

WYROK
z dnia 16 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Justyna Tomkowska
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2013 r. przez wykonawcę:

Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Sąd Apelacyjny w Krakowie oraz Prokuratura Generalna w Warszawie** reprezentowanych przez **Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Bud etowej, ul. Farmaceutyków 2, 31-463 Kraków,**

przy udziale wykonawcy: **Polska Grupa Poczтовая S.A., ul. upnicza 17, 03-821 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

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

KIO 2762/13 1

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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

KIO 2762/13 2

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych przez Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Bud etowej w Krakowie (dalej „zamawiający”) wykonawca Poczta Polska S.A. złożył odwołanie w zakresie części 1 i 2 wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Polska Grupa Poczтовая S.A. (dalej „PGP”) oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, zaniechania wykluczenia go z postępowania i zaniechania odtajnienia jego oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy

z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty PGP, która została sporządzona niezgodnie z wymaganiami zamawiającego,
2. art. 89 ust. 1 pkt 3, bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty PGP, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
3. art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 58 k.c. oraz art. 4, art. 5 oraz art. 178 ust. 1 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe, poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty PGP jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów w związku z niemożliwością realizacji przez tego wykonawcę obrotu zagranicznego,
4. art. 387 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jej odrzucenia, ponieważ realizacja zamówienia w oparciu o ofertę PGP jest niemożliwa,
5. art. 90 ust. 1, poprzez zaniechanie wezwania PGP do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
6. art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez zaniechanie wykluczenia PGP z postępowania pomimo złożenia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania,
7. art. 24 ust. 2 pkt 2, poprzez zaniechanie wykluczenia PGP z powodu niewniesienia wadium,
8. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 zezm.), poprzez zaniechanie odwołania i udostępnienia odwołującemu

KIO2762/13 3

zawartych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów złożonych wraz z ofertą przez PGP, jak również złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień, pomimo że informacje zawarte w zastrzeżonej części oferty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

9. art. 7 ust. 1, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców,
10. z ostrości procesowej: art. 26 ust. 2b, poprzez uznanie, że wykonawca może się posłużyć potencjałem podmiotów trzecich w celu wykazania, że oferowane przez niego usługi spełniają wymagania określone przez zamawiającego, czyli w przypadku tzw. „warunków przedmiotowych”,
11. art. 87 ust. 1, poprzez zaniechanie wezwania PGP do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,
12. art. 26 ust. 4, poprzez zaniechanie wezwania PGP do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych oświadczeń i dokumentów.

Odwołujący wniosł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji,
4. odrzucenia oferty złożonej przez PGP SA,
5. wykluczenia PGP z postępowania,
6. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej lub nakazania zamawiającemu dokonania wezwania do złożenia wyjaśnień. czynności.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 169-293301 w dniu 31 sierpnia 2013 r.

Zdaniem odwołującego decyzja zamawiającego o wyborze oferty PGP jest decyzją wadliwą, ponieważ zamawiający zaniechał na etapie badania i oceny ofert respektowania wymagań, które sam określił w SIWZ i wyjaśnieniach do niej. Wskazał, że udostępnienie SIWZ jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków

Odnośnie do zaniechanie odrzucenia oferty PGP z powodu braku sieci placówek na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący podał, że zamawiający w rozdz. IV ust. 3 pkt 6 SIWZ wskazał, że w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają określonym wymaganiom należało przedłożyć oświadczenie wykonawcy, w którym stwierdza, że:

- a) posiada co najmniej po jednej placówce pocztowej, licząc średnio w skali kraju, przypadającej na 6000 mieszkańców na terenie gmin miejskich i gmin miejsko - wiejskich.
- b) posiada co najmniej jedną placówkę pocztową, licząc średnio w skali kraju, przypadającą na 85 km² powierzchni w gminach wiejskich,
- c) w każdej gminie posiada co najmniej jedną stałą placówkę pocztową,
- d) wskazane w lit. a-c placówki pocztowe czynne będą we wszystkie dni robocze, z wyjątkiem sobót, co najmniej 5 dni w tygodniu, a jeżeli w tygodniu przypada dzień ustawowo wolny od pracy, liczba ta może być odpowiednio niższa, zgodnie z Załącznikiem nr 10 do SIWZ.

Odwołujący podał, że PGP w swojej ofercie złożyło przedmiotowe oświadczenie, jednak PGP nie spełnia wymagań postawionych przez zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że PGP nie posiada i nie posiadała na dzień składania ofert sieci placówek wymaganej przez zamawiającego.

