

Sygn. akt: KIO 2774/13

WYROK
z dnia 17 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 17 grudnia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2013 r. przez **wykonawcę InPost spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Malborska 130** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, pl. Starynkiewicza 5**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawcy InPost spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Malborska 130, w tym wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, czy placówki wskazane w poz. 62 i 63 wykazu uzupełnionego w dniu 20 listopada 2013r. funkcjonowały na dzień 23 października 2013r.
2. kosztami postępowania obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, pl. Starynkiewicza 5** i :
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę InPost spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Malborska 130** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, pl. Starynkiewicza 5** na rzecz **wykonawcy InPost spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Malborska 130** kwotę 18 600 zł. 00 gr (słownie :

osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. wpisu i kosztów zastępstwa prawnego .

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług pocztowych wraz z obsługą korespondencji wychodzącej dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów o Kanalizacji w m. st. Warszawie zostało wszczęte ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 września 2013r. za numerem 2013/S 176-304557.

W dniu 26 listopada 2013r. faksem i drogą elektroniczną zamawiający powiadomił o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907, dalej ustawy) oraz o wykluczeniu dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty i o odrzuceniu tych ofert. Zamawiający wykluczył wykonawcę InPost spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Świętokrzyska 31/33 na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy powołując się na pkt. 6.1.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), zgodnie z którym wykonawca miał złożyć oświadczenie o posiadaniu przynajmniej 30 placówek odbiorczych na terenie m. st. Warszawy, w tym co najmniej po jednej placówce w każdej z dzielnic, z godzinami otwarcia co najmniej do godz. 18:00, w których adresat może odebrać awizowane listy polecone i za zwrotnym potwierdzeniem odbioru na załączniku nr 6 do IDW, część I siwz wraz z wykazem tych placówek, zawierającym adres placówki, dzielnicę, do której należy, godziny otwarcia, na załączniku nr 7 do IDW, Część I. Wykonawca dołączył wykaz placówek, w którym brakuje wskazania placówki z dzielnicy Rembertów i Dzielnicy Wesoła. Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia wykazu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy określając termin do 22 listopada 2013r. Wykonawca przedstawił uzupełniony wykaz, z którego nie wynika, że przedstawione placówki funkcjonowały na dzień składania ofert.

W dniu 2 grudnia 2013r. InPost sp z o.o. – odwołujący wniósł pisemne odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 listopada 2013r. udzielonego przez prezesa zarządu, ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem i drogą elektroniczną w dniu 2 grudnia 2013r.

Odwołujący zaskarżył czynności zamawiającego:

- 1) wykluczenie odwołującego z postępowania z powodu nie spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu,
- 2) unieważnienie postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie :

- art. 24 ust. 2 punkt 4 ustawy przez uznanie, że odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu;
- art. 26 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie
- art. 87 ust.1 ustawy przez zaniechanie wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty,
- art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy przez uznanie, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, co w konsekwencji implikowało unieważnienie postępowania;
- art. 94 ust. 1 w związku z art. 87 ust. 1 w związku z art. 91w związku z art. 2 punkt 7a ustawy przez dokonanie ponownej oceny oferty odwołującego po zakończeniu postępowania.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i

- I. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania;
- II. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania
- III. nakazanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego; ewentualnie,
- IV. nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej oceny oferty odwołującego i w konsekwencji dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;
- V. zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków/faktur które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

Odwołujący wskazał, że na dzień 23 października 2013 roku został wyznaczony termin do składania ofert w postępowaniu. W dniu 25 października 2013 roku zamawiający, po dokonaniu ocen złożonych w postępowaniu ofert, przesłał informację o wynikach tej oceny. Zgodnie z tą informacją, w postępowaniu zostały złożone dwie oferty: odwołującego i Poczty Polskiej S.A. Wykonawca Poczta Polska S.A. został wykluczony z postępowania, natomiast została wybrana oferta odwołującego. Z uwagi na brak odwołań co do czynności/zaniechań zamawiającego, na dzień 08 listopada 2013 roku został wyznaczony termin na podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Do podpisania tej umowy ostatecznie nie doszło, natomiast w dniu 19 listopada 2013 roku zamawiający poinformował odwołującego, iż unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzy czynność oceny ofert. Jednocześnie wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty poprzez wskazanie brakujących placówek odbiorczych wraz z godzinami ich otwarcia co najmniej do godziny 18:00, w których adresat mógłby odebrać awizowane

listy polecane i za zwrotnym potwierdzeniem odbioru, które funkcjonowały na dzień składania ofert. Na uzupełnienie tych braków oferty zamawiający wyznaczył termin do 22 listopada 2013 roku.

