

WYROK
z dnia 11 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Justyna Tomkowska
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **09 grudnia 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 listopada 2014 r.** przez **Poczta Polska S.A , ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **InPost Sp. z o.o., ul. Malborska 130, 30-624 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie:

- a) nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ramach Zamawiającemu ponowne zweryfikowanie której nakazuje prawidłowości czynności badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy **InPost Sp. z o.o.** w części dotyczącej Formularza cenowego – zał. nr 1a do SIWZ i uznanie, że wykonawca nie miał podstaw do dokonania takiego zastrzeżenia w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp,
- b) w pozostałych zarzutach nie stwierdza naruszenia przepisów ustawy Pzp,

2. kosztami postępowania obciąża Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa i:

1

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Poczta Polska S.A , ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa** na rzecz **Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa** która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu wliczonego w poczet kosztów postępowania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2498/14

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla Jednostek Administracji Państwowej” (Nr zamówienia 2014/9), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 198-349989 z dnia 15.10.2014 r., przez Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 17.11.2014 r. (protokół) Zamawiający poinformował o odmowie ujawnienia części oferty InPost Sp. z o.o., a w dniu 18.11.2014 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej InPost Sp. z o.o., ul. Malborska 130, 30-624 Kraków zwany dalej: „InPost Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”, drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma: Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa zwana dalej: „Poczta Polska S.A.” albo „Odwołującym”.

W dniu 27.11.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Poczta Polska S.A. wniosło odwołanie na w/w czynności i zaniechania. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 27.11.2014 r. (e-mailem). Odwołanie zostało wniesione na:

1. odmowę ujawnienia oferty wykonawcy InPost Sp. z o.o.;
2. dokonaniu przez Zamawiającego wyboru oferty jako najkorzystniejszej w warunkach niespełniających wymogów poszanowania zasady równouprawnienia wykonawców oraz uczciwej konkurencji,
3. dokonaniu przez Zamawiającego wyboru oferty jako najkorzystniejszej pomimo, iż In Post Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z postępowania;
4. braku wykluczenia z postępowania In Post Sp. z o.o., pomimo że złożył on nieprawdziwe oświadczenie mające wpływ na wynik postępowania i nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił naruszenie:

art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 - sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 - z późn. zm., dalej: „z.n.k.u.”), poprzez bezzasadną odmowę ujawnienia Oferty wykonawcy InPost Sp. z o.o. w odniesieniu do dokumentacji i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wykazujących podstawę obliczenia ceny ofertowej, czyli wykazu doświadczenia, placówek, dokumentów potwierdzających posiadanie zdolności finansowej i ekonomicznej oraz formularza cenowego, pomimo że nie stanowią one

3

tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu z.n.k.u.;

art. 86 ust. 4 Pzp, poprzez odmowę ujawnienia oferty w zakresie formularza cenowego, - pomimo, iż zgodnie z Pzp cena i ceny jednostkowe zaproponowane przez wykonawcę powinny mieć charakter jawny;

art. 7 ust. 1 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty w warunkach - niezapewniających zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w sytuacji, gdy oferta jednego z wykonawców nie została ujawniona w odniesieniu do wykazania warunków udziału w postępowaniu, a także kryterium oceny ofert, przy czym jednocześnie z ogłoszenia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynikało, że oferta ta przynajmniej w odniesieniu do obliczenia ceny ofertowej zawierała w części nieujawnionej błędy, które wpływały na cenę końcową, w konsekwencji kontroferenci nie mieli możliwości zapoznania się z istotnymi postanowieniami oferty i wniesienia uwag lub zarzutów;

art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez brak wykluczenia z przetargu wykonawcy InPost Sp. - z o.o., pomimo że złożył on nieprawdziwe oświadczenie celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez brak wykluczenia - z przetargu wykonawcy InPost Sp. z o.o. pomimo iż nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 125 ust. 1 ustawy -

Prawo Pocztowe w zw. z art. 81 i nast. ustawy Prawo Pocztowe oraz aktami wykonawczymi do tych przepisów, poprzez brak wykluczenia z przetargu wykonawcy InPost Sp. z o.o., pomimo iż wykonawca ten nie spełnia wynikających z ustawy wymogów dotyczących obowiązków operatorów pocztowych związanych z bezpieczeństwem i obronnością, co skutkować powinno odebraniem wskazanemu wykonawcy prawa do prowadzenia działalności pocztowej, a w konsekwencji posługiwanie się przez wskazanego wykonawcę dokumentem potwierdzającym wpis do rejestru operatorów pocztowych nie jest uprawnione;

z ostrożności procesowej działaniom Zamawiającemu także naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania InPost Sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu placówek, pomimo że InPost Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku postawionego przez Zamawiającego. W związku z powyższym wnosił o: 1. uwzględnienie odwołania, 2. nakazanie Zamawiającemu: a. odstąpienia oferty; b. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; c. powtórzenia czynności badania i oceny ofert; d. wykluczenia wykonawcy InPost Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenia jego oferty; 2. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wedle norm przepisanych.

Odnosnie odmowy ujawnienia części oferty. Zamawiający, na wniosek wykonawcy InPost Sp. z o.o. odmówił ujawnienia oferty w zakresie oświadczeń i dokumentacji

4

potwierdzających spełnianie przez InPost warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz sytuacji finansowej i ekonomicznej. Zamawiający odmówił ponadto ujawnienia formularza cenowego zawartego w ofercie, a stanowiącego podstawę dla obliczenia ceny ofertowej. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp Zamawiający nie powinien ujawniać jedynie tych informacji zawartych w ofertach wykonawców, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu z.n.k.u. Natomiast art. 11 ust. 4 z.n.k.u. stanowi: przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nie ujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zatem aby określona informacja uzyskała status „tajemnicy przedsiębiorstwa” musi spełniać łącznie następujące przesłanki (wyrok SN z dnia 3.10.2000 r., sygn. akt: ICKN 304/00):

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub posiadający wartość gospodarczą;
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej;
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zastrzeżenie poufności tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania, powinien być dopuszczany w ściśle określonych ustawą przypadkach, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność odmowy ujawnienia oferty. Ciężar dowodu, że dana, zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Jak wskazuje jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zwanej dalej: „KIO”, Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony. Brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień przemawia za stwierdzeniem niezasadności dokonanego zastrzeżenia, co zostało wprost stwierdzone w orzecznictwie KIO. Wskazał na wyrok KIO z 7.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1529/14 oraz wyrok z 29.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1511/11. Przywołał także wyrok SN z 21.10.2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05. W odniesieniu do wykazu doświadczenia wskazał na wyrok KIO z 13.04.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 528/10 oraz wyrok z dnia 26.04.2012 r., sygn. akt: KIO 776/12. Nadto, stwierdził, że zasadność i cel zastrzeżenia ww. dokumentów również budzić wątpliwości ze względu na fakt, że podmiotem składającym ofertę w w/w postępowaniu jest spółka wpisana do Rejestru Przedsiębiorców - prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla

5

Krakowa-Śródmieście w Krakowie XI Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego - pod numerem KRS: 0000442032 (NIP: 6793087624 oraz REGON: 122726260), wpisana ponadto do Rejestru Operatorów Poczтовых prowadzonym przez Urząd Komunikacji Elektronicznej pod numerem B-00520. Rzeczona spółka została zarejestrowana w Rejestrze Przedsiębiorców w dniu 28 listopada 2012 r. i funkcjonowała pierwotnie pod firmą: „Nowoczesne Usługi Pocztowe sp. z o.o.”. Zmiana umowy spółki, przewidująca m.in. zmianę firmy na obecnie stosowaną - tj. „InPost sp. z o.o.” - nastąpiła z chwilą wpisu w Rejestrze Przedsiębiorców dopiero w dniu 2 czerwca 2014 r. Jednocześnie, do dnia 2 czerwca 2014 r., pod firmą „InPost sp. z o.o.” działała spółka wpisana do Rejestru Przedsiębiorców - prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie XI Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego - pod numerem KRS: 0000255841 (NIP: 6792895061 oraz REGON: 120246484), wpisana ponadto do Rejestru Operatorów Poczтовых prowadzonym przez Urząd Komunikacji Elektronicznej pod numerem B-00155. Rzeczona spółka została zarejestrowana w Rejestrze Przedsiębiorców w dniu 27 kwietnia 2006 r. Zmiana umowy spółki, przewidująca m.in. zmianę firmy na obecnie stosowaną - tj. „InPost Paczkomaty sp. z o.o.” - nastąpiła z chwilą wpisu w Rejestrze Przedsiębiorców dopiero w dniu 2 czerwca 2014 r. Tym samym, w dniu 2 czerwca 2014 r. spółka o nr KRS 0000442032 „przejęła” od spółki o nr KRS 0000255841 firmę „InPost sp. z o.o.”. Wszelkie odniesienia do spółki InPost sp. z o.o., poczynione przed tą datą, odnoszą się więc do spółki o nr KRS 0000255841 (działającej obecnie pod firmą „InPost Paczkomaty sp. z o.o.”), a nie do spółki o nr KRS 0000442032, działającej pierwotnie pod firmą: „Nowoczesne Usługi Pocztowe sp. z o.o.”. Podmiot działający pod firmą „InPost sp. z o.o.” nie jest więc tym samym podmiotem, który działał pod tą firmą do dnia 2 czerwca 2014 r. Nie jest więc zasadnym posługiwanie się przez ten podmiot referencjami wystawionymi w odniesieniu do usług wykonywanych przez innego wykonawcę. W tym stanie rzeczy zastrzeżenie wykazu doświadczenia wraz z referencjami utrudnia innym wykonawcom dokonanie badania oferty wykonawcy InPost Sp. z o.o. w powyższym zakresie, co w kontekście przedstawionych wyżej informacji może mieć wpływ na wynik postępowania. Z dokumentacji przetargowej nie wynika, by wykonawca InPost Sp. z o.o. przedstawił wystarczające uzasadnienie dla potwierdzenia zasadności zastrzeżenia znaczącej części Oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie zgodnie z orzecznictwem KIO ciężar wykazania, że odmowa ujawnienia części informacji zawartych w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa InPost było zasadne, spoczywał na samym wykonawcy i nie może on być przerzucony na Odwołującego w postępowaniu odwoławczym. Przywołał wyrok KIO z 26.02.2013 r., sygn. akt: KIO 297/13, KIO 300/13. W konsekwencji w braku wykazania przez InPost Sp. z o.o. zasadności zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający winien był ujawnić jej treść. Ciężar wykazania jakoby informacje zastrzeżone stanowiły tajemnicę

6

przedsiębiorstwa obciążał InPost Sp. z o.o. W orzecznictwie KIO w sposób wyraźny przyjmuje się zaś, że dla podolania takiemu ciężarowi konieczne jest przedstawienie dokładnych i wyczerpujących wyjaśnień, nie zaś ogólnikowych niczym nieopartych twierdzeń.