W ocenie odwołującego fakt braku sieci placówek potwierdza treść § 6 Regulaminu Świadczenia usług przez Polską Grupę Poczтовую S.A. (na co wskazywał zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień pismem z dnia 15 listopada 2013 r., w którym wskazał, że za placówki pocztowe nie mogą być uznane urządzenia służące do świadczenia usług pocztowych, czy nadawcze skrzynki pocztowe, ponieważ nie umożliwiają one m.in. odbioru awizowanych przesyłek listowych nadanych za potwierdzeniem odbioru). Podał, że wymaganie to było przedmiotem zaskarżenia przez InPost Sp. z o.o. na etapie publikacji ogłoszenia o zamówieniu i udostępnienia SIWZ (KIO 2184/13), kiedy to InPost Sp. z o.o. wymaganie to kwestionował jako ograniczające konkurencję, uniemożliwiające złożenie oferty innym wykonawcom niż Poczta Polska, jednak zamawiający udowodnił, że jego obiektywne potrzeby uzasadniają stawianie takiego wymagania, a liczba zwalniała, że „ograniczenie, które wszak nie przesądza o zasadności zarzutów odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia, gdy pozwala zidentyfikować kierunek postulowanych zmian i jego ewentualny wpływ na sytuację danego i pozostałych wykonawców, usunięcia tego wymogu i przeniesienia na etap realizacji umowy uznano za zbyt daleko idące. Zamawiający ma bowiem prawo wymagać, aby świadczona na jego rzecz usługa miała uzasadnione i pożądate cechy gwarantujące utrzymanie pożądanego przez niego standardów już na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

- a) Odwołujący oświadczył, że treść wyjaśnień złożonych przez PGP na wezwanie

zamawiającego z dnia 15 listopada 2013 r. (jeżeli zostały w ogóle złożone) jest mu nieznana, ponieważ została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, jednak nie ma możliwości, aby wyjaśnienia te pozwalały na stwierdzenie, że PGP spełnia wymaganie postawione przez zamawiającego.

Zdaniem odwołującego **istotne** są następujące okoliczności prawne i faktyczne, które dyskwalifikują ofertę PGP:

1. warunek przedmiotowy powinien być spełniony na dzień składania ofert - wykonawcy mieli wykazać posiadanie placówek pocztowych,
2. zadeklarowanie czy zobowiązanie się do spełnienia tego warunku na etapie późniejszym bezwzględnie dyskwalifikuje ofertę,
3. PGP nie posiadała na dzień złożenia oferty sieci placówek wymaganej przez zamawiającego; co najwyżej mogła przedstawić plany, założenia, zobowiązania dotyczące utworzenia takiej sieci; jednak nie świadczy to o posiadaniu tych placówek, ale o tym, że być może dopiero PGP będzie posiadać takie placówki; na dzień składania ofert nie istniały (i przynajmniej w zdecydowanej większości przypadków nadal nie istnieją) placówki co do których ów stan posiadania by się odnosił,

4. PGP złożyła ofertę samodzielnie, a nie jako konsorcjum, zatem nie ma miejsca sytuacja połączenia sieci placówek kilku wykonawców celem wspólnego wykazania spełniania warunku,

5. zakres części zamówienia, które PGP zamierza powierzyć podwykonawcom w adekwatny sposób nie odnosi się do posiadanej infrastruktury, co tylko dodatkowo wskazuje, że PGP zamierza realizować zamówienie własnymi siłami - jeśli chodzi o placówki pocztowe.

W ocenie odwołującego jeśli w utajnionej części oferty PGP powołało się na zasoby podmiotów trzecich, to należy stwierdzić, że art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie może w ogóle znaleźć zastosowania w takiej sytuacji, bowiem odnosi się on tylko i wyłącznie do warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Na podstawie wskazanych okoliczności odwołujący uznał, że:

1. PGP wyjaśniło, że spełnia postawiony warunek, ponieważ faktycznie posiada na dzień składania ofert sieć placówek wymaganą przez zamawiającego, co jest równoznaczne ze złożeniem nieprawdziwych informacji i koniecznością wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
2. PGP SA wyjaśniło, że będzie posiadać placówki pocztowe, co jest równoznaczne z niespełnieniem tego warunku na dzień składania ofert i koniecznością odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Powołując się na opublikowane w maju 2013 roku przez Urząd Komunikacji

