Sygn. akt KIO 1740/15

WYROK

z dnia 25 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 sierpnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 14 sierpnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Świadczenie *usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na potrzeby Starostwa Powiatowego w Pszczynie* (nr postępowania IZ.272.10.2015) prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Pszczyński z siedzibą w Pszczynie** przy udziale wykonawcy: **InPost S.A. z siedzibą w Krakowie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Powiatowi Pszczyńskiemu z siedzibą w Pszczynie: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie odrzucenia oferty złożonej przez Pocztę Polską S.A. z siedzibą w Warszawie, a także powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty.**

2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego – Powiat Pszczyński z siedzibą w Pszczynie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Pocztę Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **zamawiającego – Powiatu Pszczyńskiego z siedzibą w Pszczynie** na rzecz **odwołującego – Poczty Polskiej S.A. z siedzibą**

w Warszawie kwotę **11100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Pszczyński z siedzibą w Pszczynie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp" lub „pzp"}, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego usługi pn. Świadczenie *usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na potrzeby Starostwa Powiatowego w Pszczynie* (nr postępowania IZ.272.10.2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 20 lipca 2015 r. pod poz. 107335, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.powiat.pszczyna.pl}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja", „SIWZ" lub „s.i.w.z."}.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

10 sierpnia 2015 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu – Poczcie Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Poczta Polska"} – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez InPost S.A. z siedzibą w Krakowie {dalej również: „InPost"}, a także o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

14 sierpnia 2015 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej {pismem datowanym na 13 sierpnia 2015 r.} do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, która została sporządzona zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty InPost, która została sporządzona niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego.
3. Art. 87 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie okoliczności stanowiących przyczynę odrzucenia oferty.
4. Art. 7 ust. 1 – przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego

traktowania wykonawców;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert, a w konsekwencji:

a) odrzucenia oferty złożonej przez InPos, b) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej lub c) nakazania wezwania do złożenia wyjaśnień (jeśli Izba uzna, że przed rozstrzygnięciem postępowania konieczne jest uprzednie dokonanie tej czynności).

Odwołujący następująco sprecyzował zarzuty dotyczące odrzucenia jego oferty.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Odwołujący podał, że Zamawiający w załączniku nr 2 do SIWZ (formularz ofertowy) przedstawił schemat obliczania wartości zamówienia, w którym wyszczególnił wszystkie usługi objęte zakresem przedmiotu zamówienia. W rubryce IX pn. „Inne usługi" wymieniono usługi doręczania paczek we wskazanych przedziałach wagowych.

Zdaniem Odwołującego zarówno ten wykaz, jak inne postanowienia SIWZ nie zawierały w żadnym miejscu sprecyzowania, czy usługi dotyczące paczek mają być świadczone jako usługi ekonomiczne (standardowe) czy jako usługi priorytetowe (zapewniające skrócone terminy doręczenia w stosunku do paczek ekonomicznych).

Odwołujący zrelacjonował, że w piśmie z 10 sierpnia 2015 r. Zamawiający stwierdził, że w ww. schemacie obliczania wartości zamówienia *dookreślił terminowość w zakresie realizacji zamawianych usług.* Zdaniem Zamawiającego usługi doręczania paczek pocztowych winny zostać wycenione bez opłaty priorytetowej, a nie – jak wynika to z treści oferty Odwołującego – jako usługi priorytetowe tj. zawierające tę opłatę. W konsekwencji według Zamawiającego oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i jako taka podlega odrzuceniu.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wyjaśnił w tym uzasadnieniu, w jaki sposób dokonał dookreślenia terminowości usług paczkowych.

Odwołujący zrelacjonował, że pierwotne brzmienie SIWZ nie zawierało żadnego wskazania, czy którekolwiek z zamawianych usług mają być świadczone jako usługi

standardowe (ekonomiczne) czy jako usługi priorytetowe. Dopiero w piśmie z 23 lipca 2015 r. Zamawiający – na pytanie, czy przy wycenie zwrotów przesyłek rejestrowanych (a więc nie paczek – jak zaznaczono w odwołaniu) w obrocie krajowym, wykonawcy winni wyceniać te usługi jako usługi ekonomiczne – udzielił odpowiedzi twierdzącej (odp. nr 6) i dokonał modyfikacji załącznika nr 1 („Zakres usług") oraz załącznika nr 2 do SIWZ, określając ilości przesyłek listowych, w tym zwrotów, z podziałem na przesyłki ekonomiczne i przesyłki

priorytetowe.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie dokonał takiego podziału na usługi ekonomiczne oraz priorytetowe w stosunku do usług paczkowych.