Odwołujący w zastrzeżonym terminie przedłożył pismo, wraz z Wykazem Placówek, w którym wskazał placówki dla Dzielnicy Rembertów i Dzielnicy Wesoła, które funkcjonowały na dzień składania ofert, a które omyłkowo nie zostały umieszczone w Wykazie Placówek.

Pomimo uzupełnienia oferty o brakujący dokument zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania oraz unieważnił postępowanie. Na uzasadnienie swoich działań zamawiający wskazał, że „Wykonawca w swoim uzupełnieniu z dnia 20.11. 2013 r. przedstawił Wykaz placówek, z którego nie wynika, że przedstawione placówki funkcjonowały na dzień składania ofert.”

W ocenie odwołującego takie działania zamawiającego są niezgodną z ustawą oraz innymi przepisami regulującymi procedurę udzielania zamówień publicznych.

Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniami zamawiającego, że „Wykonawca w swoim uzupełnieniu z dnia 20.11.2013 r. przedstawił Wykaz placówek, z którego nie wynika, że przedstawione placówki funkcjonowały na dzień składania ofert”.

Uzupełniając ofertę skorzystał (stosownie do punktu 6.1.4.a specyfikacji istotnych warunków zamówienia) z Załącznika nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wpisał w nim brakujące placówki w Dzielnicy Rembertów i Dzielnicy Wesoła, informując jednocześnie w piśmie przewodnim, że placówek tych omyłkowo nie umieścił w ofercie (załączniku do oferty), co jednoznacznie sugeruje, że był w ich posiadaniu (funkcjonowały) na dzień składania ofert.

Co przy tym istotne, zamawiający nie żądał zarówno w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i w piśmie z dnia 19 listopada 2013 roku, dokumentów potwierdzających fakt funkcjonowania (posiadania) tych placówek. Stosownie do punktu 6.1.4.a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawca był zobowiązany złożyć jedynie oświadczenie na załączniku nr 6 do IDW oraz uzupełnić Wykaz Placówek, stanowiący załącznik nr 7 do IDW.

Niemniej odwołujący potwierdził i oświadczył, że placówki w Dzielnicy Rembertów i Dzielnicy Wesoła funkcjonowały na dzień składania ofert tj. 23 października 2013 roku, o czym świadczą załączone do niniejszego odwołania umowy.

- 1) umowa z dnia 24 lipca 2013 roku zawarta pomiędzy Inpost sp. z o.o., Polską Grupą Poczтовую S.A. oraz K..... W..... wraz z załącznikiem 1 i 2;
- 2) umowa z dnia 04 września 2013 roku zawarta pomiędzy Inpost sp. z o.o., Polską Grupą Poczтовую S.A. oraz Asekur Partner sp. z o.o. wraz z załącznikami 1a, 1 b i 2;

Pierwsza z przywołanych umów potwierdza fakt funkcjonowania w dniu składania ofert placówki w Dzielnicy Wesoła, druga potwierdza fakt funkcjonowania placówek m.in. w

Dzielnicy Rembertów (Aleja Generała Chruściela 79). Obydwie umowy zawarte zostały jeszcze przed wszczęciem postępowania i są wykorzystywane do świadczenia usług pocztowych także na rzecz innych podmiotów.

Placówka w Dzielnicy Wesola została ponadto uwzględniona na mapie placówek odwołującego, umieszczonej na stronie internetowej pod adresem: <http://www.inpost.pl/index.php?id=90>.

W ocenie odwołującego zamawiający winien, jeżeli miał uzasadnione wątpliwości co do tej kwestii, wezwać do ich wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, ewentualnie art. 87 ust. 1 ustawy. Takie działanie w przedmiotowym stanie faktycznym było wręcz pożądane, skoro zamawiający powziął w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości. Co przy tym istotne, przed złożeniem pisma z dnia 20 listopada 2013 roku uzupełniającego dostrzeżone braki, odwołujący złożył ustne zapytanie do zamawiającego w kwestii tego czy ma załączać jakiegokolwiek dokumenty potwierdzające okoliczność istnienia tych placówek, jednakże wobec odpowiedzi negatywnej, nie dołączał dokumentów potwierdzających ten fakt.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że skoro w postępowaniu została złożona jedna ważna oferta, działanie zamawiającego polegające na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust.1 punkt 1 ustawy, według odwołującego, uznać należy za niezgodne z przywołanym przepisem.