KIO 2762/13 6

Elektronicznej opracowanie pt. „Raport o stanie rynku pocztowego za rok 2012” podał, że wskazano w nim m.in., że operatorzy niepubliczni, w przeciwieństwie do Poczty Polskiej, która ma obowiązek świadczenia usług w obrocie krajowym i zagranicznym, mogą świadczyć swoje usługi na terenie kraju, zagranicą (albo kraju i zagranicą), bądź tylko lokalnie (na terenie województwa, powiatu, jednej miejscowości lub nawet jej części). Podał, że z informacji zawartych w sprawozdaniach wynika, że spośród 153 operatorów działających w 2012 roku:

- 63 prowadziło działalność lokalnie, w tym: 23 na obszarze województwa, 16 na terenie powiatu, 14 w ramach miasta, 10 na innym obszarze o charakterze lokalnym,
- 37 - na obszarze krajowym,
- 41 - na obszarze krajowym i zagranicznym,
- 12 - wyłącznie w obrocie zagranicznym.

Na podstawie powyższych danych odwołujący stwierdził, że większość operatorów prowadzi swoją działalność lokalnie i specjalizuje się w usługach w wybranych obszarach rynku. Wskazał, że tylko spółki należące do Grupy Integer.pl S.A. (InPost Sp. z o.o. oraz Integer.pl S.A.), działając na terenie kraju we wszystkich ww. obszarach aspirują do pozycji, jaką ma Poczta Polska, jako operator publiczny działający na terenie całego kraju i oferujący pełen wachlarz usług.

Odwołujący podkreślił, że operatorzy niepubliczni, nawet największy jak InPost, tj. mający krajowy zasięg działania, skupiają się na świadczeniu usług w dużych ośrodkach miejskich i pomiędzy takimi ośrodkami, a więc nie jest to krajowy zasięg działania w takim rozumieniu, jak w przypadku Poczty Polskiej, która świadczy swoje usługi także na obszarach wiejskich.

Dodatkowo odwołujący podał, że placówki pocztowe, którymi dysponuje PGP cechuje duża rotacyjność (częste zmiany lokalizacji placówek) a także niejednolite i niestale okresy ich funkcjonowania (różne godziny otwarcia), co z uwagi np. na czynności związane z tzw. awizacją czy zwrotami przesyłek pocztowych może utrudniać świadczenie usługi zgodnie z wymogami stawianymi przez zamawiającego. Wskazał także, że placówki PGP mieszczą się często

w lokalach prowadzących inną, dalece odbiegającą od pocztowej działalność, z czym wiąże się np. utrudniona identyfikacja placówki pocztowej albo jej niedogodna lokalizacja.

KIO 2762/13 7

Odnosząc do zaniechania odrzucenia oferty PGP na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 58 k.c. oraz art. 4, art. 5 oraz art. 178 ust. 1 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe odwołujący stwierdził, że Poczta Polska jako

tw. operator wyznaczony (dawniej: operator publiczny) jest wyłącznym podmiotem zdolnym do samodzielnej obsługi korespondencji wychodzącej, przeznaczonej do doręczenia poza granicami kraju, co wynika z art. 4, art. 5 oraz art. 178 ust. 1 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529), w myśl których:

- do świadczenia usług pocztowych w obrocie zagranicznym stosuje się przepisy ustawy, je eli międzynarodowe przepisy nie stanowią inaczej,
- zadania z zakresu działalności pocztowej, określone dla zarządów pocztowych lub administracji pocztowych w międzynarodowych przepisach pocztowych, wykonuje operator wyznaczony,
- Poczta Polska pełni obowiązki operatora wyznaczonego w okresie 3 lat od dnia wejścia w ycie przedmiotowej ustawy.

Odwołujący stwierdził, e przepisami międzynarodowymi, do których odwołują się w/w przepisy, jest m. in. Światowa Konwencja Pocztowa, będąca załącznikiem do Umowy międzynarodowej - Siódmego protokołu dodatkowego do Konstytucji Światowego Związku Pocztowego, Regulaminu Generalnego Światowego Związku Pocztowego wraz z załącznikiem - Regulaminem wewnętrznym Kongresów, Światowej Konwencji Pocztowej oraz usług Porozumienia dotyczącego pocztowych płatniczych, sporządzonych w Bukareszcie dnia 5 października 2004 r. (Dz. U. z 2007 r. Nr 206, poz. 1494).

Odwołujący podał, e Poczta Polska S.A. jest jedynym krajowym operatorem, oficjalnie wyznaczonym przez Rzeczpospolitą Polską do zapewnienia świadczenia usług pocztowych i wypełniania obowiązków wynikających z w/w aktów Światowego Związku Pocztowego, co oznacza, e jest jedynym krajowym operatorem mogącym być partnerem dla zagranicznych operatorów pocztowych, wyznaczonych w rozumieniu w/w przepisów prawa międzynarodowego.