Odwołujący oświadczył, że kierując się postanowieniami SIWZ, w tym § 2 ust 9 wzoru umowy (załącznik nr 6 do SIWZ), według którego przedmiot zamówienia ma być świadczony zgodnie z ustawą Prawo pocztowe i innymi właściwymi przepisami, dokonał wyceny wskazanych usług z należytą starannością, oferując ceny w oparciu o cennik usług powszechnych obowiązujący u operatora wyznaczonego. Zaoferowanie usług paczkowych jako priorytetowe, po pierwsze – pozwalało uniknąć niedoszacowania oferty w tych pozycjach, co także mogłoby oznaczać narażenie się na zarzut rażąco niskiej ceny, a po drugie – wobec skróconych terminów doręczenia, zapewniało wyższą jakość świadczonych usług, co nie może być ocenienie jako działanie niemieszczące się w zakresie SIWZ.

Odwołujący zaznaczył, że do zaoferowanych cen za usługi pączkowe nie jest doliczana „opłata priorytetowa", jak zdaje się to rozumieć Zamawiający, gdyż jest to cena wynikająca wprost z cennika.

Według Odwołującego nie bez znaczenia jest fakt, że usługi powszechne świadczone przez Odwołującego jako operatora wyznaczonego są zwolnione z VAT na podstawie art. 43 ust 1 pkt 17 ustawo o VAT, zatem zaoferowanie usług priorytetowych nie wpłynęło znacząco na cenę całej oferty, która globalnie okazała się niższa od wybranej oferty InPost.

Odwołujący podsumował, że skoro Zamawiający w SIWZ nie określił, czy w przypadku usług pączkowych zamawia usługi ekonomiczne czy priorytetowe, mając na względzie, że takiego podziału dokonał wobec pozostałych zamawianych usług, Odwołujący mógł zakładać, że zaproponowanie usług paczkowych jako usług priorytetowych mieści się w zakresie SIWZ.

Odwołujący dodał, że obowiązkiem Zamawiającego jest jak najbardziej jasne i dokładne sformułowanie treści SIWZ. W orzecznictwie wskazuje się, że do interpretacji postanowień SIWZ stosuje sie art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, a zatem interpretacji należy dokonywać kierując sie przede wszystkim jej bezpośrednim brzmieniem i najbardziej prawdopodobnym rozumieniem przez ogół odbiorców (wyrok Izby z 14 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1648/09). Z kolei w wyroku z 20 października 2014 r. (sygn. akt: KIO 2048/14, KIO 2058/14, KIO 2060/141): *Izba zważyła, że dyrektywy wynikające z powołanego przepisu fart. 65 § 1 k.c. znajdują zastosowanie przede wszystkim do oświadczeń składanych przez wykonawcę – przykładowo przy wykładni treści pełnomocnictwa lub oświadczenia o przedłużeniu terminu związania oferta. W odniesieniu do oświadczeń*

zamawiającego co do zasady przyjmowany jest większy rygoryzm interpretacyjny, co wynika nie tylko z formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia, ale przede wszystkim z zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Postulat stwarzania na każdym etapie postępowania takich samych warunków wszystkim konkurującym wykonawcom nakazuję ocenę oświadczeń zamawiającego na podstawie ich obiektywnego znaczenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie ma prawa oceniać ofert w oderwaniu od zasad określonych w SIWZ czy w oparciu o założenia niezapisane w SIWZ. Określone w SIWZ wymagania powinny determinować badanie i ocenę ofert złożonych w postępowaniu, a Zamawiający jest nimi związany i nie może ich ignorować.

Udostępnienie SIWZ jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po

stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy. Zamawiający nie może tych warunków zmienić ani od nich odstąpić (wyrok Izby z 5 października 2012 r., sygn. akt KIO 2007/12).

{ad pkt 3 listy zarzutów}

Odwołujący stwierdził, że wprawdzie Zamawiający 30 lipca 2015 r. wzywał go do wyjaśnień w oparciu o art. 87 ust 1 pzp, jednakże było to związane z wątpliwościami Zamawiającego w zakresie zastosowanej stawki VAT.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieskorzystanie z trybu przewidzianego w art. 87 ust. 1 pzp w zakresie wyjaśnienia, czy chodzi o usługi ekonomiczne czy priorytetowe, w sytuacji gdy działania podjęte bez tych wyjaśnień spowodowały negatywne konsekwencje dla Odwołującego.