Podniósł, że z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 25 października 2013 roku postępowanie uległo zakończeniu, w związku z tym ponowna ocena jego oferty dokonana po tej dacie była niedopuszczalna. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ulega zakończeniu z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej (oraz upływem terminów do zaskarżenia tej czynności). Wprost potwierdziło to KIO np. w wyroku z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. KIO 14/13, wskazując, że „po udzieleniu zamówienia nie sposób domagać się powtórzenia i unieważniania poszczególnych czynności. czy wręcz całego postępowania, które definitywnie i nieodwracalnie się zakończyło (...) W ocenie Izby z definicji zawartej w art. 2 pkt 7a ustawy w kwestii określenia momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika jedynie tyle, że jest on wyznaczony osiągnięciem celu tego postępowania w postaci wyboru wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Osiągnięcie tego celu zostało zatem zdefiniowane nie przez pryzmat dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz przez wskazanie, że chodzi o wybór oferty wykonawcy, z którym ostatecznie zostanie zawarta umowa. Co do zasady cel ten jest osiąganym w drodze wyboru najkorzystniejszej spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu, o czym zamawiający z mocy art. 92 ust. 1 ustawy informuje wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty.” Powyższe potwierdza również opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych (dalej

jako: „UZP”) „Zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a obowiązek złożenia oświadczenia (ZP-11) o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania (art. 17 ust. 2 ustawy PZP)” dostępna na stronie internetowej UZP (<http://uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1550>), w której UZP wyraźnie stwierdza, że „za moment zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać chwilę dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, a nie chwilę zawarcia umowy (udzielenia zamówienia publicznego), albowiem to z chwilą wyboru najkorzystniejszej oferty realizuje się cel postępowania, tj. wskazanie wykonawcy, z którym może być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Podobnie w odniesieniu do zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki ustawodawca powiązał skutek w postaci zakończenia postępowania z chwilą ustalenia warunków przyszłej umowy, a nie z chwilą jej zawarcia (arg. z art. 2 pkt 7a ustawy PZP).”

Odwołujący ma wrażenie, że zarzut naruszenia przywołanych przepisów został sformułowany trochę „na siłę”, tylko i wyłącznie po to by pozbawić go możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący zdaje sobie sprawę z dotychczasowych przyzwyczajzeń w zakresie doręczania przesyłek, gdzie do końca 2012 roku niekwestionowanym monopolistą była Poczta Polska S.A., niemniej od początku bieżącego roku obowiązuje w tym zakresie nowy porządek prawny, który dopuszcza do świadczenia usług pocztowych także innych operatorów pocztowych. Skoro wolą ustawodawcy jest by rynek pocztowy był wolny i dostępny dla jak największej liczby operatorów pocztowych, to wszelkie działania mające na celu ograniczenie konkurencji w tym zakresie będą stanowiły również naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, który statuuje zasadę równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący upatruje interes w uzyskaniu tego zamówienia w tym, że poprzez bezprawne naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy jego interes, który złożył ważną ofertę, doznał uszczerbku wskutek wykluczenia go z postępowania, prowadząc w konsekwencji do braku możliwości realizacji zamówienia, co wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy. Powołał pogląd Sądu Okręgowego w Warszawie w wyroku z dnia 19 grudnia 2007 roku, sygn. akt V Ca 2506/07.

W dniu 3 grudnia 2013r. zamawiający przekazał wykonawcom kopię postępowania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 6 grudnia 2013r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiła swój udział Poczta Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 2. Wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując, że ma interes w tym, aby postępowanie było prowadzone zgodnie z prawem. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch pełnomocników działających na podstawie pełnomocnictw odpowiednio 5 października 2012r. i 2 września 2013r.

udzielone przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS.

Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 6 grudnia 2013r. faksem.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, w tym ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty odwołującego, informacji o wyniku postępowania z dnia 25 października 2013r., pisma zamawiającego z dnia 5 listopada 2013r. do odwołującego, pisma zamawiającego do odwołującego z dnia 19 listopada 2013r., pisma odwołującego do zamawiającego z dnia 20 listopada 2013r., informacji o wyniku postępowania z dnia 26 listopada 2013r., umów załączonych do odwołania.