Odwołujący uznał, e fakt współpracy Poczty Polskiej z innymi operatorami pocztowymi w ramach Światowego Związku Pocztowego ma kluczowe znaczenie dla zapewnienia nale ytego bezpieczeństwa przesyłkom nadawanym przez zamawiającego oraz mo liwość skutecznego rozszczenia odszkodowawczego za zaginioną przesyłkę poza granicami Polski (Rozdział Jedyny Art. 9 oraz Rozdział II Art. 21 Światowej Konwencji Pocztowej).

Zdaniem odwołującego w sytuacji, gdy zamawiający zleca świadczenie usług pocztowych, polegających na doręczaniu przesyłek w obrocie zagranicznym, mówić nale y o usłudze, którą zgodnie z prawem mo e wykonać samodzielnie jedynie Poczta Polska - tym

KIO 2762/13 8

samym wykonawcą, składając ofertę i oświadczając, i ma wszelkie uprawnienia do świadczenia zamawianej usługi, składa oświadczenie pomijające istotny aspekt sprawy w zakresie przesyłek poza granice kraju. Zdaniem odwołującego takie oświadczenie jest nieprawdziwe i wykonawca tak e z tego powodu podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto – oceni odwołujący - ofertę taką nale y uznać za sprzeczną z ustawą w rozumieniu art. 58 KC. Wskazał, e kc pod pojęciem ustawy nakazuje rozumieć wszystkie akty prawne składające się na system źródeł prawa powszechnie obowiązującego, tj. konstytucję, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe, rozporządzenia wydawane przez organy wskazane w konstytucji na podstawie upowa nienia zawartego w ustawie i w celu jej wykonania oraz akty prawa miejscowego. Zdaniem odwołującego zamawiający, nie odrzucając oferty PGP niewa nej na podstawie odrębnych przepisów - w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp - naruszył ten przepis, ponadto ofertę PGP nale y tak e uznać za sprzeczną z art. 22 ust. 1 pkt 1, który pozwala ubiegać się o udzielenie zamówienia podmiotom, które spełniają warunki, dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, je eli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

Odwołujący podkreślił równie , e PGP nie posiada zawartych jakichkolwiek umów z Poczta Polska, które pozwalałyby jej na nadawanie przesyłek poza granice kraju z jej udziałem, w związku z czym, biorąc pod uwagę interes zamawiającego oraz podtrzymany przez lzbę wymóg ądania wysyłania korespondencji wyłącznie we własnym imieniu przez jednostki organizacyjne zamawiającego (tj. aby były one ka dorazowo nadawcami przesyłki - wyrok KIO 2184/13), jedyną mo liwość spełnienia wymogów Światowej Konwencji Pocztowej w zakresie wyegzekwowania odpowiedzialności nadawcy za nadaną paczkę zwykłą, przesyłkę poleconą oraz przesyłkę z zadeklarowaną wartością

w obrocie zagranicznym oraz pobranie od nadawcy jakichkolwiek ciągących na ww. przesyłkach należności, zapewnia nadanie tych przesyłek w placówce operatora wyznaczonego przez jednostki organizacyjne zamawiającego będące nadawcami przesyłek.

Odwolujący podsumował, że w postępowaniu dokonano wyboru oferty wykonawcy, który zgodnie z obowiązującym prawem nie może świadczyć wszystkich usług, które stanowią przedmiot zamówienia.

KIO 2762/13 9

Odnosnie do zaniechania odrzucenia oferty PGP na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że w myśl art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) [dalej "ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji"] *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagra a lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*

W ocenie odwołującego postępowanie PGP jest czynem nieuczciwej konkurencji, ponieważ jest sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz narusza interesy innych wykonawców, jak i zamawiającego – postępowanie PGP nakierowane jest na uzyskanie zamówienia pomimo niespełniania wymagań zamawiającego – sposób, w jaki PGP chce wykazać spełnianie wymagania stanowi naruszenie wskazanych powyżej przepisów prawa, jak i dobrych obyczajów.

Odwolujący wskazał, że interpretacji pojęcia "dobre obyczaje," o których mowa w art. 3 ust. 1 u.z.n.k, dokonał Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 28 czerwca 2007 V ACa 371/07: *"Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo."*

Na podstawie tak zdefiniowanego pojęcia odwołujący stwierdził, że dobre obyczaje, stanowiące uzupełnienie porządku prawnego, nie będąc normami prawnymi są natomiast wzorcami postępowania – podobnie jak zasady współżycia, czy ustalone zwyczaje, i powinny być przestrzegane przez podmioty gospodarcze prowadzące działalność rynkową. Co istotne, ustalenia, że działania producenta wypełniają znamiona deliktu opisanego w art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie trzeba wykazywać naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta, wystarczy ustalenie, że taka działalność owemu interesowi zagra a" (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 5 października 2006 I ACa 1103/06).