Odwołujący powołał się na to, że w wyroku z 15 lutego 2013 r. (sygn. akt KIO 214/13) Izba jednoznacznie stwierdziła, że zamawiający, u którego zrodziły się jakiekolwiek wątpliwości co do treści oferty, jest wprost zobowiązany, a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień od wykonawcy. Zamawiający nie może rezygnować z wyjaśnienia budzących wątpliwości części treści oferty, z góry zakładając, iż nic nie wniosą do dokonanej przez niego oceny bądź na pewno zmienią one jej treść. Według Odwołującego podobnie wyraziła się Izba w wyroku z 13 sierpnia 2009 r. (sygn akt KIO/ UZP 992/09), w którym skorzystanie z prawa do wyjaśnień uznano niemalże za obowiązkowe. Zdaniem Odwołującego Izba słusznie zauważyła, że ewentualne próby zmiany treści oferty podjęte przez wykonawcę w wyjaśnieniach (cena, przedmiot, warunki realizacji itp.) należy uznać za bezskuteczne.

Reasumując, Odwołujący stanął na stanowisku, że winien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaproponowanych cen za usługi paczkowe, z uwzględnieniem, czy są to usługi ekonomiczne czy priorytetowe. W przypadku

potwierdzenia niezaistnienia okoliczności przywołanych jako przyczyny odrzucenia jego oferty, co według Odwołującego uznać należy za wysoce prawdopodobne, złożone wyjaśnienia w konsekwencji winny skutkować wyborem oferty Odwołującego.

{ad pkt 2 listy zarzutów}

Odwołujący sprecyzował również obszernie w odwołaniu {pkt III uzasadnienia, str. od 5 do 11} zarzuty dotyczące oferty InPost, które podsumował następująco: oferta In Post winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż oferta ta, w tym jej cena, nie obejmuje całego zakresu przedmiotu zamówienia, a wykonanie zamówienia przez InPost przy pomocy operatora wyznaczonego nie będzie mogło zostać zrealizowane w sposób zapewniający realizację potrzeb Zamawiającego oraz zachowanie warunków realizacji zamówienia wynikających z SIWZ, w tym nadawania przesyłek w sposób zgodny z ustawą Prawo pocztowe.

Na skutek przekazania przez Zamawiającego 17 sierpnia 2015 r. drogą elektroniczną kopii odwołania, 17 sierpnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez InPost S.A. z siedzibą w Krakowie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania, a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

25 sierpnia 2015 r. Zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołanie (pismo datowane na 24 sierpnia 2015 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający podniósł, że w załączniku nr 1 do SIWZ szczegółowo określił zakres usług będących przedmiotem zamówienia. Dodatkowo w załączniku nr 2 do SIWZ, stanowiącym formularz ofertowy, określił schemat obliczenia wartości zamówienia, który był dla wykonawców wiążący jeśli chodzi o sposób obliczenia ceny.

Zamawiający zrelacjonował, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wykonawcy byli zobowiązani wycenić realizację następujących usług (pkt IX inne usługi): 1) paczki

pocztowe w obrocie krajowym ponad 1 kg do 2 kg, 2) paczki pocztowe w obrocie krajowym ponad 2 kg do 5 kg, 3) paczki pocztowe w obrocie krajowym ponad 2 kg do 5 kg

z potwierdzeniem odbioru.

Zdaniem Zamawiającego Poczta Polska zamiast powyższych usług zaoferowała usługi, które nie są zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Zamawiający oświadczył, że nie podważa dopuszczalności zwolnienia usług powszechnych oferowanych przez Pocztę Polską z podatku VAT. Zauważył jednak, że Poczta Polska ma obowiązek w stosunku do powszechnych usług pocztowych stosować stawki cenowe określone w cenniku usług powszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym. Zdaniem Zamawiającego Poczta Polska zastosowała takie stawki co do usług zawartych w pkt od I do VIII schematu obliczenia wartości zamówienia, z wyjątkiem pozycji innych usług z pkt IX.

Po pierwsze – zamiast usługi paczki pocztowej z obrocie krajowym ponad 1 kg do 2 kg, Poczta Polska zaoferowała usługę paczki pocztowej w obrocie krajowym ponad 1 kg do 2 kg wraz z opłatą prowizyjną, gdyż cena 13 zł zgodnie z cennikiem usług powszechnych odpowiada usłudze paczki pocztowej priorytetowej, a usługa paczki zwykłej kosztuje według tego cennika 11 zł.