Odnosnie odmowy ujawnienia formularza cenowego. Zamawiający odmówił ujawnienia treści oferty m.in. także w odniesieniu do formularza cenowego. W przypadku odmowy ujawnienia tego elementu oferty działanie Zamawiającego narusza nie tylko art. 8 ust. 3 Pzp zgodnie z uwagami poczynionymi powyżej, ale także art. 86 ust. 4 Pzp. Formularz cenowy zawiera, bowiem zestawienie cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawcę i stanowi podstawę dla ustalenia prawidłowości obliczenia całkowitej ceny oferty. Co więcej to na podstawie informacji zawartych w formularzu cenowy kontroferenci mają możliwość weryfikowania, czy dana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z tego powodu ustawodawca w sposób wyraźny wyłączył możliwość odmowy ujawnienia oferty wykonawcy w odniesieniu do ceny. W świetle orzecznictwa KIO nie jest zasadną odmowa ujawnienia tylko całkowitej ceny oferty, ale także cen jednostkowych. Wskazał na wyrok KIO z 3.02.2014 r., sygn. akt: KIO 77/14 oraz na wyrok z 2.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2009/13. Linia orzecznicza KIO oraz przepisy ustawy są w tym zakresie jednoznaczne. Nie jest możliwe skuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa tej części oferty, która zawiera informację o cenach jednostkowych zaoferowanych przez wykonawcę. Przyjęcie odmiennej wykładni przepisów prowadziłoby do sytuacji, w której w ogóle nie byłoby możliwym weryfikowanie prawidłowości ofert składanych przez wykonawców

konkurencyjnych przez innych wykonawców. W konsekwencji w sposób praktyczny uniemożliwiano by wykonawcom składanie odwołań w przypadku nieprawidłowego wyboru oferty konkurenta. Nie mając żadnej informacji o treści wybranej oferty inny wykonawca nie mógł by bowiem odnieść się do jej prawidłowości. W niniejszym postępowaniu wykonawcy uzupełniali Formularz cenowy wyłącznie o dane stanowiące cenę usługi, przy czym nie podawali jakichkolwiek dodatkowych informacji o charakterze technicznym, organizacyjnym, czy też posiadających wartość gospodarczą. Ponadto formularz cenowy będzie stanowił załącznik do umowy, a więc zostanie ujawniony, informacje w nim zawarte nie mogą więc stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż w zamierzeniu wykonawcy mają zostać ujawnione. Powyższy pogląd jest powszechnie podzielany na gruncie orzecznictwa. Wskazał na wyrok KIO z dnia 22.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1384/14 oraz wyroku KIO z 12.06.2014 r., sygn. akt: KIO 1096/14. Podkreślił, że umowa zawarta w wyniku przedmiotowego postępowania będzie jawna na zasadzie dostępu do informacji publicznych, przy czym ujawnieniu w tym trybie będzie podlegał również formularz cenowy, jako element integralnie z umową związany. Stanowisko powyższe stanowi ugruntowany pogląd w orzecznictwie, w związku z czym - wobec faktu, że realia przedmiotowego postępowania są tożsame

7

z każdym ze stanów faktycznych leżących u podstaw ww. orzeczeń - brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania Formularza cenowego złożonego przez wykonawcę InPost Sp. z o.o. za tajemnicę przedsiębiorstwa tej spółki. Wspomniał, że ocena zasadności zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na Zamawiającym, który w przypadku bezzasadności zastrzeżenia obowiązany jest do ich odtajnienia. Obowiązek powyższy warunkuje prawidłowy przebieg postępowania, z zachowaniem kluczowych zasad prawa zamówień publicznych, w tym równego traktowania wykonawców, jawności postępowania oraz uczciwej konkurencji, które to zasady, wobec braku odtajnienia wskazanego dokumentu, niewątpliwie doznają uszczerbku. Powyższe jest widoczne w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający w dniu 18.11.2014 r. dokonał wyboru najkorzystniejszych ofert stwierdzając jednocześnie, że oferta wybranego wykonawcy - InPost Sp. z o.o. zawierała błędy w obliczeniu ceny, które Zamawiający zakwalifikował jako oczywiste omyłki rachunkowe. W braku informacji o treści formularza cenowego załączonego do oferty nie jest możliwe zweryfikowanie, czy działania Zamawiającego były prawidłowe. Przy czym należy zauważyć, że co do zasady błąd w obliczeniu ceny powinien zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp skutkować odrzuceniem oferty, a możliwość dokonania korekty oferty przez Zamawiającego dotyczy jedynie oczywistych omyłek rachunkowych (art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp). Nie znając treści oferty, w tym formularza cenowego Odwołując nie może również zweryfikować, czy Zamawiający w sposób prawidłowy wykonał obliczenia i czy prawidłowo obliczył cenę zawartą w ofercie.

Odnosnie dokonania wyboru oferty w warunkach niekonkurencyjnych. W dniu 18.11.2014 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty InPost Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Natomiast dzień wcześniej Odwołujący powziął informację o odmowie ujawnienia znacznej części oferty. Przywołał orzeczenie z dnia 21.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1195/11. Dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, w sytuacji, gdy oferta ta nie została ujawniona zarówno w odniesieniu do sposobu ustalenia ceny stanowiącej jedyne kryterium oceny ofert, jak również w odniesieniu do spełniania wszystkich warunków udziału w postępowaniu jest działaniem wprost uniemożliwiającym w sposób praktyczny kwestionowanie przez innych wykonawców zasadności wyboru oferty InPost Sp. z o.o. Zamawiający uniemożliwił, w sposób sprzeczny z art. 8 ust. 1 i 3 oraz art. 86 ust. 4 Pzp, zapoznanie się kontroferentom z istotnymi elementami oferty InPost Sp. z o.o. W praktyce w przypadku zaskarżenia przez nich odmowy ujawnienia oferty, w dacie wydania stosownego orzeczenia przez KIO upłynąłby już wskazany w art. 183 ust. 1 pkt 1 Pzp termin na zaskarżenie wyboru oferty InPost Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w sytuacji, gdy została ona w znacznej i to istotnej części nieujawniona narusza więc prawo innych wykonawców do kwestionowania zasadności dokonanego wyboru. Tym samym działanie Zamawiającego stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego

8

traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający swoimi działaniami w praktyce odebrał Odwołującemu uprawnienie do wniesienia merytorycznego odwołania na

wybór najkorzystniejszej oferty. Naruszenie uprawnień Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia jest o tyle wyraźne, że zgodnie z przedstawionymi powyżej uwagami wątpliwości budzi zarówno poprawność obliczenia ceny przez wykonawcę (cena ta była korygowana przez Zamawiającego), jak i poprawność posługiwania się referencjami przez wykonawcę InPost (wobec przekształceń podmiotowych firmą „InPost sp. z o.o.” posługuję się obecnie podmiot, który do 2 czerwca 2014 r. działał pod firmą „Nowoczesne Usługi Pocztowe sp. z o.o.”). Zasadnym jest więc wniosek o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia dokonanego wyboru i ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w warunkach gwarantujących zachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz zapewniających równe traktowanie wszystkich wykonawców. W przedmiotowej sprawie dla ziszczenia się powyższych warunków konieczne będzie odtajnienie oferty InPost Sp. z o.o. Co więcej jak zostanie wskazane powyżej wykonawca InPost Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona. Tym samym czynności wyboru najkorzystniejszej oferty była niewątpliwie wadliwa także w kontekście art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp

Odnosnie wykluczenia InPost Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu. Zgodnie z treścią Załącznika nr 3 do SIWZ, który, po wypełnieniu go przez Wykonawcę, powinien zostać dołączony do składanej oferty każdy wykonawca powinien złożyć oświadczenie o następującej treści: „*Oświadczamy, iż wszystkie placówki wskazane przez nas powyżej są przystosowane do obsługi i ruchu osób niepełnosprawnych lub zapewniają obsługę osób niepełnosprawnych, a tym samym spełniają warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale IV podrozdziale I pkt 1 ppkt 2 lit. c) SIWZ*”. Załącznik nr 3 do SIWZ służył, więc wykazaniu spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności technicznej. W treści Załącznika nr 3 zawarte zostało zaś oświadczenie, iż wszystkie wymienione w nim placówki spełniają wymagania Zamawiającego. W się czasem i trybem oświadczeniu posłużono teraźniejszym oznajmującym spełnienie wymagań Zamawiającego powinno nastąpić więc w dacie złożenia stosownego oświadczenia. Przeprowadzona przez Odwołującego analiza sieci placówek InPost wskazuje jednak, że wykonawca ten nie dysponuje wymaganą przez Zamawiającego siecią placówek. Stwierdzone braki dotyczą:

- a) gmin Suraz, Kowalewo Pomorskie, Skępe, Dobrzyń nad Wisłą, Krzepice, Skalbmierz, Pasym, Kolonowskie, Leśnica i Pogorzela, w których brak placówki InPost;
- b) gminy Chojnice, w której jest jedna placówka InPost (adres: ul. Wysoka 29), a Zamawiający wymaga posiadania dwóch placówek;

