicznego na: *„świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych na rzecz jednostek organizacyjnych sądownictwa powszechnego - na podstawie umowy ramowej”*.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2012/S 194-319558 w dniu 9 października 2012 roku

Odwołanie wniesiono od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Zamawiającemu zarzucono:

- 1) żądanie od wykonawców dokumentu - **aktualnego zezwolenia** na wykonywanie działalności pocztowej wydanego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, co stanowi wymóg, który nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania, wskutek czego doszło do naruszenia art. 7 ust. 1, 22 ust. 4 pkt 2 oraz art. art. 25 ust. 1 ustawy Pzp;
- 2) stawianie wymogów wykonawcom, tj. związania regulacjami prawnymi dotyczącymi świadczenia usługi powszechnej pocztowej, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, wskutek czego doszło do naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp;
- 3) stawianie wymogów wykonawcom, tj. wykazania, że wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 usługi polegające na świadczeniu usług

pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym przez okres co najmniej 12 miesięcy każda, o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto każda, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, wskutek czego doszło do naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmian w treści SIWZ w następujący sposób:
 - a) w odniesieniu do postanowień SIWZ przewidujących posiadanie zezwolenia na prowadzenie działalności pocztowej, w tym w odniesieniu do pkt V. 1. 3), pkt V. 2. 1), pkt V. 3. 3) SIWZ poprzez dopuszczenie do udziału w przetargu także wykonawców legitymujących się wpisem do rejestru operatorów pocztowych;
 - b) w odniesieniu do pkt 3 załącznika nr 5 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia oraz § 3 ust. 2 załącznika nr 6 do SIWZ - wzór umowy ramowej, poprzez zawężenie wymogów wynikających z przedstawionych aktów prawnych do proporcjonalnych i adekwatnych do przedmiotu zamówienia, tj. usunięcie wymogów stosowania do wykonania przedmiotu zamówienia przepisów następujących rozporządzeń: w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 9 stycznia 2004 roku w sprawie warunków wykonywania powszechnych usług pocztowych (Dz. U.2004, Nr 5 poz. 34 ze zm., w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 13 października 2003 roku w sprawie reklamacji powszechnej usługi pocztowej w zakresie przesyłki rejestrowanej i przekazu pocztowego (Dz. U.2003 Nr 183, poz. 1795), w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości w sprawie szczegółowego trybu i sposobu doręczania pism sądowych w postępowaniu cywilnym z dnia 12 października 2010 r. (Dz. U. z 2010 r. Nr 190, poz.1277); w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości w sprawie szczegółowych zasad i trybu doręczania pism sądowych w postępowaniu karnym z dnia 18 czerwca 2003 roku (Dz. U. 2003,Nr 108, poz. 1022) oraz przepisów aktów prawa międzynarodowego: Protokołu końcowego Światowej Konwencji Pocztowej - Bukareszt 2004 (Dz. U. Nr 206, poz. 1495 z dnia 31 sierpnia 2007 roku) oraz Regulaminu Poczty Listowej - Protokół Końcowy - Berno 2005 (Dz. U. 2007, Nr 108 poz. 744).
 - c) w odniesieniu do pkt V. 2. 2), SIWZ poprzez określenie wymogów co do wiedzy i doświadczenia w sposób proporcjonalny i adekwatny do przedmiotu zamówienia, tj. postawianie wykonawcom wymogu wykazania, iż wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie, wykonał co najmniej 2 usługi polegające na świadczeniu usług pocztowych w obrocie krajowym lub/i zagranicznym przez okres co najmniej 12 miesięcy, o łącznej wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto.
- 3) dopuszczenie dowodów zawnioskowanych i dołączonych do niniejszego odwołania;
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego

postępowania, zgodnie z § 3 Rozporządzenia, w tym kosztów związanych z dojazdem na rozprawę (posiedzenie) Izby oraz uiszczeniem opłaty od pełnomocnictwa;

Odwołanie zostało wniesione w dniu 19 października 2012 r., w terminie 10 dni od opublikowania treści SIWZ na stronie Zamawiającego, czyli w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 19 października 2012 roku z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu wskazano, że zgodnie pkt 1 Załącznika nr 5 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia - zamówienie obejmuje: świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla jednostek organizacyjnych sądownictwa powszechnego (których wykaz stanowi Załącznik nr 7 do siwz) w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek listowych, paczek pocztowych oraz krajowych przesyłek kurierskich, zwrotu przesyłek niedoręczonych. W ocenie Odwołującego treść SIWZ narusza powołane przepisy ustawy Pzp.

Odnosnie pierwszego z zarzutów, podkreślono, że w pkt V. 1. 2) SIWZ - „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków - Wymagane dokumenty” Zamawiający żąda przedłożenia aktualnego zezwolenia na wykonywanie działalności pocztowej wydane przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Zgodnie z treścią SIWZ, w szczególności załącznika nr 6 - wzoru umowy ramowej, realizacja przez Wykonawcę usług objętych niniejszym przetargiem, odbywać się będzie na podstawie umów wykonawczych zawartych z jednostkami sądownictwa, które będą obowiązywać od dnia ich podpisania, jednak nie wcześniej niż od dnia 1 stycznia 2013 r. do dnia 31 grudnia 2013 r. Konsekwencje powyższego faktu zauważa sam Zamawiający, w treści § 3 ust. 4 załącznika nr 6 do SIWZ:

Odwołujący zwrócił uwagę, iż z dniem 1 stycznia 2013 roku Rzeczpospolita Polska jest zobowiązana do implementacji przepisów 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, zwanej w dalszej części odwołania „Trzecią dyrektywą”. Trzecia 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 ustanowionego przez państwo monopolu. Trzecia dyrektywa odnosi się do wszystkich usług pocztowych oraz do wszystkich podmiotów działających na rynku pocztowym. Wspomniana dyrektywa rozszerza także obszar dotychczasowych regulacji o kwestie istotne dla rynku pocztowego funkcjonującego

w warunkach konkurencji, tj. o dostęp operatorów pocztowych do elementów infrastruktury pocztowej. Jej celem jest wdrożenie efektywnego mechanizmu gwarantującego dostępność usług powszechnych, których realizacja będzie mogła być powierzona nie tylko jednemu, ale wielu operatorom na rynku. Ostateczny termin implementacji Trzeciej dyrektywy określono na dzień 31 grudnia 2010 r., a na zasadzie odstępstwa część państw członkowskich była uprawniona do przesunięcia terminu wdrożenia dyrektywy do dnia 31 grudnia 2012 roku i mogła utrzymać usługi zastrzeżone dla operatora świadczącego powszechną usługę pocztową. Polska, mając na uwadze uwarunkowania krajowego rynku pocztowego, skorzystała z tej możliwości, dokonując stosownego zgłoszenia Komisji Europejskiej. Tak szeroki zakres regulacji podlegającej implementacji spowodował, iż także polski ustawodawca najpóźniej od 1 stycznia 2013 r. jest obowiązany wprowadzić istotnie zmienione nowe prawo pocztowe.

Projekt nowej ustawy, zastępującej obecnie obowiązującą, przewiduje szereg regulacji prawnych, które istotnie wpłyną na treść SIWZ odnoszących się do zamówienia usług pocztowych. Zwrócono uwagę, iż zgodnie z przepisami końcowymi i przejściowymi projektu nowego prawa pocztowego: *„Przedsiębiorcy, którzy w dniu wejścia w życie niniejszej ustawy wykonują działalność pocztową na podstawie wydanych zezwoleń stają się z mocy prawa przedsiębiorcami prowadzącymi działalność na podstawie wpisu do rejestru operatorów pocztowych” (art. 157).*

Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej: ETS), w razie braku implementacji w terminie (tj. w tym wypadku do 1 stycznia 2013 r.) przepisów dyrektywy mogą obowiązywać wprost. W tym zakresie Odwołujący powołał się na wyrok z dnia 19 stycznia 1982 r. w sprawie Becker (C-8/81), dotyczącej bezpośredniego stosowania jednego z artykułów szóstej dyrektywy Rady 77/388/EWG z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych - wspólny system podatku od wartości dodanej. Zdaniem ETS, jeśli przepisy dyrektywy z punktu widzenia ich treści są bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne bądź, jeśli ich charakter pozwala określić uprawnienia, jakich jednostki mogą dochodzić od państwa, wówczas, w przypadku nie wprowadzenia w wyznaczonym terminie odpowiednich przepisów wykonawczych, można się na nie powołać wobec wszelkich przepisów prawa krajowego, które pozostają niezgodne z dyrektywą.

Oznacza to zatem, iż do realizacji przedmiotowego zamówienia, nie będzie wymagane zezwolenie Prezesa UKE, które jest wymagane do realizacji usług w obszarze zastrzeżonym, ze względu na bezwzględny obowiązek jego likwidacji. W związku z tym żądanie przedłożenia zezwolenia jest nieadekwatne do przedmiotu zamówienia i narusza art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Do postępowania winien zostać dopuszczony także operator pocztowy legitymujący się wpisem do rejestru operatorów pocztowych prowadzonego przez

Prezesa UKE, ze względu na ujednoczenie wymogów dotyczących operatorów pocztowych, które nastąpi od 1 stycznia 2013 r.

Oprócz powyższych argumentów, Odwołujący zwrócił uwagę, iż również w obecnym stanie prawnym, do realizacji przedmiotowego zamówienia nie może być wymagane posiadanie zezwolenia określonego w art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo Pocztove (tekst jednolity z 2008r. Dz.U. Nr 189, poz. 1159 ze zm., dalej: prawo pocztowe). Analiza tego przepisu prowadzi do wniosku, iż generalnie zezwolenia wymaga działalność pocztowa z korespondencją do 2000 g, chyba że są to przesyłki z korespondencją w obrocie krajowym lub zagranicznym, przekraczające próg 50 g (granica wagowa usług zastrzeżonych określonych w art. 47 prawa pocztowego). W przepisie art. 6 ust. 1 pkt. 2 prawa pocztowego jest zawarte wyłączenie, jednakże zwrot z zastrzeżeniem art. 47 ust. 2 i 4 prawa pocztowego. Oznacza, że tego wyłączenia uzyskania zezwolenia nie stosuje się w razie świadczenia usług pocztowych na przesyłkach o wadze do 50 g. Tak więc wykonywanie działalności pocztowej w zakresie przesyłek powyżej 50 g co do zasady dostępne jest dla każdego operatora pocztowego już na podstawie wpisu do rejestru operatorów pocztowych.