Po drugie – podobnie zamiast paczki pocztowej w obrocie krajowym ponad 2 kg do 5 kg, Poczta Polska zaoferowała tę usługę wraz z opłatą prowizyjną, gdyż cena 14,50 zł odpowiada usłudze paczki pocztowej priorytetowej, a cena usługi wymaganej przez Zamawiającego według cennika usług powszechnych wynosi 13 zł.

Po trzecie – jeśli chodzi o usługę paczki pocztowej w obrocie krajowym ponad 2 kg do 5 kg z potwierdzeniem odbioru, Poczta Polska podała kwotę 20,50 zł, mimo że według cennika usług powszechnych cena za tę usługę powinna wynosić 13 zł, plus koszt usługi komplementarnej ZPO tj. 1,90 zł, zatem całkowita cena tej usługi winna wynosić 14,90 zł. Zastosowana cena 20,50 zł odpowiada w cenniku usług powszechnych usłudze paczek pocztowych priorytetowych w przedziale wagowym ponad 5 kg do 10 kg, ale bez zwrotnego potwierdzenia odbioru (Zamawiający powołał się na to, że jest to okoliczność przyznana przez Odwołującego w piśmie z 3 sierpnia 2015 r.)

Zamawiający następująco podsumował swoje stanowisko. Poczta Polska w stosunku do usług powszechnych zaoferowała błędne ceny, gdyż nie odpowiadają one cenom wynikającym z wiążącego Pocztę Polską cennika usług powszechnych. Wycenia dokonana przez Odwołującego dotyczyła usług niebędących przedmiotem postępowania przez Zamawiającego. Odwołujący bezpodstawnie przetargowego, niewymaganych zaoferował usługi priorytetowe, mimo iż Zamawiający wymagał usługi zwykłej, bez dodatkowej opłaty priorytetowej. Zatem oferta Odwołującego jako nieodpowiadająca treści SIWZ słusznie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp została odrzucona.

Niezależnie od powyższego według Zamawiającego gdyby hipotetycznie przyjąć, że Poczta Polska powyższe usługi uznała za niepowszechne – co według Zamawiającego jest sprzeczne z normą art. 45 ustawy Prawo pocztowe – co skutkowało przedstawieniem innych cen niż ujęte w cenniku usług powszechnych, w takim przypadku powinna doliczyć do zaoferowanej ceny podatek VAT według stawki 23%. Zamawiający wywiódł, że niedoliczenie podatku według tej stawki należy uznać za błąd w obliczeniu ceny oferty, skutkujący odrzuceniem oferty zgodnie z normą art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp {w tym zakresie odpowiedź na odwołanie zawiera dalszy wywód}.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Również na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego nie został złożony wniosek

o odrzucenie odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa – w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Poczty Polskiej – została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Natomiast Izba nie skierowała do rozpoznania na rozprawie następujących zarzutów: po pierwsze – zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty InPost, po drugie – zarzutów dotyczących innych podstaw odrzucenia oferty Odwołującego niż wskazane w zawiadomieniu o odrzuceniu jego oferty, gdyż nie podlegają one kognicji Izby.

Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty InPost nie podlegają rozpoznaniu na mocy art. 180 ust. 2 pzp. Zgodnie z tym przepisem jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czterech enumeratywnie wymienionych czynności, w tym dwóch na etapie postępowania po złożeniu ofert: wykluczenia odwołującego z postępowania {pkt 3} i odrzucenia oferty odwołującego {pkt 4}. Innymi słowy w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych spośród czynności zamawiającego wykonawca może kwestionować wyłącznie czynności, które eliminują go z postępowania. Natomiast nie może zakwestionować czynności zamawiającego lub zaniechania czynności przez zamawiającego względem innych wykonawców.

Ponieważ wartość przedmiotowego zamówienia kształtuje się poniżej tzw. progów unijnych, co było okolicznością bezsporną, a Odwołujący uiścił wpis adekwatny dla takiej wartości zamówienia, spośród zarzutów zawartych w odwołaniu rozpoznaniu podlegały wyłącznie zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego.