9

-
- c) gminy Czersk, w której jest jedna placówka InPost (adres: ul. 21 lutego 2), a Zamawiający wymaga posiadania dwóch placówek;
 - d) gminy Tczew, w której są dwie placówki InPost (adres: ul. Jodłowa 13 oraz ul. Konarskiego 11), a Zamawiający wymaga posiadania czterech placówek;
 - e) gminy Szprotawa, w której jest jedna placówka InPost (adres: ul. Świerczewskiego 1), a Zamawiający wymaga posiadania dwóch placówek;
 - f) gminy Pisz, w której jest jedna placówka InPost (adres: ul. Rybacka 3A), a Zamawiający wymaga posiadania dwóch placówek;
 - g) gminy Ząbki, w której jest jedna placówka InPost (adres: ul. Batorego 2), a Zamawiający wymaga posiadania dwóch placówek;
 - h) gminy Kozienica, w której jest jedna placówka InPost (adres: ul. Bohaterów Getta 24), a Zamawiający wymaga posiadania dwóch placówek;
 - i) gminy Libiąż, w której jest jedna placówka InPost (adres: ul. 1 maja 5), a Zamawiający wymaga posiadania dwóch placówek;
 - j) gminy Dąbrowa Tarnowska, w której jest jedna placówka InPost (adres: ul. 1 maja 3), a Zamawiający wymaga posiadania dwóch placówek;
 - k) gminy Skawina, w której są dwie placówki InPost (adres: ul. Krakowska 9, ul. Żwirki i Wigury), a Zamawiający wymaga posiadania trzech placówek;
 - l) gminy Stary Sącz, w której jest jedna placówka InPost (adres: ul. Krakowska 26), a Zamawiający wymaga posiadania dwóch placówek;
- Dowód: zeznania Pani K. P. (wezwanie na adres Odwołującego). W konsekwencji InPost Sp. z o.o. wbrew złożonemu oświadczeniu nie posiadał na dzień złożenia oferty sieci placówek wymaganej przez Zamawiającego. Złożone przez niego oświadczenie nie polegało

zatem na prawdzie. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp InPost Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż złożył nieprawdziwe oświadczenie o posiadanej przez siebie sieci placówek, co spowodowało, że jego oferta była brana pod uwagę i nie została odrzucona.

Odnosnie niespełniania przez InPost Sp. z o.o. warunków udziału w przetargu. Zgodnie z pkt IV. 1.1.2 lit. c SIWZ na wykazanie posiadania stosownego potencjału technicznego wykonawca mógł wskazać, że dysponuje lub będzie dysponował stosowną siecią placówek. Składając oświadczenie z użyciem czasu teraźniejszego wskazuje, że dla potrzeb wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu InPost Sp. z o.o. zamierza posługiwać się już istniejącą siecią placówek, a nie placówkami, które powstaną w przyszłości. W konsekwencji w przypadku nieistnienia wskazywanych placówek należy stwierdzić, że InPost Sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie powinien zostać wykluczony z przetargu, a jego oferta powinna zostać odrzucona. Jak zostało wskazane powyżej weryfikacja przeprowadzona przez Odwołującego potwierdziła, że

10

InPost Sp. z o.o. nie posiada wymaganej liczby placówek pocztowych w określonych gminach lub miastach, a co za tym idzie powinien zostać wykluczony z postępowania. Gdyby Izba uznała, że w przedmiotowym stanie faktycznym zasadne byłoby wezwanie InPost Sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu placówek - wnosimy o nakazanie Zamawiającemu wystosowanie takiego wezwania.

Odnosnie braku uprawnienia InPost Sp. z o.o. do wykonywania działalności pocztowej. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 81 i nast. ustawy Prawo Pocztowe na operatorze pocztowym ciąży obowiązek podjęcia stosownych działań związanych z obronnością i bezpieczeństwem Państwa. Niewykonywanie tych działań prowadzić powinno do podjęcia stosownych działań przez regulatora - czyli Prezesa UKE. InPost Sp. z o.o., wedle informacji uzyskiwanych przez Odwołującego, nie spełnia szeregu obowiązków związanych z bezpieczeństwem i posiadaniem przez niego i jego pracowników stosownych uprawnień np. w zakresie współpracy z Policją, Strażą Graniczną, Agencją Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Służbą Kontrwywiadu Wojskowego, Żandarmerią Wojskową, Centralnym Biurem Antykorupcyjnym oraz wywiadem skarbowym, które to obowiązki zostały określone w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2013 r. w sprawie wykonywania przez operatorów pocztowych zadań na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa i bezpieczeństwa i porządku publicznego, w szczególności wynikających z § 5 wskazanego rozporządzenia obowiązku zapewniania, by udział pracowników operatora pocztowego odbywał się zgodnie z przepisami ustawy dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228). Celem wykazania powyższej okoliczność Odwołujący wnosi o wezwanie do udzielenie wyjaśnień, czy InPost Sp. z o.o. spełnia obowiązki wynikające z art. 81 i nast. ustawy Prawo Pocztowe i stosownych aktów wykonawczych następujące podmioty:

- Komendanta Głównego Policji;
- Komendanta Głównego Straży Granicznej;
- Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego;
- Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego;
- Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej;
- Szefa Centralnego Biura Antykorupcyjnego;
- Kierownika Departamentu Wywiadu Skarbowego w Ministerstwie Finansów.

W konsekwencji wykonawca InPost Sp. z o.o. narusza obowiązki wynikające z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa dotyczące zasad funkcjonowania operatorów pocztowych. Zgodnie z art. 125 ustawy Prawo Pocztowe działanie takie powinno podlegać stosownej reakcji ze strony Prezesa UKE. Sankcją za naruszenia, których dopuszcza się wykonawca InPost jest wykreślenie go z rejestru operatorów pocztowych. Biorąc pod uwagę zakres

11

i skalę naruszeń przepisów art. 81 i nast. ustawy Prawo Pocztowe, a także przepisów wykonawczych do tych aktów, należy stwierdzić, że posługiwanie się przez InPost Sp. z o.o. dokumentami potwierdzającymi wpis do rejestru operatorów pocztowych nie jest uprawnione. Wykonawca nie posiada więc prawa do wykazywania posiadania uprawnień do udziału

w postępowaniu, a co za tym idzie powinien on zostać wykluczony z postępowania ze względu na niespełnienie warunków udziału w przetargu.

W postępowaniu przetargowym będącym przedmiotem odwołania Zamawiający, na wniosek InPost Sp. z o.o., odmówił ujawnienia znacznej części oferty tego wykonawcy. Odmowie ujawnienia podlegały oświadczenia i dokumenty dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również formularz cenowy pozwalający na weryfikację prawidłowości obliczenia ceny ofertowej i zawierający ceny jednostkowe oferowanych przez InPost Sp. z o.o. usług. Odmowa ujawnienia części oferty wykonawcy jest naruszeniem zasady jawności wyrażonej w art. 8 ust. 1 Pzp i powinno być dopuszczalne jedynie w przypadkach wyraźnie wskazanych w ustawie (art. 8 ust. 3 Pzp). Ciężar wykazania za pomocą składanych wyjaśnień, że zachodzą przesłanki odmowy ujawnienia oferty obciąża podmiot wnioskujący o nieujawnianie, w tym przypadku InPost Sp. z o.o., przy czym wyjaśnienia te nie mogą mieć charakteru ogólnego i powinny zawierać wskazanie dowodów na potwierdzenie podnoszonych tez. Na marginesie należy podnieść, że w orzecznictwie KIO kwestionowana jest w ogóle możliwość zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa doświadczenia wykonawcy. Dokumentacja przetargowa nie potwierdza, by InPost przedstawił wyjaśnienia potwierdzające zasadność nieujawniania znaczącej części jego oferty. Dlatego działanie Zamawiającego należy uznać za nieprawidłowe i naruszające przepisy Pzp. W odniesieniu do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa formularza cenowego obok podniesionych powyżej uwag należy wskazać, że działanie takie stanowiło naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 86 ust. 4 Pzp. Formularz cenowy zawierał bowiem informacje o cenach jednostkowych, które zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą KIO, w świetle art. 86 ust. 4 Pzp nie powinny podlegać ujawnieniu. W konsekwencji Zamawiający nie miał prawa odmówić ujawnienia wskazanego elementu. W kontekście przedmiotowego postępowania przetargowego działanie Zamawiającego jest o tyle istotne, że z ogłoszenia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynikało, że formularz cenowy załączony do oferty InPost Sp. z o.o. zawierał błędy. Błędy te wpłynęły na wysokość ceny ofertowej. Jednak Odwołujący nie miał możliwości zweryfikowania, czy zakwalifikowanie tych błędów przez Zamawiającego jako oczywistych omyłek rachunkowych było poprawne, a także, czy poprawnie została ustalona przez Zamawiającego cena ofertowa brutto. W konsekwencji wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany w warunkach niekonkurencyjnych i niezapewniających równego traktowania wykonawców. Odwołującemu w sposób praktycznych odebrana została, bowiem możliwość do kwestionowania działań

12

Zamawiającego i treści oferty wybranego wykonawcy. Nie mając możliwości zapoznania się z treścią oferty nie mógł on stwierdzić, czy działania Zamawiającego są prawidłowe, a oferta InPost zgodna z wymogami narzuconymi w postępowaniu. Jednocześnie przeprowadzona przez Odwołującego analiza sieci placówek wykonawcy InPost Sp. z o.o. wskazuje, że, wbrew złożonemu oświadczeniu, nie dysponuje on wymaganą przez Zamawiającego siecią placówek. Zgodnie ze złożonym oświadczeniem zawartym w treści Załącznika nr 3 do SIWZ, który po wypełnieniu powinien być załączony do oferty każdego wykonawcy, wykonawca powinien zadeklarować posiadanie odpowiedniej sieci placówek pocztowych. Przeprowadzone przez Odwołującego sprawdzenie wykazało, że InPost Sp. z o.o. nie posiada odpowiedniej ilości placówek pocztowych. Jednocześnie należy zauważyć, że z treści składanego oświadczenia wynikała konieczność potwierdzenia posiadania sieci placówek na dzień składania oświadczenia. W dacie składania stosownego oświadczenia wykonawca powinien więc dysponować wskazanymi placówkami. Co więcej zgodnie z pkt IV.1.1.2 lit c SIWZ na wykazanie posiadania stosownego potencjału technicznego wykonawca mógł wskazać że dysponuje lub będzie dysponował stosowną siecią placówek. Składając oświadczenie w czasie terażniejszym wykonawca dokonuje wyboru, że dla potrzeb udowodnienia spełniania wymogu udziału w postępowaniu przedstawi placówki istniejące. Wobec faktu, że w części gmin i miast objętych przetargiem nie InPost Sp. z o.o. nie dysponuje odpowiednią liczbą placówek należy uznać, że nie spełniał on warunków udziału w przetargu. Zgodnie z przytoczonymi powyżej uwagami należy również wskazać, że InPost Sp. z o.o. ze względu na naruszenie rygorów dotyczących obowiązków operatorów pocztowych związanych z obronnością i bezpieczeństwem kraju nie powinien mieć w świetle przepisów ustawy Prawo pocztowe, uprawnienia do posługiwania się potwierdzeniem wpisu do rejestru operatorów pocztowych. Należy więc stwierdzić, że InPost Sp. z o.o. bezzasadnie posługiwał się wskazanym wpisem dla potwierdzenia uprawnienia do

wykonywania przedmiotu zamówienia. Powinien on jako wykonawca nie spełniający warunków udziału w postępowaniu zostać wykluczonym z postępowania. W konsekwencji zasadnym jest wniosek o odtajnienie oferty InPost Sp. z o.o. i dokonanie wyboru ofert w warunkach konkurencyjnych, a więc przy zachowaniu zasady jawności. Jednocześnie zasadnym jest wniosek o unieważnienie czynności wyboru ofert, gdyż nie tylko została ona dokonana w warunkach niekonkurencyjnych, ale wybrano ofertę wykonawcy, który powinien podlegać wykluczeniu z postępowania przetargowego i którego oferta powinna zostać odrzucona.