Należy jednak zwrócić uwagę, że wyżej wskazane usługi pocztowe zastrzeżone dla operatora publicznego jakim jest Poczta Polska S.A., (tj. do granicy wagowej 50 g), mogą być świadczone również przez innych operatorów pocztowych, z tym jednak zastrzeżeniem, że opłaty za takie usługi, stosowane przez niepublicznych operatorów pocztowych, do końca 2012 r. nie mogą być niższe niż 2,5-krotność opłaty, jaką pobiera operator publiczny za przesyłkę listową najniższego przedziału wagowego najszybszej kategorii. Naruszenie przepisów prawa pocztowego ma miejsce dopiero wówczas, gdy operator prywatny przyjmie, przemieści i doręczy przesyłkę z korespondencją o masie do 50 g za opłatą niższą niż 2,5-krotność opłaty pobieranej przez operatora publicznego, o której mowa powyżej. Odwołujący jeszcze raz podkreśla, że z dniem 1 stycznia 2013 r. powyższe ograniczenie dotyczące ceny minimalnej na usługi pocztowe dotyczące przesyłek do 50 g zostanie zniesione i podobnie bezprzedmiotowe stanie się rozróżnianie pomiędzy operatorem posiadającym zezwolenie a posiadającym wpis do rejestru operatorów pocztowych. Zamawiający nie może zatem powoływać się na wymóg posiadania przez wykonawcę zezwolenia na prowadzenie działalności pocztowej w przypadku, gdy usługi pocztowe mają być świadczone również w okresie po 1 stycznia 2013 r.

Drugie wyłączenie tj. z art. 6 ust. 1 pkt 2 b) Prawa pocztowego dotyczy przesyłek przyjmowanych, przemieszczanych i doręczanych w sposób inny niż określony dla powszechnych usług pocztowych. Oznacza ono, iż zezwolenie jest wymagane wyłącznie wtedy, jeżeli dana usługa ma być świadczona w sposób przewidziany dla powszechnej usługi pocztowej.

W ocenie Odwołującego, stawiany przez Zamawiającego wymóg w zakresie przedłożenia zezwolenia Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, jako zarezerwowanego wyłącznie dla usług wskazanych w art. 6 ust. 1 prawa pocztowego, jest nieuzasadniony oraz narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności wymogów stawianych wykonawcom (art. 7 ust. 1, 22 ust. 4 oraz art. art. 25 ust. 1 ustawy). Tak zastrzeżony wymóg co do wykonawcy zamówienia sprawia, iż grono potencjalnych wykonawców zostaje istotnie ograniczone do tych posiadających zezwolenie na świadczenie usług pocztowych, co nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia i narusza tym samym ww. przepisy ustawy.

Zamawiający, wymagając od wykonawców zezwolenia Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, jednocześnie nie dopuszczając do przetargu wykonawców legitymujących się wpisem do rejestru, naruszył art. 29 ust. 2, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, eliminując w sposób nieuprawniony możliwość złożenia oferty przez operatorów pocztowych działających na podstawie wpisu do rejestru operatorów, w tym przez Odwołującego, zdolnego do wykonania przedmiotowego zamówienia.

W zakresie drugiego z zarzutów, Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią załącznika nr 5 do SIWZ wymagania w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia wynikają z przepisów wymienionych przez Zamawiającego w SIWZ. Są to:

- 1) *Ustawa z dnia 12 czerwca 2003 roku Prawo Pocztove (Dz. U. 2008, Nr 189 poz. 1159 z późn. zm.),*
- 2) *Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 9 stycznia 2004 roku w sprawie warunków wykonywania powszechnych usług pocztowych (Dz. U. 2004,Nr 5 poz. 34 ze zm.),*
- 3) *Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 13 października 2003 roku w sprawie reklamacji powszechnej usługi pocztowej w zakresie przesyłki rejestrowanej i przekazu pocztowego (Dz. U.2003 Nr 183, poz. 1795),*
- 4) *Protokół końcowy Światowej Konwencji Pocztovej - Bukareszt 2004 (Dz. U. Nr 206, poz. 1495 z dnia 31 sierpnia 2007 roku),*
- 5) *Regulamin Poczty Listowej - Protokół Końcowy - Berno 2005 (Dz. U. 2007, Nr 108 poz. 744),*
- 6) *Kodeks postępowania cywilnego,*
- 7) *Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie szczegółowego trybu i sposobu doręczania pism sądowych w postępowaniu cywilnym z dnia 12 października 2010 r. (Dz. U. z 2010 r. Nr 190, poz. 1277);*
- 8) *Kodeks postępowania karnego,*
- 9) *Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości w sprawie szczegółowych zasad i trybu*

doręczania pism sądowych w postępowaniu karnym z dnia 18 czerwca 2003 roku (Dz. U. 2003, Nr 108, poz. 1022).

Zamawiający nie określił, w jakim zakresie - w całości, czy w części - wykonawcę niebędącego operatorem publicznym mają obowiązywać akty prawne wymienione w pkt 2), 3), 4), 5), 7) oraz 9) wyżej przytoczonego fragmentu załącznika nr 5 do SIWZ.

Odwołujący jest zdania, że Rozporządzenie wskazane we wskazanym pkt 2) zawiera szereg wymogów, które nie są niezbędne do rzetelnego wykonania usługi określonej w zamówieniu, a przede wszystkim odnoszą się do powszechnej usługi pocztowej, która nie jest przecież przedmiotem zamówienia, gdyż nie wskazał na to wyraźnie Zamawiający. Wskazać tu należy chociażby konieczność posiadania przez Wykonawcę co najmniej 8.240 placówek (§ 44 Rozporządzenia).