Izba nie dopuściła dowodu z zeznań świadka na okoliczność wykazania faktu nieformalnych konsultacji odwołującego z zamawiającym oraz ich treści. Izba stwierdziła, że sam odwołujący przyznał, że w wyniku tych konsultacji uzyskał informację, że nie ma załączać innych dokumentów niż uzupełniony wykaz placówek, co było zgodne z treścią siwz. Skoro przeprowadzenie dowodu nie miało służyć udowodnieniu innych okoliczności niż te które mogą być stwierdzone dowodem z dokumentu, to powołanie kolejnego dowodu na tę samą okoliczność należy potraktować jako powołanie dowodu dla zwłoki – art. 190 ust. 6 ustawy. Na marginesie jedynie Izba poddaje w wątpliwość wagę dowodową dowodu z zeznań jako świadka, uczestniczącego w sprawie pełnomocnika, któremu znana jest zarówno argumentacja strony, którą reprezentuje, jak i który miał możliwość zapoznania się z argumentacją i dowodami strony przeciwnej.

Na podstawie dopuszczonych dowodów Izba ustaliła, że

W pkt 5.1.3 siwz zamawiający ustalił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. wykonawcy, którzy posiadają przynajmniej 30 placówek odbiorczych na terenie m. st. Warszawy, w tym co najmniej po jednej placówce w każdej z dzielnic, z godzinami otwarcia co najmniej do godz. 18:00, w których adresat może odebrać awizowane listy polecane i za zwrotnym potwierdzeniem odbioru. W pkt. 6.1.4. siwz zamawiający wskazał, że na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w pkt. 5.1.3. wykonawca przedstawi:

- a) oświadczenie mówiące o posiadaniu przynajmniej 30 placówek odbiorczych na terenie m. st. Warszawy, w tym co najmniej po jednej placówce w każdej z dzielnic, z godzinami otwarcia co najmniej do godz. 18:00, w których adresat może odebrać

awizowane listy polecone i za zwrotnym potwierdzeniem odbioru na załączniku nr 6 do IDW, Część I niniejszej siwz wraz z wykazem tych placówek, zawierającym adres placówki, dzielnicę, do której należy, godziny otwarcia, na załączniku nr 7 do IDW, część I niniejszej siwz.

W załączniku nr 6 zamawiający żądał składania oświadczenia o treści :W imieniu reprezentowanego(nych) przeze mnie (przez nas) Wykonawcy(ów) oświadczam(y), że posiadamy przynajmniej 30 placówek odbiorczych na terenie m. st. Warszawy, w tym co najmniej po jednej placówce w każdej z dzielnic, z godzinami otwarcia co najmniej do godz. 18:00, w których adresat może odebrać awizowane listy polecone i za zwrotnym potwierdzeniem odbioru.

W załączniku nr 7 wykaz placówek zamawiający nakazał podać adres placówki, dzielnicę, godziny otwarcia, możliwość odbioru awizowanych listów poleconych i za zwrotnym potwierdzeniem odbioru tak/nie. Pod wykazem należało podać, nazwę wykonawcy, nazwisko i imię osoby upoważnionej do reprezentowania wykonawców, podpis osoby upoważnionej do reprezentowania wykonawców, pieczęć wykonawcy, miejscowość i datę.

W ofercie odwołującego na str. 41 znajduje się oświadczenie z załącznika nr 6 złożone w Warszawie w dniu 22 października 2013r., zaś na str. 43- 45 wykaz placówek zawierający 61 placówek, wśród których nie ma placówek dla dzielnic Rembertów i Wesola złożony w Warszawie, w dniu 22 października 2013r.

W dniu 25 października 2013r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty odwołującego oraz o wykluczeniu z postępowania Poczty Polskiej SA na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z uwagi na to, że wadium w postaci gwarancji bankowej nie obejmuje całego terminu związania ofertą, a jedynie 58 dni z 60 wymaganych.

W dniu 5 listopada 2013r. zamawiający zaprosił odwołującego do podpisania umowy na dzień 8 listopada 2013r. godz. 8:00-13:00.