Zamawiający w dniu 28.11.2014 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

13

W dniu 01.12.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) InPost Sp. z o.o., zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 08.12.2014 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej), a w dniu 09.12.2014 r. (oryginał - na posiedzeniu) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu na posiedzeniu. Zaoponował przeciwko wnioskowi Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania Pani K. P., na który to dowód powołuje się Odwołujący w uzasadnieniu odwołania (str. 9). Po pierwsze Odwołujący zaniechał prawidłowego sformułowania wniosku dowodowego, nie wskazał bowiem tezy dowodowej, na jaką okoliczność dowód ten ma być przeprowadzony. Zgodnie z art. 258 Kodeksu postępowania cywilnego strona powołująca się na dowód z przesłuchania świadków ma obowiązek dokładnie oznaczyć fakty, które mają być stwierdzone zeznaniami poszczególnych świadków. KIO natomiast nie ma prawa, ani obowiązku domniemywać, na jaką okoliczność dowód ten ma być przeprowadzony, a co za tym idzie, na potwierdzenie jakich faktów, świadek ma być przesłuchiwany.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk, art. 86 ust. 4 Pzp, art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności odtajnienia oferty InPost Sp. z o.o. w zakresie dokumentów oraz oświadczeń złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. wykazu zrealizowanych usług oraz dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie, dokumentów potwierdzających posiadanie zdolności finansowej i ekonomicznej, wykazu zaplecza techniczno - organizacyjnego wykonawcy oraz formularza cenowego oraz związane z tym zaniechaniem dokonanie wyboru w niekonkurencyjnych warunkach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy się zgodzić z poglądem przywoływanym przez Odwołującego w odwołaniu, iż w systemie prawa zamówień publicznych naczelną zasadą jest jawność postępowania. Warto jednak podnieść, iż ustawodawca przewidział wyjątki od tejże zasady, zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp. Wskazany przepis przewiduje możliwość zastrzeżenia treści oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z wyłączeniem tych elementów oferty, które są wymienione w art. 86 ust. 4 Pzp, tj. nazwy (firmy) wykonawców, adresów ich siedzib, ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Wskazał, iż

14

Zamawiający dołożył należytej staranności, zgodnie z art. 355 Kc, przeprowadzając ocenę i badanie dokumentów w ofercie InPost Sp. z o.o. wzywając go pismem z 10.11.2014r. do złożenia wyjaśnień w zakresie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa: formularza cenowego, wykazu wiedzy i doświadczenia wraz z referencjami, wykazu placówek oraz opinii bankowej. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień złożył obszerne wyjaśnienia w sprawie zastrzeżenia oświadczeń i dokumentów jako tajemnicy

przedsiębiorstwa, podtrzymując zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w dotychczasowym zakresie. Oceniał jako prawidłowe działania Zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia niektórych dokumentów składających się na ofertę InPost Sp. z o.o. Zgodnie z uchwałą SN z 21.10.2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05, badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających z treści SIWZ, należy do obowiązków Zamawiającego. Jak stwierdził SN, konsekwencją nieprawidłowego zastrzeżenia przez wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, które jej nie stanowią, będzie ich ujawnienie przez Zamawiającego. W przedmiotowej sprawie nie zachodzą jednak przesłanki uzasadniające ujawnienie informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego w niniejszej sprawie kluczowe znaczenie będzie miała linia orzecznicza KIO. Należy bowiem wskazać, iż na gruncie Pzp nie przesądza o jednoznacznie, które z elementów oferty mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jedynie art. 86 ust. 4 Pzp wprowadza ograniczenia, uniemożliwiające utajnienie wymienionych w tym przepisie informacji. W pozostałym zakresie, zasadność utajnienia może być stwierdzona tylko na podstawie indywidualnej oceny danego przypadku, której dokonuje Zamawiający. Wskazał wyrok KIO z 2502.2014 r., sygn. akt: KIO 189/14. Zamawiający dokonując weryfikacji uznał, że spełnione zostały przesłanki uzasadniające zastrzeżenie poufności wskazanych przez wykonawcę dokumentów. Zgodnie z art. 11 ust 4 u.z.n.k. Z powyższego wynika, iż dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą wystąpić trzy przesłanki. Po pierwsze, informacje nie mogą być ujawniane do wiadomości publicznej. Następnie, przepis wskazuje, iż tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią jedynie informacje o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą. Ostatnia przesłanka wskazuje, iż za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać tylko te informacje, w stosunku do których przedsiębiorca (wykonawca) podjął wszystkie niezbędne działania zapewniające charakter poufny tychże informacji. Zamawiający w niniejszej sprawie dokonał oceny zasadności zastrzeżenia elementów oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, biorąc pod uwagę wyjaśnienia wykonawcy InPost Sp. z o.o. złożone w dniu 13.11.2014r., uznając, iż utajnienie dokumentów składających się na ofertę znajduje uzasadnienie w przedmiotowym przypadku. Odnosząc się do poszczególnych przypadków dokonania

15

zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę InPost Sp. z o.o., Zamawiający podniósł, co następuje.

W zakresie utajnienia wykazu wiedzy i doświadczenia, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie wykazywanych przez wykonawcę usług, należy wskazać, że zastrzeżenie tych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa było zasadne. Wskazał, że wykonawcą InPost Sp. z o.o., iż wskazany wykaz oraz dołączone do niego referencje stanowią źródło wiedzy o jego kontrahentach, przedmiocie usług oraz wysokości wynagrodzenia uzyskanego za wykonanie tychże usług. Niewątpliwie, wskazane informacje mają charakter newralgiczny dla InPost Sp. z o.o. i mogą być wykorzystane przez konkurencję w celu zachwiania jego pozycji na rynku. Zamawiający oceniając wyjaśnienia wykonawcy brał również pod uwagę specyfikę rynku usług pocztowych, stąd uznał, iż w zastrzeżenie tego typu informacji jest jak najbardziej zasadne. Ponadto, Zamawiający brał również pod uwagę wypracowane już stanowisko KIO oraz doktryny, znajdujące odzwierciedlenie w orzecznictwie. Zgodnie z powszechnie reprezentowanym stanowiskiem, co do zasady, informacje dotyczące kontraktów zawartych z podmiotami prywatnymi mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazał na wyroki: KIO z 07.05.2014r., sygn. akt: KIO 802/14; wyrok KIO z 11.02.2014r., sygn. akt: KIO 126/14, KIO 153/14; czy też wyrok z 28.02.2014r., sygn. akt: KIO 245/14. Zamawiający dokonując oceny złożonych wyjaśnień, brał pod uwagę wskazane wyżej orzecznictwo KIO. Stąd, w opinii Zamawiającego, niezasadne są zarzuty Odwołującego, jakoby Zamawiający z naruszeniem przepisów prawa, uznał wyjaśnienia InPost Sp. z o.o. i podtrzymał zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu wiedzy i doświadczenia wraz z dowodami potwierdzającymi należyte ich wykonanie. W dodatku, zdaniem Zamawiającego, fakt utajnienia obu dokumentów świadczy również o tym, iż InPost Sp. z o.o. podjął środki mające na celu zachowanie poufności tychże informacji. Jednocześnie, Zamawiający chciałby wskazać, iż również sam Odwołujący dokonał czynności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentu w postaci wykazu wiedzy i doświadczenia,

w zakresie którego również składał wyjaśnienia (pismo z dnia 14.11.2014r.). Odnosząc się do dokumentu opinii bankowej składanej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej, zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa przez InPost Sp. z o.o., Zamawiający pragnie podnieść, co następuje. Zamawiający również w tym przypadku kierował się orzecznictwem KIO oraz wypracowanym w tym zakresie stanowiskiem doktryny. Niewątpliwie, informacja o posiadanych przez przedsiębiorstwo środkach finansowych, ma znaczenie gospodarcze zarówno dla samego przedsiębiorstwa, jak i jego konkurentów. Stąd, jeżeli przedsiębiorca podjął środki w celu zapewnienia poufności tej informacji, może być ona uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