Wydaje się, iż w sytuacji, gdy wykonawca posiada odpowiednią wiedzę, doświadczenie oraz potencjał techniczny gwarantujące zachowanie zasad oraz terminów doręczania pism sądowych będących przedmiotem przetargu, konieczność spełnienia dodatkowych wymogów, często jedynie technicznych, nie wpływających na jakość oraz terminowość wykonania usługi, jest zupełnie zbędna. Może wręcz być uznana za naruszenie zasad uczciwej konkurencji, wyrażonych w art. 7 ustawy Pzp. Zamawiający, stawiając warunek spełnienia wszystkich wymogów określonych w wymienionych aktach prawnych, dyskryminuje podmioty inne niż Poczta Polska S.A. Oczywistym jest bowiem, iż tylko ten podmiot jest w stanie spełnić wszystkie warunki przewidziane w aktach prawnych wymienionych powyżej, gdyż jest jedynym operatorem publicznym świadczącym powszechne usługi pocztowe.

W odniesieniu do aktów prawa międzynarodowego wskazanych powyżej, należy podkreślić, iż obecnie zobowiązania wynikające z członkostwa Polski w Światowym Związku Pocztowym wykonuje Poczta Polska S.A. W związku z powyższym stawianie przez Zamawiającego wymogu respektowania przez wykonawców w/w regulacji międzynarodowych, podczas gdy jedynym podmiotem zobowiązanym do wykonywania zadań, jakie nakładają na Rzeczypospolitą Polską w/w konwencji jest Poczta Polska S.A, jest wymogiem rażąco naruszającym zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wymóg stosowania wyżej skazanych aktów prawnych oznaczałby, iż Zamawiający ogłosił *de facto* zamówienie na świadczenie powszechnych usług pocztowych, czego w ocenie wykonawcy nie mógł uczynić. Występują bowiem istotne różnice pomiędzy usługą jaką chce zamówić Zamawiający, a powszechną usługą pocztową.

Sposób świadczenia powszechnych usług pocztowych określa art. 3 pkt 25 prawa pocztowego. Z przepisu tego wynika, iż należy zapewnić równy standard dla wszystkich odbiorców usługi. Ponadto, usługa ma być świadczona w sposób ciągły i po przystępnej

cenie, z zachowaniem wymaganej prawem jakości.

Zamawiający określił w SIWZ warunki, na jakich ma być świadczona zamawiana usługa, które powodują, że przedmiot niniejszego zamówienia wykazuje szereg odrębności w stosunku do powszechnej usługi pocztowej w rozumieniu art. 3 pkt 25 ustawy prawa pocztowego.

Po pierwsze, należy zauważyć, że odbiorcą usługi będącej przedmiotem zamówienia jest tylko jeden podmiot - Zamawiający, podczas gdy odbiorcą usługi powszechnej jest nieograniczony krąg osób i podmiotów. Obowiązek zapewnienia równego standardu dla wszystkich odbiorców usługi nie znajduje więc zastosowania.

Po drugie, płatność za wykonaną usługę ma być regulowana po zakończeniu co najmniej miesięcznego okresu rozliczeniowego, a więc z dołu (§ 5 ust. 5 Załącznika nr 6 do SIWZ - wzór umowy ramowej). W przypadku usługi powszechnej co do zasady płatność za usługę następuje w momencie nadania przesyłki.

Po trzecie, cena za daną przesyłkę objętą przedmiotem niniejszego zamówienia będzie wynikać ze złożonej przez wykonawcę oferty oraz podpisanej przez Strony umowy. Wykonawca (w tym operator publiczny) ma możliwość udzielenia rabatu. W przypadku powszechnych usług pocztowych, świadczonych przez Poczta Polska poza trybem zamówienia publicznego co do zasady obowiązujący jest cennik operatora publicznego, akceptowany przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Klient indywidualny przychodzący do placówki operatora powszechnego nie ma możliwości negocjowania ceny przesyłki, którą akurat chce nadać.

Ewentualne narzucenie przez Zamawiającego wykonawcom konieczności spełniania wszystkich wymogów aktów prawnych wskazanych w Załączniku nr 5 ust. 3, powoduje, że zasadnym jest postawienie Zamawiającemu z tego powodu zarzutu dyskryminacji wykonawców (nierównego traktowania wykonawców) i preferowania jednego wykonawcy, tj. Poczty Polskiej S.A. Postępowanie Zamawiającego narusza zatem wspomniane już wyżej przepisy art. 29 ust. 2, art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Na marginesie Odwołujący wskazał, iż ma poważne zarzuty dotyczące konstytucyjności przepisów regulujących kwestię doręczeń we wskazanych przez Zamawiającego aktach prawnych, tj: art. 165 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego oraz art. 124 Kodeksu postępowania karnego.

Odwołujący zwraca uwagę, iż w jego ocenie wymóg nadania pisma do sądów i organów wyłącznie za pośrednictwem operatora publicznego w celu zachowania terminu do jego wniesienia stanowi nieuzasadnione w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji RP naruszenie zasad równości (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP) i wolności działalności gospodarczej (art. 20 i 22 Konstytucji RP), ze względu na nadmierną i bezzasadną ingerencję państwa w sferę wolności gospodarczej. W konsekwencji przepisy m.in. art. 165 §

2 KPC i art. 124 KPK naruszają także zasadę demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP). W ocenie Odwoływającego art. 165 § 2 KPC oraz art. 124 KPK są zatem niezgodne z Konstytucją RP i nie powinny być stosowane.

Reasumując zarzut wskazano, że w ocenie Odwoływającego w SIWZ nie powinny znajdować się przepisy dotyczące świadczenia powszechnej usługi pocztowej i wymagające od wykonawców spełniania warunków przewidzianych w wymienionych i przywołanych przepisach prawa.