Odnosnie do zaniechania wezwania PGP do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący stwierdził, że ceną racjonalnie niską jest cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej

KIO 2762/13 10

kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku; o cenę racjonalnie niskiej można mówić wówczas, gdy przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie konkretnego zamówienia przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne, racjonalnie niską ceną jest cena oderwana od realiów rynkowych.

Odwolujący podkreślił, że obowiązek odrzucenia oferty zawierającej racjonalnie niską cenę służy w szczególności temu,

niwiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny.

Wskazał, że podstawowym punktem odniesienia dla oceny oferty pod kątem racjonalnie niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego,

powiększona o właściwą stawkę podatku VAT, która w przedmiotowym postępowaniu (co wynika z protokołu postępowania) została ustalona w wysokości:

- część 1: 779 864 362,17 zł (959 233 165,47 zł brutto),
- część 2: 87 796 553,36 zł (107 989 760,63 brutto).

Odwolujący stwierdził, że ponieważ podstawą ustalenia wartości przedmiotu zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy (art. 32 ust. 1 ustawy Pzp), to wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego ustalona z należytą starannością obrazuje poziom cen rynkowych.

Odwolujący wskazał nadto, że kolejnym punktem odniesienia w kwalifikacji ceny jako racjonalnie niskiej są ceny zawarte w ofertach złożonych przez pozostałych wykonawców w postępowaniu, które odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, ponieważ są kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań zamawiającego, wobec czego na kalkulacje dokonywane przez wykonawców mają wpływ te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku. W przedmiotowym postępowaniu ceny wszystkich ofert złożonych w części 1 znacząco przekraczają budżet Zamawiającego.

Odwolujący podał, że w przedmiotowym postępowaniu w części 1 i 2 PGP złożyło oferty z cenami znacznie niższymi od wartości szacunkowej zamówienia - w zakresie części 1 oferta PGP opiewała na kwotę 460 892 224,03 zł, zaś w części 2 - 3 604 711,36 zł, co oznacza, że oferta tego wykonawcy była tańsza od oferty Poczty Polskiej:

- w części 1 o 69 049 239,09 zł,
- w części 2 o 15 424 482,89 zł.

W ocenie odwołującego zestawienie to jest dowodem na to, że oferta złożona przez PGP nosi znamiona racjonalnie niskiej ceny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia oraz znacząco odbiega od cen rynkowych.

Odwolujący zauważył, że na cenę oferty składają się w tym postępowaniu, tzw. obiektywne koszty, ponoszone przez wszystkich wykonawców, które powinny być rzetelnie
e PGP skalkulowane przez
wszystkich wykonawców. Za istotny odwołujący uznał fakt,

11 KIO 2762/13

nie realizowało chociażby zbliżonego zakresu zamówienia, podczas gdy Poczta Polska dysponuje nieporównywalnie większym doświadczeniem i to zdobyłym na rynku lokalnym i krajowym. Za decydujący odwołujący uznał fakt, że PGP nie dysponuje infrastrukturą - siecią placówek, za pomocą których miałaby wykonywać zamówienie i musi tę infrastrukturę zbudować, co generuje konieczność poczynienia olbrzymich nakładów inwestycyjnych z tym związanych, przy czym wskazał, że większość z tych placówek pocztowych będzie nierentowna, ponieważ gros z nich to placówki na obszarach wiejskich.

Odwolujący wskazał, że zamawiający zaniechał w tym względzie odrzucenia oferty PGP na podstawie art. 387 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odnosząc do zaniechania wykluczenia PGP na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odwołujący podał, że PGP na dzień składania ofert:

1. nie posiada co najmniej po jednej placówki pocztowej, licząc średnio w skali kraju, przypadającej na 6000 mieszkańców na terenie gmin miejskich i gmin miejsko - wiejskich,
 2. nie posiada co najmniej jedną placówkę pocztową, licząc średnio w skali kraju, przypadającą na 85 km² powierzchni w gminach wiejskich,
 3. w każdej gminie nie posiada co najmniej jednej stałej placówki pocztowej,
- a w konsekwencji podniósł, że wskazane placówki pocztowe nie będą czynne we wszystkie dni robocze, z wyjątkiem sobót, co najmniej 5 dni w tygodniu, a jeżeli w tygodniu przypada dzień ustawowo wolny od pracy, liczba ta może być odpowiednio niższa.