Z kolei podnoszone przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie {a także przez Przystępującego w swoim piśmie w niemal identyczny sposób} okoliczności wskazujące na zaistnienie podstaw do odrzucenia oferty Poczty Polskiej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp, z uwagi na błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowanie błędnej stawki VAT, nie podlegają rozpoznaniu na mocy art. 192 ust. 7 ustawy pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Ponieważ podstawą czynności, od której zostało wniesione odwołanie, nie były okoliczności dotyczące wystąpienia w ofercie Poczty Polskiej takiego błędu w obliczeniu ceny, na co wskazuje zarówno podane uzasadnienie faktyczne, jak i podana podstawa prawna, Odwołujący nie mógł wnieść odwołania w tym zakresie. Jeżeli Zamawiający zamierzał odrzucić ofertę Poczty Polskiej na tej podstawie, winien był uzewnętrznić taką decyzję w zawiadomieniu z 10 sierpnia 2015 r., gdyż bez tego czynność ta w ogóle nie zaistniała w obrocie. W konsekwencji późniejsze powoływanie się w toku postępowania odwoławczego na inne podstawy odrzucenia oferty Odwołującego nie powoduje, że podlegają one rozpoznaniu w ramach odwołania od czynności, która faktycznie została podjęta przez Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia oraz piśmie Przystępującego z 25 sierpnia 2015 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, która w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert mogłaby być uznana

za najkorzystniejszą. Kwestionując odrzucenie swojej oferty, Odwołujący wykazał że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż pozbawiony został w ten sposób możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Natomiast Odwołujący nie ma legitymacji w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp do podnoszenia zarzutów dotyczących oferty InPost, gdyż zaniechanie odrzucenia tej oferty, która jak sam przyznaje Odwołujący powinna być sklasyfikowana na drugim miejscu, jest obojętne z punktu widzenia możliwości uzyskania przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia, w sytuacji gdyby jego oferta nie została odrzucona.

Izba stwierdziła, że okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania zasadniczo adekwatnie opisane w odwołaniu {z zastrzeżeniem wyszczególnionym poniżej}.

Uzupełniająco i podsumowująco, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych na potrzeby Powiatu Pszczyńskiego – Starostwa Powiatowego w Pszczynie w zakresie przyjmowania, przemieszczania przesyłek pocztowych, w tym doręczeń wynikających z Kodeksu postępowania administracyjnego i Ordynacji podatkowej, oraz ich ewentualnych zwrotów, w obrocie krajowym i zagranicznym. W zakresie szczegółowego zakresu usługi odesłano do załącznika nr 1 do s.i.w.z. pn. Zakres usługi {rozdział III pkt 1 s.i.w.z.}.

Załącznik ten zawiera tabelę wyszczególniającą w IX punktach „rodzaj przesyłki dla gabarytu A", przy czym pkt od I do VIII dotyczą przesyłek listowych w podziale na przesyłki o różnych zakresach wagowych (pkt IV obejmuje również odrębną kategorię zwrotów przesyłek), a pkt IX „Innych usług", w ramach których wyszczególniono trzy rodzaje paczek pocztowych w obrocie krajowym {w taki sposób, jak to opisano w odpowiedzi na odwołanie}. Dla każdego rodzaju podano szacowaną liczbę przesyłek w okresie trwania umowy.

Analogiczną tabelę pn. Schemat obliczenia wartości zamówienia zamieszczono w formularzu ofertowym (załącznik nr 2 do s.i.w.z.), gdzie dodatkowo przygotowano do wypełnienia dwie kolumny na wpisanie ceny jednostkowej netto i wartości netto, a także wiersze na wpisanie w podsumowaniu ogółem wartości netto, wartości podatku VAT i ogółem wartości brutto. W rozdziale XVI s.i.w.z. zawarto opis sposobu obliczenia ceny, z którego wynika, że cenę za realizację całego zamówienia należy wyliczyć na podstawie tego schematu {pkt 2}, przy czym nie należy dokonywać zmian liczby przesyłek oraz opisu

poszczególnych pozycji przesyłek {pkt 5}.

Sprecyzowanie rodzajów przesyłek listowych z pkt II, V - VIII obejmuje określenie „priorytetowe". Ponadto określenie to pojawiło się {zmiany załączników nr 1 i 2 do s.i.w.z. z 23 lipca 2015 r. wprowadzone w odpowiedzi na pyt. nr 6} w odniesieniu do jednego z rodzajów zwrotów przesyłek wyszczególnionych w pkt IV, w opozycji do określenia „ekonomiczne" dla innego rodzaju zwrotów przesyłek.

Poza wyszczególnieniem nazw rodzajów przesyłek i paczek oraz podaniem ich liczby załączniki nr 1 i 2 do s.i.w.z. nie zawierają innych informacji uszczegółowiających opis przedmiotu zamówienia.