W dniu 19 listopada 2013r. zamawiający poinformował odwołującego o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o powtórzeniu czynności oceny ofert jednocześnie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów we wskazanym poniżej zakresie. Zgodnie z pkt 6.1.4. siwz na potwierdzenie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wykonawca zobowiązany był przedstawić oświadczenie o posiadaniu przynajmniej 30 placówek odbiorczych na terenie m. st. Warszawy, w tym co najmniej po jednej placówce w każdej z dzielnic, z godzinami otwarcia co najmniej do godz. 18:00, w których adresat może odebrać awizowane listy

polecane i za zwrotnym potwierdzeniem odbioru na załączniku nr 6 do IDW, część I siwz wraz z wykazem tych placówek, zawierającym adres placówki, dzielnicę, do której należy, godziny otwarcia, na załączniku nr 7 do IDW, Część I. Do oferty odwołującego został dołączony wykaz placówek (na załączniku nr 7 do IDW), w którym brakuje wskazania placówki z Dzielnicy Rembertów oraz Dzielnicy Wesoła. Zamawiający wezwał do uzupełnienia oferty przez wskazanie brakujących placówek odbiorczych wraz z godzinami ich otwarcia co najmniej do godz. 18:00, w których adresat może odebrać awizowane listy polecane i za zwrotnym potwierdzeniem odbioru, które funkcjonowały na dzień składania ofert, zgodnie z pkt 5.1.3. siwz.

W dniu 20 listopada 2013r. odwołujący złożył pismo, w którym wniósł o zaniechanie planowanych czynności unieważnienia wyboru ofert oraz powtórnych ich ocen i o niezwłoczne zawarcie umowy na świadczenie usług pocztowych w ramach postępowania. Przedstawił swój pogląd o niedopuszczalności samodzielnego dokonywania czynności przez zamawiającego po wyborze oferty najkorzystniejszej. Powołał się na wyrok Izby sygn. akt KIO 14/13, wskazał, że skoro postępowanie uległo definitywnemu zakończeniu nie jest możliwe jego ponowne rozpoczęcie. Niemniej celem uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości odwołujący w załączeniu przedłożył wykaz placówek, w tym dla Rembertowa i Wesołej, przy czym wskazał, że uzupełnienie należy traktować nie jako uzupełnienie dokumentów w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy lecz jako wykaz staranności, lojalności i profesjonalizmu zawodowego wykonawcy wymagany w ramach realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzupełnionym wykazie dodano dwie pozycje nr 62 – ul. Warszawska 31 – Wesoła, godziny 10-18, TAK i poz. 63 Al. Gen. Chruściela 79 – Rembertów, godziny 8-19 TAK.

Z umowy z dnia 24 lipca 2013r. o prowadzenie Punktu Obsługi Klienta wynika, że w § 2 ust. 2 nie wskazano daty rozpoczęcia działalności placówki, zaś w załączniku nr 1 podano lokalizację Warszawa Wesoła, Warszawska 31. Z umowy z dnia 4 września 2013r. o prowadzenie Punktu Obsługi Klienta wynika, że w § 2 ust. 2 nie wskazano daty rozpoczęcia działalności placówki, z zastrzeżeniem § 2 ust. 5, gdzie wskazano, że strony ustalają, że zgłoszone i wpisane w załącznik nr 1a oraz w załączniku nr 1b do niniejszej umowy lokalizacje spełniają wymogi postawione wyżej. W załączniku nr 1a wskazano m. in. adres Al. Gen Chruściela 79.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie nie spełnia wymagań formalnych określonych w art. 185 ust. 2 ustawy tj. nie pochodzi od wykonawcy. Przystąpienie, aby mogło być uznane za prawidłowe, powinno pochodzić od wykonawcy, być wniesione w odpowiednim terminie i

odpowiedniej formie. W przedmiotowej sprawie pierwszy wymóg formalny nie został spełniony, albowiem zgłaszający przystąpienie utracił status wykonawcy. Jak słusznie podniósł odwołujący, a czemu zgłaszający przystąpienie nie przeczy, o swoim wykluczeniu przystępujący dowiedział się 25 października. W terminie do wniesienia odwołania na to wykluczenie nie wniósł środków ochrony prawnej i nie skorzystał z nich przy ponownej informacji o wyniku postępowania. Należy zatem uznać, że został skutecznie wyeliminowany z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i utracił status wykonawcy. Stąd nie została spełniona przesłanka art. 185 ust. 2.