16

konkurencji. Warto w tym miejscu wskazać na orzecznictwo KIO, którym kierował się Zamawiający, dokonując oceny wyjaśnień InPost Sp. z o.o. co do zasadności zastrzeżenia elementów oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przywołał: wyrok KIO z 11.02.2014 r., sygn. akt: KIO 126/14, KIO 153/14 oraz wyrok z 28.02.2014r., sygn. akt: KIO 245/14. Jak wynika z przytoczonego wyżej orzecznictwa, istnieje możliwość zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa opinii bankowej potwierdzającej zdolność finansową wykonawcy. Toteż Zamawiający słusznie uznał, iż wykonawca InPost Sp. z o.o. skutecznie utajnił ten dokument w swojej ofercie, a jego działanie było w pełni usprawiedliwione. Odnosząc się do wykazu placówek stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa InPost Sp. z o.o., Zamawiający pragnie wskazać, co następuje. Zdaniem Zamawiającego, wykonawca zasadnie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wskazany wykaz oraz w sposób wystarczający uargumentował dokonanie tego zastrzeżenia. Należy wskazać, iż informacje dotyczące dysponowaną siecią placówek z pewnością mają charakter gospodarczy, organizacyjny oraz techniczny dla przedsiębiorstwa. W szczególności, takie wiadomości mogą zdradzać informacje o kontrahentach przedsiębiorcy, podstawach prawnych dysponowania daną placówką oraz wynagrodzeniu z tytułu korzystania z danej placówki. Dostęp do takich informacji uzyskany przez konkurencję mogłoby mieć szkodliwy wpływ na sytuację wykonawcy. Toteż Zamawiający uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie za zasadne. Zamawiający również w tym przypadku kierował się orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w analogicznych przypadkach, tj. ocenie zastrzeżenia wykazu punktów serwisowych dysponowanych przez wykonawcę. Wskazał wyrok KIO z 10.09.2010r., sygn. akt: KIO 1857/10. Mając na uwadze orzecznictwo KIO, Zamawiający uznał za zasadne zastrzeżenie wykazu placówek jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie, Zamawiający chciałby zauważyć, iż również sam Odwołujący dokonał zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu placówek pocztowych stanowiący załącznik nr 3 do SIWZ. Również w swoich wyjaśnieniach wskazywał na organizacyjny oraz gospodarczy charakter zawartych w wykazie informacji. Zamawiający kierując się zasadą równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp uznał wyjaśnienia obu wykonawców za zasadne, uznając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za prawidłowe w świetle obowiązujących przepisów. Odnosząc się do kwestii zastrzeżenia formularza cenowego jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający pragnie wskazać, co następuje. Zamawiający uznał za zasadne wyjaśnienia InPost Sp. z o.o., który wskazywał na konieczność podtrzymania informacji zawartych w formularzu cenowym jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy na początku wskazać, iż art. 86 ust. 4 Pzp w istocie wskazuje na niemożność utajnienia informacji dotyczących ceny oferty. Jednakże Zamawiający pragnie zauważyć, że wykonawca InPost Sp. z o.o. nie zastrzegł ceny brutto oferty, która została odczytana na otwarciu ofert. W tym miejscu, Zamawiający chciałby

17

przypomnieć pojęcie „ceny” na gruncie przepisów Pzp. Zgodnie z art. 2 pkt 1 Pzp pod pojęciem „ceny” przyjmuje się cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915). Wskazany przepis ustawy o cenach definiuje cenę jako: „wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę” (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach) oraz wyraża zasadę, iż: „W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez

cenę rozumie się również stawkę taryfową" (art. 3 ust. 2 ustawy o cenach). Jednocześnie ustawodawca przedstawia w opozycji do ceny za dany towar lub usługę pojęcie ceny jednostkowej, która została zdefiniowana w art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o cenach („cena jednostkowa towaru (usługi) - cenę ustaloną za jednostkę określonego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar w rozumieniu przepisów o miarach”). Zamawiający zauważył, iż również w doktrynie Prawa zamówień publicznych niejednokrotnie wskazywano, iż cena jednostkowa jest pojęciem zupełnie odmiennym od pojęcia ceny oferty, która jest wymieniona w art. 86 ust. 4 Pzp. Stąd, w opinii Zamawiającego, art. 86 ust. 4 Pzp dotyczy ceny oferty, tj. wynagrodzenie za realizację całości przedmiotu zamówienia, nie natomiast poszczególnych cen jednostkowych składających się na ostateczną cenę oferty. Temu rozróżnieniu Zamawiający dał również wyraz w treści SIWZ. Zgodnie z treścią rozdziału VI SIWZ „Sposób obliczenia oferty” pkt 1 „Cena oferty zostanie podana przez Wykonawcę na Formularzu oferty i musi być obliczona wg Załącznika nr 1a do SIWZ (Formularz cenowy)”. Ze wskazanego postanowienia wynika zatem, iż cena końcowa oferty jest wyliczona na podstawie cen jednostkowych zawartych w Formularzu cenowym i jedynie cena całościowa będzie wskazana w Formularzu ofertowym. Tym samym, tylko cena całościowa oferty będzie odczytana na otwarciu ofert. Dalej we wskazanym rozdziale Zamawiający postanowił:

- „2. Wykonawca zobowiązany jest do wyceny wszystkich elementów zamówienia wymienionych w Załączniku nr 1a do SIWZ. Brak pozycji, nie wypełnienie jakiegokolwiek pozycji Formularza cenowego, spowoduje odrzucenie oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ.
3. Wartość razem z Formularza cenowego Wykonawca przeniesie do Formularza Oferty (cena ofertowa brutto).
4. Cena ofertowa brutto będzie podstawą do porównania złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie ze wzorem określonym w rozdziale VIII podrozdział III SIWZ.
5. W cenie ofertowej brutto uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym.
6. W cenie ofertowej brutto uwzględnia się wszystkie koszty, opłaty do wykonania

18

i poniesienia przez Wykonawcę, a koniecznie do realizacji przedmiotu zamówienia oraz ewentualne upusty i rabaty”. Z przytoczonych postanowień SIWZ jasno wynika, że Zamawiający wymagał obliczenia ceny oferty na podstawie cen jednostkowych i jedynie cenę za całość realizacji przedmiotu zamówienia, uwzględniającą wszystkie koszty, jak również upusty, rabaty, wykonawca miał przenieść do Formularza ofertowego. Warto również wskazać za postanowieniami SIWZ, iż kryterium oceny ofert była jedynie cena brutto oferty (rozdz. VIII podrozdz. III SIWZ), nie natomiast ceny jednostkowe za poszczególne rodzaje przesyłek. W opinii Zamawiającego, konstrukcja cen przyjętych w formularzu cenowym przez InPost Sp. z o.o. wskazuje na indywidualne budowanie strategii cenowej na potrzeby przedmiotowego zamówienia. Stąd, po przyjęciu wyjaśnień InPost Sp. z o.o., Zamawiający uznał za zasadne utajnienie informacji dotyczących cen przyjętych w formularzu cenowym jako mających charakter gospodarczy. Jednocześnie, podzielił również stanowisko InPost Sp. z o.o., iż ukształtowanie cen jednostkowych na pewnym poziomie stanowi know-how wykonawcy, umiejętność określenia cen na pewnym poziomie oraz politykę cenową, stosowaną przez tego wykonawcę. Zamawiający uznał wyjaśnienia InPost Sp. z o.o. za wystarczające. Przy dokonywaniu oceny wyjaśnień wykonawcy w zakresie zasadności zastrzeżenia formularza cenowego jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający wziął również pod uwagę specyfikę tynku usług pocztowych. Z powyższych względów, zdaniem Zamawiającego, zarzuty Odwołującego są niezasadne. Jednocześnie Zamawiający zauważył, że Odwołujący w swoim piśmie nie wskazuje na żadne konkretne powody jakie przemawiałyby za odtajnieniem poszczególnych dokumentów, w taki sposób, aby można było zweryfikować zasadność jego stanowiska.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp ze względu na zaniechanie wykluczenia wykonawcy InPost Sp. z o.o. z powodu nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim zapleczem technicznym w postaci sieci placówek pocztowych, Zamawiający pragnie wskazać, co następuje. Odwołujący wskazuje w uzasadnieniu odwołania, iż InPost Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim zapleczem technicznym w postaci sieci placówek

pocztowych, bowiem według wiedzy Odwołującego, w 21 gminach, InPost Sp. z o.o. nie dysponuje wymaganą ilością placówek. Stąd, Odwołujący wnosi, iż złożone przez wykonawcę oświadczenie o dysponowaniu odpowiednią liczbą placówek stanowi poświadczenie nieprawdy, a jednocześnie budzi wątpliwości, czy wykonawca ten dysponuje na dzień upływu terminu składania ofert wykazaną liczbą placówek, czy też dopiero będzie dysponował. Na potwierdzenie swojego stanowiska, Odwołujący wnosi o dowód z przesłuchania Pani K. P. . Po pierwsze, Zamawiający pragnie wyrazić zdumienie, skąd Odwołujący uzyskał informacje dotyczące nie spełniania przez wykonawcę InPost Sp. z o.o.

19

warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim zapleczem technicznym w postaci sieci placówek pocztowych, skoro dokument składany na potwierdzenie tego warunku, tj. wykaz *zaplecza* technicznego wykonawcy, został utajniony przez InPost Sp. z o.o. Zresztą sam Odwołujący kwestionuje w odwołaniu niezasadność zastrzeżenie tego dokumentu. Stąd, w opinii Zamawiającego, przedmiotowy zarzut nie może znaleźć uzasadnienia, skoro opiera się o niesprawdzone i niezwyfikowane informacje. Odwołujący nie ma bowiem wiedzy, jak InPost Sp. z o.o. udowodnił dysponowanie Zamawiającemu siecią placówek pocztowych. Zamawiający może jednak stwierdzić, iż dochowując należytej staranności, dokładnie przebadał przedłożony wykaz, wzywając również InPost Sp. z o.o. do uzupełnienia stosownych informacji w zakresie części wykazanych placówek. Na podstawie przedłożonych przez InPost Sp. z o.o. dokumentów stwierdził, iż wykonawca ten spełnił wymagania w zakresie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim zapleczem technicznym w postaci sieci placówek pocztowych. Wskazał, iż Zamawiający na potwierdzenie przedmiotowego warunku wymagał przedłożenia przez wykonawców jedynie wykazu zaplecza organizacyjno - technicznego stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ. Zgodnie ze wzorem wykazu, wykonawca miał przedstawić następujące informacje dotyczące placówek: województwo, powiat oraz gminę, w której placówka się znajduje, minimalną ilość wymaganych placówek w danej lokalizacji, potwierdzenie dysponowania daną placówką poprzez wskazanie dokładnego adresu oraz podstawę do dysponowania. Bazując na takim dokumencie, Zamawiający uznał, iż InPost Sp. z o.o. spełnił przedmiotowy warunek i Zamawiający nie miał w tym zakresie żadnych wątpliwości. Zamawiającego zdumiewa również wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z zeznań Pani K. P. . Zamawiający wskazywał w petitum odpowiedzi mankamenty przedmiotowego wniosku. Jednocześnie, budzi wątpliwości Zamawiającego charakter, w jakim występuje w niniejszym postępowaniu Pani K. P. oraz źródło jej wiedzy na temat nie spełniania warunku udziału w postępowaniu przez InPost Sp. z o.o. Wydaje się bowiem, iż to InPost Sp. z o.o. może mieć najpełniejszą wiedzę na temat dysponowania przez niego siecią placówek pocztowych. Jednocześnie Zamawiający wskazał na zupełną bezpodstawność zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, bowiem w opinii Zamawiającego nie zachodzi przesłanka uzasadniająca wykluczenie InPost Sp. z o.o. z niniejszego postępowania za złożenie nieprawdziwych informacji. Po pierwsze, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, iż w istocie InPost Sp. z o.o. nie dysponuje odpowiednią liczbą placówek we wskazanych gminach, a tym samym Zamawiający nie może potwierdzić, iż zostały złożone informacje niezgodne ze stanem rzeczywistym przez InPost Sp. z o.o. Po drugie, należy wskazać, iż zgodnie z obecnym stanowiskiem przyjętym przez SO oraz KIO, wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp możliwe jest tylko wtedy, gdy zostanie wykazane w sposób dostateczny, iż nieprawdziwe informacje