Ponieważ, w ocenie odwołującego, PGP wskazanej infrastruktury nie posiadało na dzień składania ofert i nie posiada na dzień dzisiejszy, to w związku z wyborem oferty tego wykonawcy wpływ nieprawdziwych informacji na wynik postępowania jest oczywisty i niezaprzeczalny. Wedle odwołującego PGP posiadało stosowną wiedzę co do stanu sieci jego placówek i ze względu na kolosalną różnicę pomiędzy jej rzeczywistym stanem a wymaganiem zamawiającego nie mogło być mowy o jakiegokolwiek pomyśle, niedopatrzaniu czy nieścisłości - wykonawca ten z premedytacją, w sposób świadomy złożył

nieprawdziwą informację w celu pozyskania zamówienia.

Odnosnie do zaniechania wykluczenia PGP na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący podał, że PGP załączyło do oferty gwarancje bankowe (dla każdej z części postępowania odrębną), jednak w żadnej z nich nie wskazano od kiedy one obowiązują, wskazano w nich jedynie daty końcowe ich ważności.

Tymczasem – podniósł odwołujący – rolą wadium jest zabezpieczenie zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą, a w związku z rolą, jaką odgrywa wadium, musi ono być ważne przez cały okres związania ofertą, aby zamawiający miał możliwość zaspokojenia swoich roszczeń przez cały okres związania ofertą, niezależnie od tego, kiedy dokona

KIO 2762/13 12

wyboru oferty najkorzystniejszej, czy innych czynności jak np. wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wskazał, że w treści gwarancji powinien być określony termin jej ważności, który powinien obejmować termin związania ofertą. Ponieważ odwołujący ustalił, że w treści gwarancji bankowych nie określono terminów jej ważności, uznał, że gwarancje te są nieprawidłowe, a wykonawca nie wniósł wadium. Odwołując się do poglądu wyrażonego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2012 (KIO 1683/12) stwierdził, że zamawiający ocenia prawidłowość wniesienia wadium na podstawie dokumentu potwierdzającego jego wniesienie, załączonego do oferty, zaś w razie stwierdzenia, że wadium nie zabezpiecza oferty w wymagany sposób, zamawiający nie ma możliwości opierania się na odmiennych twierdzeniach wykonawcy, czy na innych dokumentach, które nie zostały na tę okoliczność przedłożone przed upływem terminu otwarcia ofert. Wskazał, że wadliwy dokument gwarancji nie podlega uzupełnieniu po terminie składania ofert w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie jest to bowiem dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy Pzp. Stwierdził, że wyjaśnienia złożone przez ubezpieczyciela po terminie składania ofert nie mogą sanować błędnej gwarancji ubezpieczeniowej, nie ma w ustawie Pzp podstaw prawnych pozwalających zamawiającemu na uznanie wyjaśnień ubezpieczyciela za wystarczające do zmiany warunków gwarancji.

Odnosnie do zaniechania odtajnienia oferty PGP odwołujący podkreślił, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wskazał, że na zasadzie unormowania zawartego w art. 96 ust. 3 ustawy Pzp protokół postępowania wraz z załącznikami jest jawny i podlega udostępnieniu po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, z kolei przepis § 5 ust. 1 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2010 r., Nr 223, poz. 1458) stanowi, że zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek. Udostępnienie musi nastąpić niezwłocznie po złożeniu wniosku.

Odwołujący podniósł, że tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Podkreślił, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zdaniem odwołującego PGP nie wykazał,

KIO 2762/13 13

że zastrzeżona część oferty zawiera nieujawnione 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.

Podniósł, że zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia od wykonawcy wykazania i co najmniej tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien sądzić

e zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawdopodobnienia, uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia.

Podał, że PGP utajnił zdecydowaną większość swojej oferty, jawne pozostały jedynie dokumenty o charakterze formalnym oraz sam formularz oferty i formularz cenowy, z uwagi na ustawowy zakaz utajnienia cen, co świadczy o tym, że utajnienie oferty w pozostałym zakresie nastąpiło niejako „automatycznie” i miało na celu jedynie uniemożliwienie zweryfikowania jej prawidłowości i zgodności z wymaganiami SIWZ przez konkurencję.

Odwolujący podniósł, że odmowa zamawiającego udostępnienia tej części oferty PGP nie pozwala mu zweryfikować prawidłowości treści oferty, a tym samym skutecznie korzystać ze środków ochrony prawnej. W ocenie odwołującego faktycznym powodem zastrzeżenia oferty przez PGP nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji, w tym odwołującemu, weryfikacji oferty pod kątem zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ.