Odnosnie trzeciego z zarzutów, Odwoływający zaznaczył, że zgodnie z treścią SIWZ w Rozdziale V, ust. 2 pkt 2) - *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Wymagane dokumenty:*

2. *Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą spełniać warunki dotyczące:*

2) *Posiadania wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert; a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 usługi polegające na świadczeniu usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym przez okres co najmniej 12 miesięcy każda, o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto każda.*

Odwoływający pragnie wskazać, iż wymóg sformułowany jak wyżej, odczytywany w swoim literalnym brzmieniu, jest niezgodny z art. 22 ust. 4 Pzp, co znajduje odzwierciedlenie w ugruntowanej linii orzeczniczej sądów i Krajowej Izby Odwoławczej, np. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 287/11.

Odwoływający wskazał również, iż zgodnie z treścią załącznika nr 1 do SIWZ, zawierającego szacunkową ilość przesyłek w okresie trwania umowy, wolumen przesyłek zagranicznych stanowi wyłącznie niewielki odsetek zamówienia. Należy wskazać, iż Poczta Polska była do niedawna jedynym operatorem świadczącym usługi w tym zakresie. W świetle powyższego, warunek przedstawienia dokumentów potwierdzających realizację tego typu zamówienia może spełnić tylko jeden podmiot. Wymóg ten jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i niezgodny z zasadą uczciwej konkurencji. Wskutek powyżej wskazanego działania Zamawiającego doszło do naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Odwoływającego, wystarczające będzie postawienie wykonawcom wymogu wykazania, iż wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie, wykonał co najmniej 2 usługi polegające na świadczeniu usług pocztowych w obrocie krajowym lub/i zagranicznym przez okres co najmniej 12 miesięcy, o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto

W końcowej części odwołania Odwołujący zaznaczył, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, albowiem jest operatorem pocztowym świadczącym usługi pocztowe. Może zatem potencjalnie złożyć ofertę na świadczenie usług będących przedmiotem zamówienia, a następnie zostać wybranym jako wykonawca. Naruszenie przez Zamawiającego powołanych przepisów ustawy Pzp niewątpliwie może mieć wpływ na wynik postępowania, zatem - zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp - istnieją podstawy do uwzględnienia odwołania.

W dniu 25 września 2012 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

W ocenie uczestnika postępowania Zamawiający w sposób prawidłowy ustalił treść SIWZ. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, ponieważ w jego ocenie SIWZ spełnia wszystkie warunki przewidziane ustawą Pzp, jest zgodna z przepisami Prawa pocztowego, żądania Odwołującego prowadzą do nieuzasadnionego jego uprzywilejowania na rynku usług pocztowych, przez dostosowanie potencjału i sposobu świadczenia usług bez uwzględniania warunków rynkowych i potrzeb Zamawiającego. Przystąpienie podpisane zostało przez pełnomocników, dla których załączono stosowne pełnomocnictwa.

Uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania wyrażone pisemnie i przedstawione ustnie do protokołu w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po drugie ustalono, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, przyjmując należy, iż wykonawca wyrażający zainteresowanie danym postępowaniem posiada interes w jego uzyskaniu, jak również może ponieść szkodę w wyniku stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, jeśli nie zachodzi obiektywna niemożliwość uczestnictwa tego wykonawcy w postępowaniu.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie podlega oddaleniu.

W zakresie kwestionowanego w odwołaniu żądania przedłożenia aktualnego zezwolenia na wykonywanie działalności pocztowej wydanego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (pkt V. 1. 2 SIWZ - Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków – Wymagane dokumenty) stwierdzono, że zgodnie z przywołanym przez Odwołującego przepisem ustawy Prawo pocztowe (art. 6 ust. 1 tejże ustawy w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2013 roku, a więc od pierwszego dnia świadczenia usługi będącej przedmiotem zamówienia) wykonywanie działalności pocztowej w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania w obrocie krajowym i zagranicznym przesyłek:

- 1 przesyłek dla ociemniałych,
 - 2 z korespondencją do 2.000 g, z wyłączeniem:
 - a) przesyłek, o których mowa w art. 47 ust. 1 pkt 1 lit. a i pkt 2, z zastrzeżeniem art. 47 ust. 2 i 4,
 - b) przesyłek przyjmowanych, przemieszczanych i doręczanych w sposób inny niż określony dla powszechnych usług pocztowych
- nadal wymagało będzie zezwolenia na wykonywanie działalności pocztowej, zwanego dalej "zezwoleniem", jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 6 ust. 2 tej ustawy, wykonywanie działalności pocztowej niewymagającej zezwolenia jest działalnością regulowaną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095, z późn. zm.) i podlega wpisowi do rejestru operatorów pocztowych, zwanego dalej „rejestrem”, na podstawie pisemnego wniosku. Przepisów o obowiązku posiadania zezwolenia Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz wpisu do rejestru operatorów publicznych nie stosuje się do operatora publicznego, którym jest Poczta Polska SA, w zakresie świadczenia powszechnych usług pocztowych (art. 46 ust. 2 ustawy Prawo pocztowe).