Natomiast takie uszczegółowienie zawarto w rozdziale III s.i.w.z. W szczególności w pkt 2 lit. f zdefiniowano, co należy rozumieć przez przesyłki pocztowe będące przedmiotem zamówienia, określane jako „zwykłe", „zwykłe priorytetowe", „polecone", „polecone priorytetowe", „polecone za zwrotnym potwierdzeniem odbioru (ZPO)", „polecone priorytetowe za zwrotnym potwierdzeniem odbioru (ZPO)", które to określenia pojawiają się w nazwach rodzajów przesyłek listowych z pkt I - VIII załączników nr 1 i 2 do s.i.w.z. Również wskazanie, że wszystkie przesyłki objęte przedmiotem zamówienia mieszczą się gabarycie A, z uwagi na podane tam wymiary minimalne i maksymalne, odnoszą się do przesyłek listowych.

W specyfikacji nie określono dla żadnego z trzech rodzajów paczek pocztowych wymagań odnośnie terminowości ich doręczenia.

Przewidywany łączny wolumen przesyłek pocztowych objętych przedmiotem zamówienia wynosi 47080 szt., w tym przewidywana łączna liczba paczek pocztowych wynosi 16 {rozdział III pkt 1 s.i.w.z. w zestawieniu z pkt IX załączników nr 1 i 2 do s.i.w.z.}.

Oferta złożona przez Pocztę Polską zawiera wypełniony formularz ofertowy, w tym wypełnioną tabelę schematu obliczenia wartości zamówienia, w której nie wprowadzono zmian w zakresie liczby przesyłek oraz opisu poszczególnych rodzajów przesyłek.

29 lipca 2015 r. InPost przesłał Zamawiającemu pismo, w którym domagał się odrzucenia oferty Poczty Polskiej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, którego nie można usunąć w trybie art. 87 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp. Argumentacja tego pisma jest identyczna jak argumentacja zawarta w odpowiedzi na odwołanie {w części rozpoczynającej się od stwierdzenia, że nie podważa się dopuszczalności zwolnienia usług powszechnych oferowanych przez Pocztę Polską z podatku VAT}. Do pisma załączono Cennik usług powszechnych w obrocie krajowym

i zagranicznym Poczty Polskiej z 7 kwietnia 2014 r., który udostępnia ona swojej stronie internetowej.

Pismem z 30 lipca 2015 r. Zamawiający wezwał Pocztę Polską w trybie art. 87 ust. 1 pzp. Zamawiający wskazał na ceny jednostkowe zaoferowane dla trzech rodzajów paczek pocztowych, a następnie sprecyzował, że wzywa – w związku z faktem zaoferowania w wybranych pozycjach formularza ofertowego usług z inną niż 23% stawką podatku VAT – do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących sposobu obliczenia ceny dla tych pozycji, w tym zastosowania stawki podatku VAT.

Pismem z 3 sierpnia 2015 r. Poczta Polska złożyła wyjaśnienia {na których wstępie zastrzegła, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji}, w których powołała się na zwolnienie podmiotowo-przedmiotowe wynikające z art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

W wyjaśnieniach tych znalazło się również stwierdzenie, że zdaniem Poczty Polskiej Zamawiający nie dookreślił terminowości w zakresie realizacji usług dotyczących paczek, stąd wyceniono dla wszystkich trzech pozycji ceny dla usług powszechnych – paczek pocztowych priorytetowych, biorąc pod uwagę charakter działalności oraz rolę jaką pełni Zamawiający.

Złożono również wyjaśnienia odnośnie rozbieżności ceny jednostkowej wskazanej dla paczek pocztowych w obrocie krajowym z potwierdzeniem odbioru o wadze ponad 2 kg do 5 kg w stosunku do odpowiedniej pozycji z cennika usług powszechnych.

Z zawiadomienia z 10 sierpnia 2015 r. wynika, że Zamawiający odrzucił ofertę Poczty Polskiej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, która miałaby polegać na tym, że według złożonej oferty i późniejszych wyjaśnień w każdej z trzech pozycji dotyczącej paczek wyceniono je wraz z opłatą priorytetową, co stanowi zaoferowanie innej usługi niż wymagał Zamawiający w s.i.w.z., dookreślając terminowość w schemacie obliczenia wartości zamówienia, przez co zgodnie z opisem zawartym w tym schemacie pozycje te należało wycenić bez opłaty priorytetowej.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2

pkt 3 pzp. Z tego ostatniego przepisu wynika, że zamawiający poprawia w ofercie inne {niż oczywiste pisarskie i rachunkowe} omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została odrzucona.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności.