20

zostały złożone

w sposób zawiniony i w pełni świadomy przez wykonawcę. Wskazał na wyrok KIO z dnia 14.05.2013r., sygn. akt: KIO 998/13 oraz wyroki Sądów Okręgowych, które, ukształtowały stanowisko orzecznictwa odnośnie stosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. jednocześnie warto wskazać, że taka interpretacja przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp znajduje swoje źródło w prawie europejskim. Zatem ze względu na wyżej zaprezentowany pogląd w orzecznictwie, jak również ze względu na fakt, iż Odwołujący w istocie nie udowodnił, jakoby wykonawca InPost Sp. z o.o. nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim zapleczem technicznym w postaci sieci placówek pocztowych, Zamawiający uznał wskazany zarzut za bezzasadny i wnosi o jego oddalenie. Odnosząc się do zarzutu

naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 125 ust. 1 ustawy Prawo Pocztowe w zw. z art. 81 i nast. ustawy Prawo Pocztowe oraz aktami wykonawczymi do tych przepisów, ze względu na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiednich uprawnień do wykonywania działalności niezbędnej dla wykonania przedmiotu zamówienia, Zamawiający wskazuje, iż zarzut ten jest zupełnie bezzasadny i nie zasługuje na uwzględnienie. Zdaniem Zamawiającego, w stosunku do przedmiotowego zarzutu należałoby zastosować art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym KIO odrzuca odwołanie, jeżeli w sprawie nie znajdują zastosowania przepisy ustawy. Ponieważ jednak ustawa Pzp nie przewiduje możliwości częściowego odrzucenia odwołania, Zamawiający wnosi o nie branie wskazanego zarzutu pod uwagę. W opinii Zamawiającego, wskazany zarzut nie znajduje odzwierciedlenia w przepisach Pzp. Odwołujący bowiem kwestionuje posiadanie odpowiednich uprawnień przez InPost Sp. z o.o. wskazując na przepisy Prawa pocztowego oraz aktów wykonawczych. Tymczasem posiadanie tychże uprawnień przez InPost Sp. z o.o. potwierdza dołączony do oferty wpis do rejestru operatorów pocztowych prowadzony przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Skoro zdaniem Odwołującego, InPost Sp. z o.o. nie spełnia warunków uzasadniających wpisanie go do rzeczonoego rejestru, w opinii Zamawiającego, winien on zwrócić się z tą kwestią do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. KIO nie jest bowiem organem właściwym dla badania zasadności wpisania danego podmiotu do rejestru operatorów pocztowych. Jednocześnie, mając na uwadze stanowisko Odwołującego należy wskazać, iż Zamawiający nie miał żadnych podstaw do uznania, iż InPost Sp. z o.o. nie posiada stosownych uprawnień, skoro wykonawca złożył dokument wpisu do rejestru operatorów pocztowych, zgodnie z wymaganiem zawartym w rozdz. IV podrozdz. I pkt 1 pkt 2 lit. a) SIWZ. Tymczasem Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, iż wykonawca InPost Sp. z o.o. nie posiada wymaganych uprawnień. W szczególności nie przedstawił żadnego kontr dowodu, przy czym, biorąc pod uwagę stanowisko Odwołującego, mógł on podjąć stosowne środki przed Prezesem Urzędu

21

Komunikacji Elektronicznej mające na celu potwierdzenie, iż InPost Sp. z o.o. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych uprawnień. Biorąc zatem pod uwagę, iż InPost Sp. z o.o., zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ udowodnił, iż posiada stosowne uprawnienia, jak również w świetle braku kontr dowodów Odwołującego i jego jedynie gołosłownych twierdzeń, Zamawiający stwierdza bezzasadność wskazanego zarzutu i wnosi o nie branie go pod uwagę przez KIO.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta zajęła drugą pozycję w rankingu złożonych ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutu względem oferty najkorzystniejszej, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, zmiany SIWZ z 17.10.2014 r., odpowiedzi na pytania od 1 do 44 (pismo z 30.10.2014 r.), odpowiedzi uzupełniającej z 03.11.2014 r., oferty Przystępującego w zakresie zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa, wezwania z 13.11.2014 r. w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego, stosownych wyjaśnień udzielonych w dniu 17.11.2014 r. w odpowiedzi na wezwanie przez Przystępującego wraz z uzupełnieniem w zakresie zakreślonym w wezwaniu, pisma Odwołującego z 27.11.2014 r. wystosowanego do Zamawiającego odnośnie wykazu placówek Przystępującego, poprawienia przez Zamawiającego oczywistych omyłek rachunkowych w formularzu cenowym – załącznik nr 1a do SIWZ pismem z 17.11.2014 r. /tajemnica przedsiębiorstwa/, wezwania do wyjaśnienia elementów

oferty Przystępującego zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa – pismem z 13.11.2014 r. oraz stosownych wyjaśnień w tym zakresie z 17.11.2014 r. także stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

22

Nadto, Izba dopuściła jako dowód w sprawie załączniki nr 2, i od nr 4 do 9 do pisma procesowego złożonego przez Przystępującego na posiedzeniu oraz dwa objęte tajemnicą przedsiębiorstwa: załącznik nr 1 /Wykaz placówek w gminach i miastach zakwestionowanych przez Poczta Polska S.A./, jak i załącznik nr 3 /Dokumenty odnoszące się do placówek pocztowych InPost Sp. z o.o. w gminach zakwestionowanych przez Poczta Polska S.A. w odwołaniu, takie jak umowy o prowadzenie Punktów Obsługi Klienta, umowy o współpracy w zakresie usług pocztowych, oświadczenia osób, które podpisały stosowną umowę – że placówka istnieje i istniała w dniu 10.11.2014 r., oświadczenia klientów, listy awizo z danych placówek, potwierdzenia odbioru przesyłek awizowych z danej placówki, zdjęcia placówek Przystępującego, w niektórych wypadkach z numeracją, wnętrza/.

Zostały dopuszczone również jako dowód złożone przez Zamawiającego na rozprawie – wyjaśnienia /1 egz./ w zakresie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa formularza cenowego Odwołującego - w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Urząd Skarbowy w Myśliborzu, jak i złożone przez Odwołującego kopie opinii bankowych /3 egz./ Przystępującego z innych postępowań przetargowych.

Izba także dopuściła dowód z zeznań świadka pani K. P. na okoliczność istnienia lub też nie istnienia placówek zlokalizowanych na str. 9 odwołania w zakresie ograniczonym oświadczeniem Odwołującego złożonym na rozprawie (Odwołujący wycofał swoje zastrzeżenia co do placówek w gminie: Suraż, Kowalewo Pomorskie, Krzepice, Skalbierz, Tczew, Kozienica, Dąbrowa Tarnowska, Stary Sącz). Izba nadto dopuściła dowody dodatkowe ze złożonych oświadczeń pracowników Poczty Polskiej w zakresie niespełniania przez Przystępującego warunku dotyczącego potencjału technicznego w zakresie placówek wskazanych w odwołaniu w zakresie ograniczonym oświadczeniem Odwołującego złożonym na rozprawie (jak wyżej).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie oraz pismo procesowe Przystępującego złożone na stanowiska i oświadczenia stron oraz posiedzeniu, Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W zakresie odwołania, Izba przywołuje stan faktyczny wskazany w odwołaniu oraz wynikający z odpowiedzi na odwołanie przedstawionej przez Zamawiającego, w tym także postanowienia SIWZ, jak i odpowiedzi Zamawiającego z 30.10.2014 r. oraz z oferty Przystępującego. Jednocześnie stwierdziła, że stan faktyczny pomiędzy stronami nie był

23

sporny, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa, za wyjątkiem tego, czy Przystępujący ma, czy też nie ma określone placówki w określonych miejscach.

Izba jedynie dla porządku wskazuje, że Przystępujący w ramach oferty zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa formularz cenowy, wykaz usług wraz z referencjami, wykaz placówek oraz opinię bankową.