Przepis art. 47 ust. 1 pkt 1 lit a i pkt 2 cytowanej ustawy wymienia usługi pocztowe zastrzeżone dla operatora publicznego, polegające na przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu w obrocie krajowym przesyłek z korespondencją oraz przesyłek o masie nieprzekraczającej granicy wagowej 50 g. Wskazane zaś w art. 47 ust. 2 i 4 Prawa pocztowego wyłączenia z zakresu usług zastrzeżonych dla operatora publicznego dotyczą:

- przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek z korespondencją, reklamowych oraz innych, nadanych w sposób uniemożliwiający sprawdzenie zawartości o wadze do 50 g, w obrocie krajowym lub zagranicznym jeśli pobrana przez operatora opłata jest nie niższa niż dwu i półkrotność opłaty za przyjęcie, przemieszczenie i doręczenie przesyłki listowej stanowiącej przesyłkę najniższego przedziału wagowego najszybszej kategorii określonej w cenniku powszechnych usług pocztowych operatora publicznego

- świadczenia usług pocztowych zastrzeżonych dla operatora publicznego, jeśli waga przesyłek przekracza 50 g.

W świetle powyższych regulacji, zezwolenia Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej wymagają usługi pocztowe, jeśli ich przedmiotem jest między innymi przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie w obrocie krajowym i zagranicznym przesyłek o wadze do 2 000 g, chyba że przesyłki mieszczą się w wyłączeniu ujętym w art. 47 ust. 1 pkt 1 lit. a i pkt 2, z zastrzeżeniem art. 47 ust. 2 i 4, lub przesyłek przyjmowanych, przemieszczanych i doręczanych w sposób inny niż określony dla powszechnych usług pocztowych – które to usługi zastrzeżone zostały dla operatora publicznego. Zgodnie z art. 6 ust. 5 Prawa pocztowego, do operatora publicznego nie stosuje się bowiem przepisów art. 6 ust. 1 i 2 tej ustawy, dotyczących obowiązku posiadania zezwolenia Prezesa UKE oraz wpisu do rejestru operatorów pocztowych, w zakresie świadczenia powszechnych usług pocztowych, o których mowa w art. 46, to jest usług świadczonych w sposób ciągły.

Za powszechne usługi pocztowe, zgodnie z art. 3 pkt 25 ustawy prawo pocztowe uznać należy usługi polegające na:

a) przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu:

– przesyłek listowych do 2 000 g, w tym przesyłek poleconych i przesyłek z zadeklarowaną wartością,

– paczek pocztowych do 10 000 g, w tym z zadeklarowaną wartością,

– przesyłek dla ociemniałych,

b) doręczaniu nadesłanych z zagranicy paczek pocztowych do 20 000 g,

c) realizowaniu przekazów pocztowych

– świadczone w obrocie krajowym i zagranicznym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w sposób jednolity w porównywalnych warunkach i po przystępnych cenach, z zachowaniem wymaganej prawem jakości oraz z zapewnieniem co najmniej jednego opróżniania nadawczej skrzynki pocztowej i doręczania przesyłek co najmniej w każdy dzień roboczy i nie mniej niż przez 5 dni w tygodniu.

Przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu są między innymi przesyłki o wadze do 50 g, to jest zastrzeżone dla operatora publicznego. Co prawda czynności związane z wykonywaniem usług dotyczących takich przesyłek mogą być świadczone także przez inne podmioty niż operator publiczny i zasada ta nie ulegnie zmianie od 1 stycznia 2013 roku, nawet jeżeli zmienią się zasady pobierania opłat za wykonywanie takiej usługi (art. 46 ust. 2 Prawa pocztowego). W takim wypadku jednakże wymagane jest zezwolenie Prezesa UKE, co wynika z treści art. 6 ust. 1 pkt 2 a ustawy. Zawarte tam wyłączenie obowiązku posiadania tego zezwolenia odnosi się do usług zastrzeżonych w myśl art. 47 ust. 1 ustawy dla operatora publicznego, który działa na podstawie ustawy, bez zezwolenia. Zawarte przy

tym w tym przepisie wyłączenie dotyczące braku obowiązku posiadania tego zezwolenia odwołuje się do treści art. 47 ust. 2 i 4 ustawy. Oznacza to zatem tyle, że w tych sytuacjach, gdy ustawa Prawo pocztowe pozwala innym podmiotom wykonywać usługi pocztowe zastrzeżone dla operatora wymagane jest zezwolenie Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Powyższe czyni dopuszczalnym i nie naruszającym wskazywanych w odwołaniu przepisów żądanie przez Zamawiającego zezwolenia Prezesa UKE na wykonywanie działalności pocztowej, jeżeli przedmiot zamówienia obejmuje między innymi usługi pocztowe zastrzeżone dla operatora publicznego na podstawie art. 47 ust. 1 ustawy Prawo pocztowe, te zaś może wykonywać albo operator publiczny – bez zezwolenia oraz wpis do rejestru operatorów pocztowych, albo inny podmiot – posiadając, w myśl art. 6 ust. 1 pkt 2 a Prawa pocztowego zezwolenie Prezesa UKE, wymaganie takiego zezwolenia nie może być uznane za naruszające przepisy i zasady ustawy Prawo zamówień publicznych. Znowelizowanie od 1 stycznia 2013 roku ustawy Prawo pocztowe będzie stanowiło zachowanie powyższych zasad i stanowiło jednocześnie wdrożenie następujących dyrektyw Wspólnot Europejskich:

- 1) dyrektywy 97/67/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 grudnia 1997 r. w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług (Dz. Urz. WE L 15 z 21.01.1998, str. 14, z późn. zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 3, str. 71, z późn. zm.),
- 2) dyrektywy 2002/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 10 czerwca 2002 r. zmieniającej dyrektywę 97/67/WE w zakresie dalszego otwarcia na konkurencję wspólnotowych usług pocztowych (Dz. Urz. WE L 176 z 05.07.2002, str. 21; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 4, str. 316).