Natomiast samo rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

Nie ulega również wątpliwości, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

Z kolei zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty

oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Na podstawie przywołanego przepisu zamawiający jest uprawniony do żądania wyjaśnień jeżeli ma wątpliwości co do treści oferty, których nie jest w stanie samodzielnie rozwiać. Z art. 87 ust. 1 zdanie 2 pzp wynika jedynie, że ewentualne próby zmiany przez wykonawcę treści oferty w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne (nieważne). Taki pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza między innymi w następujących wyrokach: z 13 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 992/09) i 5 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 616/11). W tym ostatnim orzeczeniu oraz w wyroku z 18 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 731/11) wyrażono również słuszny pogląd, że dla oceny prawidłowości skorzystania przez zamawiającego z instytucji przewidzianej w art. 87 ust. 1 pzp istotne jest, czy w ofercie znajdował się konkretny punkt zaczepienia dla dokonanego wezwania, pozwalający na stwierdzenie, że mamy do czynienia z wyjaśnianiem treści informacji już w niej zawartych.

Izba stwierdziła, że Odwołujący słusznie domaga się uchylenia decyzji o odrzuceniu jego oferty, gdyż Zamawiający bezpodstawnie stwierdził niezgodność treści oferty Poczty Polskiej w zakresie usług dotyczących paczek pocztowych z treścią s.i.w.z., która miałaby polegać na tym, że zaoferowano ich doręczanie jako paczek priorytetowych, a Zamawiający oczekiwał ich doręczania jako paczek ekonomicznych, co miałoby wyrażać się w dookreśleniu w tzw. schemacie obliczenia wartości zamówienia terminowości doręczania tych paczek.

Decyzja Zamawiającego nie może się ostać, gdyż udostępniona przez niego wykonawcom s.i.w.z. nie zawiera żadnego postanowienia, z którym byłoby sprzeczne zaoferowanie w zakresie paczek pocztowych doręczania ich jako priorytetowych. W szczególności podane w załączniku nr 1 i 2 do s.i.w.z. nazwy rodzajów paczek

pocztowych nie zawierają w sobie sprecyzowania terminu doręczenia. Abstrahując od tego, że zgodnie ze swoją nazwą ze schematu tego wynika jedynie sposób dojścia od cen jednostkowych do ceny oferty, Zamawiający nie zawarł w s.i.w.z. żadnego postanowienia odnośnie oczekiwanej terminowości doręczania paczek pocztowych.

Zauważyć należy, że nawet w odniesieniu do przesyłek listowych sprecyzowanie terminowości ma charakter wyłącznie pośredni – przez użycie w ramach nazwy niektórych rodzajów przesyłek określenia „priorytetowa", co zostało objaśnione w słowniku pojęć zawartym w s.i.w.z. jako przesyłki „najszybszej kategorii". Słownik ten nie odnosił się do paczek pocztowych, podobnie jak określenie gabarytów, a ponadto odwołuje się, choć wprost tego nie wskazano, do terminów zdefiniowanych w odrębnych regulacjach.

W rzeczywistości Zamawiający posługuje się w s.i.w.z., choć nie w pełni

konsekwentnie i nie wskazując tego wprost, terminologią wprowadzoną w Regulaminie świadczenia usług powszechnych z 1 lipca 2013 r., stanowiącego załącznik nr 1 do uchwały nr 143/2013 zarządu Poczty Polskiej S.A. z 28 czerwca 2013 r. {dalej: „regulamin"} oraz Cenniku usług powszechnych w obrocie krajowym Poczty Polskiej S.A. obowiązującym od 7 kwietnia 2014 r. {dalej: „cennik"}, które są udostępniane na jej stronie internetowej.

Z regulaminu wynika w szczególności, że w ramach usług powszechnych dotyczących przesyłek pocztowych przyjmowane są przesyłki listowe oraz paczki pocztowe o określonych wymiarach {zob. § 3 otwierający dział I rozdziału 1 dotyczący wymogów ogólnych przyjmowania przesyłek pocztowych}. Zgodnie z § 5 ust. 1 regulaminu przesyłki pocztowe można nadawać w obrocie krajowym jako przesyłki najszybszej kategorii, zwane dalej „przesyłkami priorytetowymi" i przesyłki niebędące przesyłkami najszybszej kategorii, zwane dalej „przesyłkami ekonomicznymi", z uwzględnieniem wskaźników przebiegu przesyłek określonych w załączniku nr 2 do rozporządzenia {chodzi o rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego (Dz. U. poz. 545) oraz art. 178 ustawy {chodzi o ustawę z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529).