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż kwestionuje swoje wykluczenia, gdyby odwołanie zostało uwzględnione, jego oferta byłaby jedyną ważną w tym postępowaniu i odwołujący uzyskałby zamówienie. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Mając to na uwadze, Izba uznała, że przesłanka materialnoprawna dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy została spełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający opracowując wzory dokumentów (oświadczeń), jakich złożenia żądał w przedmiotowym postępowaniu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia tj. załączników nr 6 i 7 do IDW, nie przewidział udzielania w tych oświadczeniach przez wykonawców informacji, czy placówki, które pozostają w dyspozycji wykonawcy faktycznie w dacie składania ofert funkcjonują jako placówki pocztowe. Taki wymóg zresztą nie został wprost przez zamawiającego wyartykułowany ani w pkt 5.1.3, ani 6.1.4 siwz. Okoliczność ta pozostaje jednak poza sporem, bo odwołujący nie kwestionował w odwołaniu, że zamawiający oczekiwał posiadania placówek już funkcjonujących. Tym samym Izba rozstrzygając odwołanie uznała, że wymóg wyartykułowany wprost w wezwaniu z dnia 19 listopada 2013r. był jasny dla stron w chwili składania ofert. Izba ustaliła na podstawie przedstawionych dowodów, że ani na podstawie oświadczenia składanego na załączniku nr 6, ani na podstawie danych, jakie wykonawca miał wykazywać w wykazie placówek – załącznik nr 7 nie można było ustalić czy placówki te

są placówkami funkcjonującymi czy też nie. W załączniku nr 7 zamawiający wymagał podania jedynie adresu placówki, dzielnicy, godzin otwarcia oraz deklaracji co do możliwości odbioru określonego rodzaju przesyłek. W załączniku nr 7 nie było rubryki pozwalającej wykonawcy złożyć oświadczenie wiedzy o tym, czy dana placówka funkcjonuje czy też nie. Za takie oświadczenie nie może być uznana data, której zamawiający podania oczekiwał w miejscu składania podpisu pod oświadczeniem wiedzy wykonawcy. Ta bowiem data była datą sporządzenia wykazu i w żaden sposób nie przesądzała o tym, czy dana placówka funkcjonuje czy też nie. Co więcej zamawiający nie przewidział jakiegokolwiek mechanizmu weryfikacji tej okoliczności. Nadto zamawiający jedynie z faktu, że wykaz placówek został złożony wraz z ofertą przed upływem składania ofert, wywiódł, że podane w wykazie placówek lokalizacje dotyczą placówek funkcjonujących. Gdyby przyjąć za logiczny taki tok rozumowania zamawiającego, to albo należałoby uznać, że sam fakt sporządzenia wykazu placówek przed terminem składania ofert, przesądza o tym, że obejmuje on placówki przed tym terminem funkcjonujące, a placówki, które nie zostały wskazane w wykazie nie funkcjonowały na datę składania ofert. Rozumowanie takie prowadzi do konieczności wyciągnięcia wniosku, że nie możliwe było uzupełnienie wykazu placówek po upływie terminu składania ofert, co pozostaje w sprzeczności z czynnościami podjętymi w tym postępowaniu przez zamawiającego oraz jest niezgodne z art. 26 ust. 3 ustawy, który obliguje zamawiającego do wzywania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów niezłożonych w dacie składania ofert lub zawierających błędy. Drugim wnioskiem, jaki można byłoby wyprowadzić ze stanowiska zamawiającego jest rozumowanie, że po dacie składania ofert wykonawcy, którzy nie złożyli wraz z ofertą wykazu placówek są zobowiązani podać informacje nie wymagane od wykonawców, którzy taki wykaz złożyli z ofertą. Bowiem u wykonawcy składającego wykaz wraz z ofertą zamawiający nie domagał się informacji o tym czy na datę składania ofert dana placówka funkcjonowała, zaś dla wykonawcy, który nie złożył wykazu w dacie składania ofert nie podanie tej informacji w uzupełnionym i wypełnionym zgodnie z wzorem załączniku nr 7 stanowiło podstawę do wykluczenia go z postępowania. W ocenie Izby taka sytuacja nie daje się pogodzić z zasadą równego traktowania wykonawców i w świetle ustawy jest niedopuszczalna. Oczywiście Izba nie odmawia zamawiającemu prawa do zweryfikowania, czy placówki w dacie składania ofert funkcjonowały, skoro obie strony zgodnie uważają, że taki był wymóg zamawiającego, jednak nie może to być przedmiotem uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, bo zamawiający takiej informacji w dokumentach nie wymagał i złożone na skutek wezwania uzupełnienie odpowiada wymogom pkt 6.1.4. siwz. Okoliczność ta powinna jednak stać się przedmiotem wyjaśnień, co do złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, tak aby zamawiający mógł zweryfikować wszystkie elementy postawione w wymaganiu z pkt. 5.1.3 siwz. Nie dochodzi tu do niedopuszczalnego uzupełnienia dokumentów czy