Dostrzeżenia wymaga więc fakt, że nie ma potrzeby stosowania przepisów wymienionych dyrektyw wprost, na obowiązek czego wskazywał w odwołaniu Odwołujący. Do polskiego porządku prawnego zaimplementowane bowiem zostaną regulacje prawne, do których odwoływał się wykonawca w odwołaniu, a zatem zastosowanie znajdą przepisy ustawy Prawo pocztowe, w zakresie niezbędnych zezwoleń, zachowujące zasady dotychczasowe. Przepisy przejściowe, na które powoływał się Odwołujący, zgodnie z którymi obowiązujące zezwolenia tracą moc, są w obecnej chwili, na etapie wyrokowania w przedmiotowej sprawie, jedynie projektem ustawy, nad którym pracuje rząd. Nie jest możliwe określenie, czy z dniem 1 stycznia 2013 roku projekt nowej ustawy Prawo pocztowe stanie się obowiązującym prawem. Prawidłowo postąpił więc Zamawiający wyznaczając obowiązek przedstawienia na potwierdzenie warunku posiadania uprawnień do wykonywania działalności odpowiedniego zezwolenia. Natomiast z momentem rozpoczęcia świadczenia usługi wszyscy wykonawcy chcący wykonywać działalność regulowaną w

zakresie objętym przedmiotem zamówienia będą mogli posługiwać się wpisem do rejestru, jeżeli do tego czasu uchwalone zostaną nowe przepisy. Powyższe nie dotyczy jednak etapu składania i oceny ofert.

Na marginesie zwrócenia uwagi wymaga również okoliczność, iż okres realizacji umowy przewidziany dla niniejszego zamówienia – jeden rok – nie może prowadzić do wniosku, że Zamawiający w sposób celowy prowadzi do sytuacji zawarcia długoterminowej umowy z wykonawcą na świadczenie usług objętych przedmiotem zamówienia z pominięciem przyszłych regulacji prawnych, które w sposób odmienny mogą uregulować rynek pocztowy w Polsce w związku z wdrożeniem do polskiego porządku prawnego nowych regulacji dyrektywowych.

Z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wynika, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Jeżeli przepisy ustawy Prawo pocztowe, określające zasady wykonywania działalności gospodarczej polegającej na świadczeniu usług pocztowych w obrocie krajowym lub zagranicznym, wymagają odpowiedniego zezwolenia od każdego podmiotu, innego niż operator publiczny, to wymaganie złożenia takiego zezwolenia nie może być traktowane jako naruszające przepisy oraz zasady ustawy Pzp.

Z powyższych względów, nie dopatrzone się naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie wymagania w treści kwestionowanego w odwołaniu postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zezwolenia Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

W zakresie zarzutu drugiego, dotyczącego stawiania wykonawcom wymogów w postaci związania regulacjami prawnymi dotyczącymi świadczenia powszechnej usługi pocztowej, które nie są niezbędne do prowadzenia postępowania, Izba nie podzieliła stanowiska strony Odwołującej.

Z treści SIWZ, z brzmienia kwestionowanego postanowienia zamieszczonego w załączniku nr 5 do SIWZ, wynika, że wymagania w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia wynikają z obowiązujących w tym zakresie przepisów, wymienionych enumeratywnie przez Zamawiającego. Powyższe oznacza tyle, że Zamawiający oczekuje wykonania zamówienia zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami, stosownie do obowiązków wynikających ze znajdujących do danej sytuacji regulacji w odniesieniu do każdego wykonawcy ubiegającego się o to przedmiotowe zamówienie.

Z uwagi na okoliczność tego, iż Zamawiający prowadzi postępowanie w celu wyłonienia wykonawcy dla całego segmentu sądownictwa krajowego, to jest wszystkich sądów powszechnych w Polsce, skład orzekający Izby uznał, iż Zamawiający wykazał celowość wymagania wykonywania usługi w standardzie właściwym dla powszechnej usługi

pocztowej. Przedmiotem zamówienia jest bowiem doręczanie przesyłek o charakterze sądowym, w których skuteczność doręczenia, rygory związane z prawidłowym awizowaniem mają doniosłe znaczenie procesowe. Okoliczność, że przedmiot zamówienia obejmuje pewne odrębności wobec powszechnej usługi pocztowej w rozumieniu art. 3 pkt 25 ustawy Prawo pocztowe, nie oznacza, że przedmiot zamówienia w tym postępowaniu nie wyczerpuje definicji zawartej w tym przepisie. Nie stanowi przy tym uzasadnienia dla przyjęcia tezy mającej potwierdzać zasadność stawianego zarzutu, okoliczność, że odbiorcą usługi jest tylko jeden podmiot Zamawiający. Dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający działa w imieniu wielu placówek sądowych, a więc, zgodnie z definicją przyjętą dla powszechnej usługi pocztowej, nieograniczonego kręgu osób i podmiotów. Podobnie, fakt że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przewidział płatność za usługę po zakończeniu miesięcznego okresu rozliczeniowego, a także, że cena za świadczone usługi będzie ceną umowną nie oznacza, że do usługi nie mogą być stosowane sporne przepisy wskazane przez Zamawiającego.

Co do podnoszonej na marginesie przez Odwołującego niekonstytucyjności art. 165 § 2 Kpc oraz art. 124 Kpk, to wskazać należy, iż poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej leży orzekanie odnośnie zarzutów o tak określonym charakterze. Jedynym uprawnionym organem w Rzeczypospolitej Polskiej upoważnionym do stwierdzenia konstytucyjności, bądź niekonstytucyjności przepisu jest Trybunał Konstytucyjny.