Ponadto, w dniu 10.11.2014 r. Odwołujący zwrócił się z wnioskiem do Zamawiającego o umożliwienie dostępu do ofert złożonych w dniu 10.11.2014 r. przez pozostałych oferentów. W tym samym dniu Zamawiający odpowiedział, że z uwagi na aktualnie prowadzoną procedurę wyjaśniającą w zakresie informacji zastrzeżonych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa, wgląd do ofert będzie możliwy w dniu 17.11.2014 r. W dniu 10.11.2014 r. Zamawiający wezwał oddzielnie tak Odwołującego, jak i Przystępującego do wyjaśnień w zakresie zastrzeżenia określonych elementów ich ofert jako tajemnica przedsiębiorstwa. Określił czas do 14.11.2014 r. Pismem z dnia 12.11.2014 r. Odwołujący wezwał Zamawiającego, aby wystąpił do Przystępującego z wnioskiem o odtajnienie

formularza cenowego. W dniu 13.11.2014 r. Przystępujący przedstawił wyjaśnienia w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa w swojej ofercie. Z kolei w dniu 14.11.2014 r. Odwołujący przedstawił własne wyjaśnienia w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa w swojej ofercie. W dniu 14.11.2014 r. Zamawiający wystosował oddzielne pisma tak do Odwołującego, jak i Przystępującego. W pierwszym wypadku uznając częściowo zasadność zastrzeżenia, w drugim zaś wypadku w całości. W dniu 17.11.2014 r. Zamawiający udostępnił protokolarnie złożone oferty w zakresie niezastrzeżonym, w pozostałym odmawiając wglądu, m.in. w zakresie oferty Przystępującego. W dniu 18.11.2014 r. Odwołujący podziękował za umożliwienie wglądu do oferty Przystępującego, jednakże z uwagi na niezadawalającą jakość zdjęć – wnosił o przesłanie skanu oferty. Zamawiający udostępnił skan tego samego dnia zgodnie z wnioskiem. W dniu 18.11.2014 r. Odwołujący wnosił także o wgląd do dokumentacji przetargowej postępowania. Zamawiający przychylił się do wniosku z wyłączeniem elementów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Przystępującego w dniu 19.11.2014 r. – wyznaczył termin na ten dzień. Powyższe potwierdził protokół z wglądu z tego dnia. W dniu 21.11.2014 r. Odwołujący wystąpił o odtajnienie przez Zamawiającego formularza cenowego w ofercie Przystępującego. W dniu 26.11.2014 r. Odwołujący zwrócił się z kolejnym wnioskiem, tym razem o odtajnienie wykazu usług znajdujących się w ofercie Przystępującego.

Z kolei, Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp skierował do Przystępującego wezwanie odnośnie załączonych do wykazu usług potwierdzeń oraz wykazu placówek. W dniu 17.11.2014 r. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie udzielił szczegółowych wyjaśnień oraz dokonał uzupełnienia w zakresie zakreślonym w wezwaniu. Pismem

24

z 27.11.2014 r. Odwołujący wystosował do Zamawiającego żądanie wykluczenia - odnośnie wykazu placówek Przystępującego. Pismem z 17.11.2014 r. /tajemnica przedsiębiorstwa/ Zamawiający dokonał poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w formularzu cenowym – załącznik nr 1a do SIWZ.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Na wstępie Izba, odniesie się do ukształtowania tenoru sentencji. Należy wskazać, że art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp zobowiązuje Izbę do uwzględnienia odwołania zawsze w wypadku stwierdzenia jakiegokolwiek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp niezależnie od ilości podniesionych zarzutów. Zatem przepis ten nie przewiduje możliwości kształtowania sentencji i wartościowania jej przez pryzmat postawionych zarzutów, pozostawiając Izbie ocenę wyłącznie popełnionego przez Zamawiającego naruszenia.

Niemniej jednak dostrzegając potrzebę stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba w niniejszej sprawie ukształtowała tenor sentencji wskazując na zasadność zarzutów, które stanowiły podstawę stwierdzonego naruszenia z jednoczesnym zakreśleniem zarzutów, co do których naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie potwierdziło się.

W dalszej kolejności Izba odniesie się do stanowiska Przystępującego - zawartego w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu oraz podtrzymanego na rozprawie, że zarzuty Odwołującego dotyczące zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Przystępującego i odmowy Zamawiającego odtajnienia zastrzeżonych elementów oferty, tj. formularza cenowego, wykazu usług, wykazu placówek oraz załączonej opinii bankowej są spóźnione, stwierdzając, że w ocenie Izby nie mają one takiego charakteru.

Należy zauważyć, że Odwołujący liczył początek biegu terminu na zaskarżenie od czynności odmowy udostępnienia oferty w określonym zakresie, co miało miejsce w dniu 17.11.2014 r. (zgodnie ze stosownym protokołem z wglądu). Niniejszy termin i działanie Odwołującego w tym dniu, podyktowane było działaniem Zamawiającego, który na wniosek Odwołującego z dnia 10.11.2014 r., odpowiedział pismem z tego samego dnia, że znajduje się w trakcie procedury wyjaśniającej kwestie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonych ofertach, stąd udostępnienie nie miało, wniosku miejsca w dniu 10.11.2014 r., ale 17.11.2014 r. Z tej przyczyny działanie Odwołującego należy uznać za zastosowanie się do zalecenia Zamawiającego, stąd pismo z 14.11.2014 r. informujące

przez Odwołującego w jego ofercie, nie można uznać za podstawę do liczenia początku biegu terminu na złożenie odwołania, czy też zaskarżenie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Przystępującego w trybie art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp. Stanowiska Izby nie zmienia wniosek Odwołującego z dnia 12.11.2014 r., albowiem jego adresatem był Zamawiający i został wystosowany ze świadomością trwającej procedury wyjaśniającej, wnosił bowiem o zwrócenie się z wnioskiem do Przystępującego, nie zaś o odtajnienie, tak jak miało to miejsce w dniu 21.11.2014 r. Wiadomym jest, że co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa formularza cenowego Odwołujący uzyskał wiedzę w dniu otwarcia ofert, jednakże o wyniku procedury wyjaśniającej co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Przystępującego i stanowisku Zamawiającego o powyższym fakcie Odwołujący powziął wiadomość dopiero z momentem odmowy udostępnienia w dniu 17.11.2014 r.

Odnosnie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa – formularza cenowego – tj. załącznika nr 1a do SIWZ, Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., a w konsekwencji uwzględniła odwołanie.

Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko wynikające z orzecznictwa przywołanego przez Odwołującego w odwołaniu. Jednocześnie podnosząc, że przedmiotowy formularz cenowy zawierający ceny jednostkowe nie dotyczy żadnych szczegółowych elementów składowych ceny, czy też sposobu przeprowadzenia takiej, czy innej kalkulacji. Cena globalna jest wynikiem przewidzianego przez Zamawiającego przeliczenia ceny jednostkowej oraz przewidzianej w okresie realizacji zamówienia ilości. Został sporządzona na potrzeby porównania i oceny ofert. Z kolei przedstawione ceny jednostkowe zostały przedstawione na potrzeby przedmiotowego postępowania i będą de facto podstawą rozliczeń między stronami przyszłej umowy. Jest to de facto właściwa cena dla danego postępowania. Niewątpliwie więc dotyczy tego postępowania, tak jak cena w rozumieniu art. 86 ust. 4 Pzp, w zakresie której znajduje się zastrzeżenie w art. 8 ust. 3 Pzp. Nadto, ww. pozycje z formularza cenowego stanowią załącznik przyszłej umowy, i tak jak sama umowa o udzielenie zamówienia publicznego, zostaną ujawnione po podpisaniu umowy. Stanowiska Izby nie zmieniły złożone przez Przystępującego na rozprawie dowody, tj. załączniki nr 2, od nr 4 do 9 do jego pisma procesowego. Okoliczność, że także Odwołujący zastrzegł formularz cenowy w innych postępowaniach przetargowych, jest irrelevantna, gdyż po pierwsze zarzut dotyczy oferty Przystępującego, po drugie Izba kieruje się przede wszystkim zgodnością określonych działań z przepisami Pzp, nie zaś oceną działań takiego czy innego Wykonawcy oraz innych Zamawiających w innych postępowaniach przetargowych, nieznane są także wszystkie okoliczności towarzyszące zastrzeganiu formularza cenowego w innych postępowaniach przez Odwołującego, nieznane są także obowiązujące w tych

postępowaniach postanowienia SIWZ. Podobnie, Izba odniosła się do, złożonych jako dowód przez Zamawiającego na rozprawie – wyjaśnień w zakresie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa formularza cenowego Odwołującego - w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Urząd Skarbowy w Myśliborzu.

Nadto, Izba podkreśla, że odtajnienie nie pozostaje bez znaczenia na wynik postępowania w kontekście art. 192 ust. 2 Pzp, albowiem po pierwsze pozwoli Odwołującemu na zweryfikowanie cen jednostkowych, po drugie biorąc pod uwagę działania Zamawiającego w zakresie poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych, pozwoli Odwołującemu, jako skutek odtajnienia formularza cenowego, zapoznać się z charakterem dokonanej przez Zamawiającego poprawy i jej wpływu na ostateczną cenę globalną oferty Przystępującego. Przy czym, Izba nie oceniała w żadnym razie prawidłowości tej poprawy, gdyż nie było takiego zarzutu, był to jedynie argument za odtajnieniem formularza cenowego. Jednocześnie, Izba podnosi, że istnieje konieczność unieważnienia pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej z 18.11.2014 r., albowiem w ocenie składu orzekającego Izby, zakończył się etap weryfikacji oferty Przystępującego i wszelkie zmiany w jej ocenie implikują

konieczność cofnięcia procedury, na etap badania i oceny ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty w warunkach niezapewniających zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w sytuacji, gdy oferta jednego z wykonawców nie została ujawniona w odniesieniu do kryterium oceny ofert, przy czym jednocześnie z ogłoszenia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynikało, że oferta ta przynajmniej w odniesieniu do obliczenia ceny ofertowej zawierała w części nieujawnionej błędy, które wpływały na cenę końcową, w konsekwencji kontroferenci nie mieli możliwości zapoznania się z istotnymi postanowieniami oferty i wniesienia uwag lub zarzutów, Izba uwzględniła zarzut jako konsekwencję uwzględnienia zarzutu naruszenia - art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. - dotyczącego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego – formularza cenowego – tj. załącznika nr 1a do SIWZ. Podobnie, jako konsekwencję uwzględnienia przywołanego zarzutu dotyczącego formularza cenowego, Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 86 ust. 4 Pzp.