Co istotniejsze, analiza regulacji zawartych w dziale II rozdziału 2 (dotyczącym wymogów szczególnych przyjmowania przesyłek pocztowych) prowadzi do wniosku, że określenie „paczki pocztowe" używane jest zarówno w stosunku do przesyłek priorytetowych, jak i ekonomicznych {por. w szczególności § 12}. Podobnie w cenniku określenie „paczki pocztowe" {a więc określenie, którym posłużono się w pkt IX tabeli załączników nr 1 i 2 do s.i.w.z.} stanowi zbiór obejmujący zarówno paczki pocztowe ekonomiczne, jak i paczki pocztowe priorytetowe {por. rozdział IV poz. 5, który dotyczy zakresów wag paczek odpowiadających podanym w pkt IX tabel załączników nr 1 i 2 do s.i.w.z.}.

W świetle powyższego nie sposób twierdzić, że użyte w pkt IX tabel załączników nr 1 i 2 do s.i.w.z. nazwy „paczki pocztowe" odnosi się wyłącznie do paczek ekonomicznych, a nie również do paczek priorytetowych, gdyż nigdzie w s.i.w.z. Zamawiający takiego zawężenia nie wprowadził, a według przywołanych powyżej regulacji określenie „paczki pocztowe" odnosi się zarówno do ekonomicznych, jak i priorytetowych paczek pocztowych.

W przeciwieństwie do przesyłek listowych, gdzie Zamawiający wyszczególnił, które rodzaje przesyłek listowych mają charakter priorytetowy, co pozwalało na zasadzie rozumowania *a contrario* przyjąć, że pozostałe rodzaje dotyczą przesyłek listowych ekonomicznych. Jednakże dla innych usług – paczek pocztowych takiego rozróżnienia nie

dokonano. Podobnie szczegółowa regulacja zawarta w pkt 2 rozdziału III *de facto* precyzuje wymagania odnośnie przesyłek listowych. Wydaje się, że z uwagi na marginalny udział paczek pocztowych w przewidywanej skali realizacji zamówienia, Zamawiający nie przywiązywał wagi do tego, czy będą one opłacane jako ekonomiczne czy priorytetowe.

Izba potwierdza również stanowisko Odwołującego, że wedle regulaminu i cennika

Poczty Polskiej nie można mówi o tym, że za przesyłki priorytetowe doliczana jest dodatkowa opłata, gdyż po prostu inna jest stawka opłaty za przesyłki ekonomiczne i za przesyłki priorytetowe, w wysokości wynikającej z cennika.

Na marginesie Izba zauważa, że gdyby rzeczywiście według s.i.w.z. przedmiotem zamówienia w ramach innych usług są paczki ekonomiczne, przed odrzuceniem oferty Poczty Polskiej obowiązkiem Zamawiającego było zbadanie, czy stwierdzonej niezgodności nie da się usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. W szczególności biorąc pod uwagę, że z uwagi na powszechną dostępność cennika usług powszechnych Poczty Polskiej, Zamawiający byłby w stanie bez trudu dokonać stosownego poprawienia, które spowodowałoby nieistotną pod względem rzeczowym i wartościowym zmianę treści oferty. Wreszcie nie sposób dopatrywać się tu zagrożenia dla zakazów wynikających z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp, skoro bezsporne było, że Poczta Polska występowała w tym postępowaniu jako operator wyznaczony w rozumieniu ustawy – Prawo pocztowe, a przyjmowanie, sortowanie, przemieszczanie i doręczanie paczek pocztowych na rzecz Zamawiającego miałoby charakter świadczenia usług powszechnych, a więc na warunkach wynikających z przywołanych powyżej regulacji, które są powszechnie dostępne i nie podlegają indywidualnym negocjacjom.

Ponadto odnotować należy, że podniesiona w odpowiedzi na odwołanie okoliczność, że cena jednostkowa podana dla ostatniego z rodzajów paczek pocztowych nie odpowiada opłatom wynikającym z cennika usług powszechnych, choć była Zamawiającemu znana w toku badania oferty, jednak nie została podana w zawiadomieniu jako powód odrzucenia oferty {a nawet nie została wspomniana}. Zamawiający nie powinien w tym zakresie kierować się sugestiami żadnego z konkurujących ze sobą Wykonawców, a obiektywnie rozważyć możliwości, jakie stwarza w tym zakresie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, nie zapominając, że zastosowanie tego przepisu ma charakter obligatoryjny.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając

na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 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 Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono w wysokości 3600 zł, na podstawie faktury złożonej do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: ……