Stąd nie podzielono zarzutu podniesionego w powyższym zakresie.

W zakresie zarzutu trzeciego, dotyczącego wymagania wykazania się doświadczeniem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i niezgodnym z zasadą uczciwej konkurencji, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty „wymagania” stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08).

Artykuł 22 ustawy Pzp określa katalog warunków, które musi spełnić każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z powyższym przepisem wykonawca musi wykazać się posiadaniem uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie, dysponować odpowiednim

potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz znajdować się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Oprócz ustawowo i tak blankietowo sformułowanych warunków udziału w postępowaniu Zamawiający powinien określić warunki udziału w postępowaniu, które będą doprecyzowaniem ogólnych warunków i wynikać będą ze specyfiki danego zamówienia, jak również jego wartości (opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków). Należy podkreślić, że określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z głównych i podstawowych czynności Zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania. W związku z powyższym, formułując warunki Zamawiający nie może tego czynić w sposób dowolny i w oderwaniu od przedmiotu zamówienia i wartości postępowania, a także swoich potrzeb, bowiem ich celem jest weryfikacja zdolności wykonawców do realizacji konkretnego zadania. Dokonując tej czynności Zamawiający winien mieć na uwadze jej cel - wybór odpowiedniego wykonawcy posiadającego umiejętności w realizacji zamówienia. Ustawodawca wprost w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp zawarł dyrektywę interpretacyjną, czym ma kierować się Zamawiający przy opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu i wskazał dwa takie elementy tj. związek z przedmiotem zamówienia i proporcjonalność do przedmiotu zamówienia. W myśl zatem art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 art. 22, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wtedy właśnie opis podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, tak dokonany zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, nie zostanie zakwalifikowany jako naruszający zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Doprecyzowanie i opisanie warunków udziału w postępowaniu, do których odsyła ramowy przepis art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, niezmiennie pozostaje uprawnieniem Zamawiającego, którego to jednak uprawnienia Zamawiający nie może nadużywać.

Skład orzekający nie podzielił stanowiska Odwołującego, że dokonany opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia nie jest doń proporcjonalny. Za uprawnione w świetle art. 22 ust. 4 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należało uznać żądanie potwierdzenia posiadania doświadczenia wykonawcy przy wykazaniu się usługami o takim charakterze, jakim wymagał Zamawiający to jest wykonaniem co najmniej 2 usług polegających na świadczeniu usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym przez okres co najmniej 12 miesięcy każda, o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł brutto każda.

Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usług pocztowych, których roczna wartość oszacowana została blisko na kwotę 350 000 000,00 zł netto (protokół z postępowania, szacowanie wartości z dnia 3 października 2012 roku). Rozstrzygając spór między stronami, Izba wzięła pod uwagę cel, jaki przyświeca szczegółowemu określeniu

warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia, to jest wybór wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy. Konieczne jest jednak zachowanie równowagi pomiędzy interesem przyświecającym Zamawiającemu w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą mieć utrudniony dostęp do zdobycia konkretnego zamówienia. Wymaganie wykazania się doświadczeniem w dostarczaniu listów i przesyłek pocztowych na kwotę 5 000 000,00 zł brutto za jedną umowę nie uznano za nadmierne, biorąc pod uwagę przede wszystkim wartość szacunkową zamówienia. Również fakt, że wolumen przesyłek zagranicznych stanowi wyłącznie niewielki odsetek zamówienia, nie mógł zdecydować o uwzględnieniu zarzutu. Ponadto dostrzec należy, iż Zamawiający nie określił wartości usług w obrocie zagranicznym, którą wykazać ma wykonawca. Przy takim opisie warunku przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu w umowie na świadczenie usług o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł brutto wystarczy zatem nawet jedna transakcja (dostarczenie przesyłki) na kwotę 1 zł, aby warunek uznać za wykazany. A jak wskazał na rozprawie sam Odwołujący, posiada on doświadczenie w wykonywaniu usług w zakresie dostarczania przesyłek za granicę. Zatem zmiana warunku udziału w tym zakresie nie może wpłynąć na sytuację Odwołującego przy ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie.

Dostrzeżenia dalej wymaga, iż za sprzeczne z celem ustawy Pzp uznano wywodzenie z jej przepisów nakazu dopuszczenia do postępowania o zamówienie publiczne wykonawców, którzy nie zostali pozytywnie zweryfikowani w zakresie ich kwalifikacji i potencjału oraz możliwości do prawidłowej realizacji zamówienia. Nie można więc oczekiwać od Zamawiających, aby w celu zapewnienia jak największej konkurencji dopuszczali do postępowania wszystkich wykonawców prowadzących działalność w danej branży, bez względu na ich doświadczenie, które wśród podmiotów działających w określonej dziedzinie może być bardzo zróżnicowane. Jak zauważył Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 6 maja 2009 r. (XII Ga 143/09, niepublikowany), *przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty na rynku, nawet te, które nie mogą wykazać się odpowiednim doświadczeniem w dostawach i usługach odpowiadających rodzajowo przedmiotowi danego zamówienia.*

W odniesieniu do rodzaju referowanych usług Izba doszła do przekonania, iż pozostają one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a więc brzmienie warunku ustalone przez Zamawiającego nie wymaga zmiany w sposób proponowany przez Odwołującego.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....