Odwolujący stanął na stanowisku, że utajnienie części oferty przez PGP nastąpiło pomimo braku podstaw do skorzystania z tego prawa, a zamawiający niesłusznie uznał, że utajnienie oferty jest zasadne. Takie działanie zamawiającego narusza, zdaniem odwołującego, zasady uczciwej konkurencji, stanowiąc tym samym obrazę art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów, a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną mianem ilością poniesienia szkody przez odwołującego.

KIO 2762/13 14

W przedmiotowym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert była „cena” – znaczenie 100 % (Rozdział VI pkt 1 ppkt 1 SIWZ), złożyło ono 2 oferty. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, oferta przystępującego została sklasyfikowana na miejscu pierwszym.

Biorąc pod uwagę fakt, że cenę zamawiający przypisał 100% znaczenie, a zarzuty odwołania zmierzają do wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia treści oferty przez przystępującego oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty przystępującego oraz poddania oferty odwołującego ponownemu badaniu i ocenie, a zatem dałoby mu szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowód z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożył on Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, a w szczególności:

1. *Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego,*
2. *Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),*
3. *Wniosku o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożył onego przez InPost Sp. z o.o. z Krakowa przy piśmie z dnia 9 września 2013 r.,*
4. *Pisma zamawiającego z dnia 18 października 2013 r. Zmiana treści SIWZ oraz Pytania – odpowiedzi nr 1,*
5. *Oświadczenia zamawiającego z dnia 5 listopada 2013 r. dotyczącego kwoty, jaką zamawiający planuje przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,*
6. *Oferty PGP S.A.,*
7. *Oferty Poczty Polskiej S.A.,*
8. *Wezwania do wyjaśnień w zakresie zastrzeżenia treści oferty z dnia 15 listopada 2013 r. skierowanego do PGP S.A.,*
9. *Wezwania do wyjaśnień w zakresie zastrzeżenia treści oferty z dnia 15 listopada 2013 r. skierowanego do Poczty Polskiej S.A. – dokument zawiera*

- informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa,
10. Wyjaśnień w sprawie tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 19 listopada 2013 r.,
złożonych przez PGP S.A. – dokument zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa,
 11. Wyjaśnień w sprawie tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 18 listopada 2013 r.,
złożonych przez Poczta Polską S.A.,
 12. Wezwania do wyjaśnień z dnia 15 listopada 2013 r. skierowanego do PGP S.A.
w szczególności w zakresie posiadania sieci placówek i świadczenia usług w obrocie
zagranicznym,

KIO2762/13 15

13. Zawiadomienie z dnia 19 listopada 2013 r. o poprawieniu omyłki, skierowanego do
PGP S.A.,
14. Zawiadomienie z dnia 19 listopada 2013 r. o poprawieniu omyłki, skierowanego do
Poczty Polskiej S.A.,
15. Wyjaśnień PGP S.A. z dnia 20 listopada 2013 r. w szczególności w zakresie
posiadania sieci placówek i świadczenia usług w obrocie zagranicznym – dokument
(od str. 2 wiersz 7) zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa,
16. Pisma Poczty Polskiej S.A. z dnia 15 listopada 2013 r. – wniosek o odtajnienie
w całości oferty PGP S.A.,
17. Pisma zamawiającego z dnia 22 listopada 2013 r. informującego Poczta Polską S.A.
o odmowie odtajnienia zastrzeżonej części oferty PGP S.A.,
18. Zawiadomienia o wyniku postępowania z dnia 22 listopada 2013 r.

Nadto Izba dopuściła dowody z:

- pisma z dnia 11 grudnia 2013 r. wraz z załącznikami (umowy z 3 podmiotami),
złożone przez przystępującego na posiedzeniu – załączniki zawierają
informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa,
- oświadczeń władz gminnych (561) złożonych przez odwołującego na rozprawie,
- oferty z dnia 5 listopada 2013 r. na świadczenie usług pocztowych złożonej przez
Poczta Polską S.A. w postępowaniu prowadzonym przez PGNiG (znak sprawy:
CRZ:ZP/2013/205/CS/HE) [odwołujący nie kwestionował, że postępowanie było
prowadzone przez PGNiG], złożonej przez przystępującego na rozprawie,
- oświadczeń z dnia 5 listopada 2013 r. (2) oraz oświadczenia z dnia
9 grudnia 2013 r. wraz z załącznikami złożonych przez przystępującego na
rozprawie – zawierają informacje stanowiące tajemnicę dokumenty
przedsiębiorstwa.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PGP S.A. z tego powodu, że
wykonawca ten nie posiadał na dzień składania ofert sieci placówek wymaganej przez
zamawiającego, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie zasługuje na
uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił.