oświadczeń, co podnosił zamawiający, gdyż uzupełnienie wykazu było kompletne i zgodne z wytycznymi zamawiającego, ale do wyjaśnienia wątpliwości, jakie powinien był powziąć zamawiający co do spełnienia wszystkich przesłanek spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający mając wątpliwości czy uzupełnione placówki funkcjonowały w dacie złożenia ofert był zobligowany tę wątpliwość wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, czego zamawiający zaniechał w przedmiotowym postępowaniu. Zaniechanie to powoduje, że zamawiający naruszył art. 26 ust. 4 ustawy i z tego względu Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i powtórzenie czynności badania i oceny oferty odwołującego, w tym wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, czy placówki wskazane w poz. 62 i 63 wykazu uzupełnionego w dniu 20 listopada 2013r. funkcjonowały na dzień 23 października 2013r.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 punkt 4 ustawy przez uznanie, że odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nie ustalenie czy wykonawca przedstawił w uzupełnionym wykazie placówki dla dzielnic Rembertów i Wesola, które w dacie składania ofert funkcjonowały, nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Przepis ten bowiem zezwala wykluczyć tylko takiego wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, natomiast niezastosowanie procedury obligatoryjnej z art. 26 ust. 4 ustawy powodowało, że zamawiający nie miał pewności, że ma do czynienia z wykonawcą, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. W tej sytuacji zastosowanie wobec odwołującego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy ocenić należy jako sprzeczne z ustawą.

Zarzut ewentualny naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust.1 ustawy przez zaniechanie wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty

Izba pozostawiła zarzut bez rozpoznania. Zarzut został zgłoszony jako ewentualny, gdyby Izba nie podzieliła zarzutów związanych z naruszeniem przez zamawiającego art. 26 ust. 4 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Izba zarzuty naruszenia tych przepisów stwierdziła, zatem odpadła potrzeba rozpoznania zarzutu ewentualnego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy przez uznanie, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, co w konsekwencji implikowało unieważnienie postępowania

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Skoro potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 26 ust. 4 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, w taki sposób, że zamawiający bezprawnie zaniechał zastosowania art. 26 ust. 4 wobec dokumentów złożonych przez odwołującego i bezprawnie zastosował art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy wykluczając wykonawcę, pomimo tego, że zachodziły wątpliwości co do złożonych przez niego dokumentów, których wyjaśnienie stwarzało możliwość utrzymania oferty odwołującego w postępowaniu, to oznacza to, iż zamawiający przedwcześnie unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy nie mając pewności, że czy w postępowaniu nie ma ofert nie podlegających odrzuceniu. Art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy jako przepis nakazujący zakończyć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego bez wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarcia umowy o zamówienie publiczne, musi być wykładany ściśle. Oznacza to, że nie może być żadnych wątpliwości, co do tego czy przesłanka unieważnienia zaistniała. W okolicznościach przedmiotowej sprawy takie wątpliwości w ocenie Izby były, zatem bez ich usunięcia niedopuszczalne było zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, co oznacza, że zamawiający swoim działaniem naruszył treść tego przepisu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 94 ust. 1 w związku z art. 87 ust. 1 w związku z art. 91 w związku z art. 2 punkt 7a ustawy przez dokonanie ponownej oceny oferty odwołującego po zakończeniu postępowania