Odnosnie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa – wykazu usług /zwanego wykazem wiedzy i doświadczenia/ wraz z referencjami – tj. załącznika nr 2 do SIWZ, Izba oddaliła zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

27

Przystępujący przedstawił w tym zakresie wyczerpujące wyjaśnienia w ramach pisma z 13.11.2014 r., Izba podzieliła ich istotę wynikającą z charakteru wykazanych usług oraz podmiotów, na których rzecz były realizowane. Przystępujący wykazał przesłanki wynikające z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. W tym także wskazał, jakie kroki zostały podjęte celem zachowania chronionego charakteru informacji z tym związanych. Nadto, Odwołujący nie wykazał zasadności swoich twierdzeń, nie był w stanie wskazać jakie zostały wykazane usługi, mimo że twierdził, że na zasadzie eliminacji łatwo jest ustalić na rzecz jakich podmiotów Przystępujący świadczył usługi. Wskazał, że istnieją tylko trzy wiodące podmioty na rynku. Przy czym, na pytanie przewodniczącego składu orzekającego Izby przyznał, że w zakresie podmiotów prywatnych, z uwagi na niekorzystanie z procedury przetargowej może być tak, że dany podmiot może być obsługiwany w zakresie usług pocztowych przez kilku operatorów. Odnosnie przekształceń Przystępującego i wątpliwości Odwołującego co do prawa do korzystania z referencji, tzn. poświadczeń należytego wykonania usługi, czyli dokumentów dotyczących innego podmiotu o tej samej nazwie co Przystępujący, Izba stwierdza po pierwsze, że ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał po stronie Odwołującego, Wykonawca nie sprostował powyższemu obowiązkowi, po drugie Przystępujący w tym zakresie przedstawił stosowne wyjaśnienia w piśmie procesowym Przystępującego złożonym w cz. I pkt 9. Wyjaśnienia te, Izba uznała za wiarygodne. Przy czym, brak dowodu na potwierdzenie twierdzeń Odwołującego spowodował nieuznanie zarzutów Odwołującego w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa – opinii bankowej, Izba oddaliła zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

Należy zauważyć, że sam odwołujący potwierdził zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy w opinii bankowej znajdują się informacje wskazujące wprost daną kwotę. Nadto, argumentował o możliwości posiadania kilku rachunków bankowych. W tym zakresie, Przystępujący wskazał na rozprawie, że opinia bankowa zawiera tak konkretne kwoty, nadto dotyczy więcej niż jednego rachunku bankowego. Odnosnie wcześniejszego nie zastrzegania przez Przystępującego opinii bankowych, w kontekście złożonych przez Odwołującego opinii bankowych z innych postępowań przetargowych, Izba stoi na stanowisku, że po pierwsze nie wszystkie ze złożonych jako dowód w sprawie opinii bankowych operują konkretną kwotą, po drugie Wykonawca ma prawo do zmiany strategii prowadzenia działalności gospodarczej, zwłaszcza w sytuacji zaostrejającej się sytuacji na rynku usług pocztowych. Należy także podnieść, że dane

w opinii bankowej, nie są szerzej znane, mają wartość gospodarczą i podjęto wobec nich konkretne działania celem zachowania ich poufności. Ewentualne ujawnienie konkurencji aktualnego stanu rachunku bankowego może mieć negatywne konsekwencje dla Przystępującego, w tym także w kontekście informacji prasowych.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa – wykazu placówek /zwanego wykazem zaplecza techniczno – organizacyjnego wykonawcy/ – tj. załącznika nr 3 do SIWZ, Izba oddaliła zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

W pierwszej kolejności, Izba stwierdza, że sieć placówek została przygotowana i jest dedykowana pod potrzeby konkretnego Zamawiającego. Nadto, konieczne i celowe jest zauważenie, że brzmienie warunku w zakresie wymaganego potencjału technicznego jest tego rodzaju, że wręcz implikuje konieczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, albowiem de facto – nie wymagało obligatoryjnie, aby docelowa sieć placówek funkcjonowała w terminie składnia ofert. W konsekwencji, Przystępujący chcąc zachować w całości przygotowaną pod potrzeby Zamawiającego sieć placówek musiał zachować informacje o jej lokalizacji w tajemnicy. Nie mógł bowiem wykluczyć, że wobec istniejącej rywalizacji na rynku usług pocztowych, może mieć miejsce sytuacja, że poszczególni agenci pocztowi, funkcjonujący w danej placówce mogą zmienić swoje nastawienie pod wpływem konkurencji, co mogłoby skutkować brakiem możliwości funkcjonowania sieci placówek pod wymierne potrzeby Zamawiającego po podpisaniu umowy. Przedstawione w tym zakresie niebezpieczeństwa w piśmie procesowym Przystępującego złożonym na posiedzeniu, Izba uznaje za realne i nie będące tylko i wyłącznie wynikiem strategii procesowej Przystępującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty w warunkach niezapewniających zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w sytuacji, gdy oferta jednego z wykonawców nie została ujawniona w odniesieniu do wykazania warunków udziału w postępowaniu, Izba oddaliła niniejszy zarzut.

Powyższe stanowisko Izby jest konsekwencją oddalenia wszystkich zarzutów dotyczących zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego wykazu usług wraz z referencjami, wykazu placówek oraz opinii bankowej.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp ze względu na zaniechanie wykluczenia wykonawcy InPost Sp. z o.o. z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim zapleczem technicznym w postaci sieci placówek pocztowych – zgodnie z Rozdz. IV podrozdziałem I pkt 1 ppkt 2 lit. c SIWZ, Izba w/w zarzut oddaliła z następujących względów.

Po pierwsze, Izba dopuściła dowód z zeznań świadka na powyższą okoliczność. Złożone przez świadka zeznania były spójne, logiczne, spontaniczne i wbrew twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego nie były oparte w ramach z góry przyjętej tezy pełnomocnika Odwołującego /świadek wskazywał także na przypadki, gdy weryfikacja potwierdzała istnienie placówki/, uznając, że po pierwsze okoliczności będące ich przedmiotem nie zostały stwierdzone innymi dowodami tej samej strony, nadto w chwili dopuszczenia dowodu, Izba nie miała wiedzy o oświadczeniach pracownikach Poczty Polskiej S.A. złożonych po przeprowadzeniu dowodu z zeznań świadka przez Odwołującego, zatem nie był to dowód na okoliczności udowodnione już przez Odwołującego innym dowodem. Jednocześnie świadek de facto odnosił się do weryfikacji, jakiej dokonywał w II etapie, a oświadczenia pracowników dotyczyły I etapu, mimo że widniała na nich data 27.11.2014 r. Przy czym, Izba podnosi, że tak zeznania świadka, jak i dowody złożone przez Przystępującego (załącznik nr 1 oraz 3) wraz z pismem procesowym na posiedzeniu zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie wykluczają się wzajemnie. Świadek bowiem

nie ujawniał celu swoich wizyt, ani nie weryfikował tożsamości osób, z którymi rozmawiał. Nadto, Izba stwierdza, że wobec takiego, a nie innego brzmienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania odpowiednim zapleczem technicznym w postaci sieci placówek pocztowych – zgodnie z Rozdz. IV podrozdziałem I pkt 1 ppkt 2 lit. c SIWZ - określonego przez Zamawiającego, a nie zaskarżonego w tym postępowaniu przetargowym przez Wykonawców, warunek ten był w ocenie składu orzekającego Izby w dużej mierze nieweryfikowalny. Zgodnie bowiem z jego brzmieniem, Wykonawca miał wykazać, że dysponuje lub będzie dysponował zapleczem organizacyjno – technicznym, czyli w żaden sposób Zamawiający nie żądał jego spełnienia tylko i wyłącznie na termin składania ofert, skoro dopuszczał spełnienie warunku na zasadzie: „*będzie dysponował*”. Takie stanowisko wynika także z odpowiedzi na pytanie 22, gdzie Zamawiający wskazał sposób aktualizacji listy placówek w ramach sieci stworzonej na indywidualne potrzeby Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba oddaliła w/w zarzut.

30

W tym zakresie, Izba przywołuje argumentację przedstawioną przy okazji poprzedniego zarzutu, co do faktycznej nieweryfikowalności warunku dotyczącego potencjału technicznego, w konsekwencji uznając zarzut za bezzasadny. Nie można bowiem skutecznie formułować zarzutu złożenia przez Przystępującego nieprawdziwej informacji w zakresie dysponowania siecią placówek - zgodnie z Rozdz. IV podrozdziałem I pkt 1 ppkt 2 lit. c SIWZ - w terminie składania ofert, czyli stosownego oświadczenia w ofercie, skoro de facto sieć placówek może funkcjonować na potrzeby Zamawiającego w przyszłości, czyli być w dyspozycji Przystępującego dopiero w terminie podpisania umowy. Zwłaszcza, że Odwołujący nie wykazał, że utworzenie nowej placówki pod danym adresem w okresie pomiędzy upływem terminu składania ofert, a datą zawarcia umowy nie jest możliwe.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 125 ust. 1 ustawy Prawo Pocztowe w zw. z art. 81 i nast. ustawy Prawo Pocztowe oraz aktami wykonawczymi do tych przepisów, poprzez brak wykluczenia z przetargu wykonawcy InPost Sp. z o.o., pomimo iż wykonawca ten nie spełnia wynikających z ustawy wymogów dotyczących obowiązków operatorów pocztowych związanych z bezpieczeństwem i obronnością, co skutkować powinno odebraniem wskazanemu wykonawcy prawa do prowadzenia działalności pocztowej, a w konsekwencji posługiwanie się przez wskazanego wykonawcę dokumentem potwierdzającym wpis do rejestru operatorów pocztowych nie jest uprawnione – został wycofany przez Odwołującego na rozprawie. W konsekwencji wycofania, Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania InPost Sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu placówek, pomimo że InPost Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku postawionego przez Zamawiającego, Izba oddala w/w zarzut.

Powyższy zarzut został po pierwsze sformułowany przez Odwołującego z ostrożności procesowej, po drugie wobec nie potwierdzenia się zarzutów dotyczących wykazu placówek jest on irrelevantny. Dodatkowo, Izba wskazuje, że w wyniku wezwania z 13.11.2014 r. w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego, Zamawiający otrzymał oprócz wyjaśnień udzielonych w dniu 17.11.2014 r. także uzupełniony wykaz placówek w zakresie wskazanym w wezwaniu. W konsekwencji Zamawiający skorzystał z procedury wynikającej z art. 26 ust.3 Pzp, a Przystępujący uzupełnił skutecznie i prawidłowo wykaz placówek.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

31

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust.

9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....