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż przepis art. 2 ust. 7 a ustawy nie określa momentu zakończenia tego postępowania, ale wskazuje na cel prowadzonego postępowania tj. wybór wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Treść tego przepisu budzi uzasadnione wątpliwości interpretacyjne, gdyż nie jest spójna terminologicznie z pozostałymi definicjami zawartymi w art. 2, a w szczególności z art. 2 pkt 13, który definiuje, czym jest zamówienie publiczne, nie jest również spójny z art. 1 ustawy, który wprost stanowi o tym, że ustawa reguluje tryb udzielania zamówień publicznych, a więc umów odpłatnych zawieranych między zamawiającym, a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. W ocenie Izby zatem nadal w pełni aktualny i trafny pozostaje pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w sprawie sygn. akt III CZP 103/10 z 17.12.2010: Postępowanie „o udzielenie zamówienia publicznego” na gruncie ustawy, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a ustawy (w brzmieniu tego przepisu obowiązującym od 29 stycznia 2010 r., Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1778), da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych

rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu, przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa momentu zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dodatkowo teza o momencie zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z chwilą jego zawarcia znajduje oparcie w treści art. 93 ust. 1 ustawy, który nie zawiera ograniczenia czasowego jego stosowania, a wprost w pkt. 4 wskazuje, że unieważnienie postępowania następuje po wyborze oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy cena tej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i gdy zamawiający zwiększyć tej kwoty nie może. Również o dokonywaniu przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania po wyborze oferty najkorzystniejszej świadczy powoływany już art. 94 ust. 3 ustawy, który również wprost wskazuje na unieważnienie postępowania po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Powyższe okoliczności w ocenie Izby jednoznacznie wskazują na to, że w sposób logiczny nie da się utrzymać na gruncie ustawy tezy odwołującego, że zamawiający nie może dokonywać czynności innych niż zawarcie umowy, po wyborze oferty najkorzystniejszej, o ile obowiązek dokonania takich czynności nie został nałożony na zamawiającego, w skutek wzruszenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w wyniku wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Postępowanie o zamówienie publiczne kończy się zatem w dwojaki sposób, albo przez zawarcie zamówienia publicznego, które realizuje cel ustawy, albo przez unieważnienie postępowania, w sytuacji, gdy ten cel nie może zostać osiągnięty. Przyznanie zamawiającemu prawa do korzystania z uprawnienia wynikającego z art. 93 ustawy w odniesieniu jedynie do poszczególnych czynności zamawiającego w tym postępowaniu, pozostaje zgodne z celem tego postępowania tj. zawarciem zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 1 ustawy ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych i całe postępowanie ma zgodnie z art. 2 ust. 7a ustawy prowadzić do zawarcia zamówienia publicznego, a nadto z mocy art. 146 ustawy umowa ta ma być ważna. Jedną zaś z przesłanek nieważności zamówienia publicznego jest dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie dokonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Izba wskazuje także na treść art. 7 ust. 3 ustawy, który stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a contrario nie można udzielić zamówienia wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy. Izba zwraca również uwagę na to, że art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy stanowiący o unieważnieniu postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Treść tego przepisu wskazuje, że unieważnienie postępowania jest

możliwe z mocy tego przepisu tylko gdy wady nie można usunąć w drodze czynności zamawiającego, a wada jest tego rodzaju, że zamówienie publiczne będzie nieważne. Tym samym art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy nie może być stosowany jako przesłanka unieważnienia całego postępowania, w sytuacji gdy wada jest usuwalna, nawet gdyby umowa zawarta z taką wadą była nieważna. W tej sytuacji jedynym logicznym rozumowaniem jest dopuszczenie możliwości, że skoro zamawiający może unieważnić całe postępowanie, to tym bardziej może unieważnić pojedynczą czynność tego postępowania. Zastosowanie tego rozumowania powoduje rozwiązanie dylematu, bo unieważniając czynność zamawiający doprowadza wybór wykonawcy do stanu zgodnego z ustawą i usuwa usuwalną wadę, a jednocześnie zawiera ważną umowę. Izba zauważa zatem, że dopuszczalne jest unieważnienie poszczególnej czynności przez zamawiającego samodzielnie, a nie wyłącznie w wyniku orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Analogiczne stanowisko prezentowanej jest licznie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie wskazać można choćby na wyrok z dnia 29 lipca 2013r. sygn. akt KIO 1718/13, w którym Izba powołuje się także na inne orzeczenia Izby dotyczącej powyższej kwestii wydane począwszy od 2010r.

W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego naruszenia art. 94 ust. 1 w związku z art. 87 ust. 1 w związku z art. 91w związku z art. 2 punkt 7a ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2b i § 5 ust. 2 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) obciążając od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów uiszczanego wpisu oraz zwrot kosztów zastępstwa prawnego na posiedzeniu i rozprawie przed Izba, zgodnie z przedłożoną przez odwołującego fakturą.

Przewodniczący