W Rozdziale IV pkt 3 ppkt 6 zamawiający zażądał, w celu potwierdzenia, że
oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, złożenia

KIO2762/13 16

wraz z ofertą oświadczenia wykonawcy, w którym stwierdza, że:

- a) posiada co najmniej po jednej placówce pocztowej, licząc średnio w skali kraju,
przypadającej na 6000 mieszkańców na terenie gmin miejskich i gmin miejsko –
wiejskich,
 - b) posiada co najmniej jedną placówkę pocztową, licząc średnio w skali kraju,
przypadającą na 85 km² powierzchni w gminach wiejskich,
 - c) posiada w każdej gminie co najmniej jedną stałą placówkę pocztową,
- a nadto, że
- d) wskazane w lit. a-c placówki pocztowe czynne będą we wszystkie dni robocze,
z wyjątkiem sobót, co najmniej 5 dni w tygodniu, a jeżeli w tygodniu przypada dzień

ustawowo wolny od pracy, liczba ta może być odpowiednio niższa.

Zamawiający opracował wzór oświadczenia, stanowiący załącznik nr 10 do SIWZ.

Udzielając odpowiedzi na zapytania wykonawców zamawiający, pismem z dnia 18 października 2013 r., wyjaśnił i dopuszcza złożenie wraz z ofertą potwierdzenia posiadania w rozumieniu możliwości wykorzystania do wykonywania świadczenia, poprzez nadanie w imieniu zamawiającego przesyłek w placówkach pocztowych innych operatorów placówek, o których mowa w punkcie 3 podpunktu 6 SIWZ należących do innych operatorów pocztowych.

Wykonawca PGP S.A. złożył oświadczenie wg wzoru stanowiącego załącznik nr 10 do SIWZ (str. 29 oferty), a dodatkowo na wezwanie zamawiającego z dnia 15 listopada 2013 r. wyjaśnił (przy piśmie z dnia 20 listopada 2013 r.), że posiadane placówki pocztowe to placówki, które wykonawca może wykorzystać na podstawie odpowiednich umów. Na podstawie wyjaśnień z dnia 20 listopada 2013 r. oraz oświadczeń innych podmiotów (notarialnie poświadczonych) złożonych przez PGP S.A. jako załączniki do pisma z dnia 11 grudnia 2013 r. skład orzekający Izby ustalił, że umowy te to umowy zawarte z innym operatorem pocztowym, który udostępnia zasoby własne, jak i zasoby agentów pocztowych na podstawie zawartych z nimi umów.

Wykonawca PGP S.A. wraz z ofertą złożył oświadczenie z dnia 30 października 2013 r. innego operatora pocztowego, który udostępnił PGP S.A. zasoby organizacyjne, osobowe i techniczne w formule podwykonawstwa. Powierzenie do wykonania podwykonawcom części zamówienia, tj. w zakresie przyjmowania, sortowania, przemieszczania, doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotów przesyłek niedoręczonych wynika z oświadczenia PGP S.A. złożonego w ramach Formularza ofertowego (str. 3 oferty).

Zgodnie z definicją legalną, zawartą w art. 3 pkt 15 ustawy z dnia 23 listopada 2013 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529) [dalej „ustawa Prawo pocztowe”] placówka pocztowa oznacza „jednostkę organizacyjną operatora pocztowego lub agenta pocztowego, w której może na zawrzeć umowę o świadczenie usługi pocztowej lub która doręcza

KIO/2762/13 17

adresatom przesyłki pocztowe lub kwoty pieniężne określone w przekazach pocztowych, albo inne wyodrębnione i oznaczone przez operatora pocztowego miejsce, w którym może na zawrzeć umowę o świadczenie usługi pocztowej lub odebrać przesyłkę pocztową lub kwotę pieniężną określoną w przekazie pocztowym”.

Skład orzekający Izby zważył.

W świetle wskazanego powyżej wyjaśnienia treści SIWZ stwierdzić należy, że posiadaniem placówek pocztowych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest możliwość wykorzystania do wykonywania świadczenia placówek należących do innych operatorów pocztowych, przy czym - ze względu na definicję placówki pocztowej - przyjąć należy, że placówką należącą do innego operatora pocztowego jest zarówno jednostka organizacyjna tego operatora, jak i jednostka agenta pocztowego pośredniczącego na rzecz tego operatora pocztowego.

Sformułowanie „możliwość wykorzystania do wykonywania świadczenia” ewidentnie referuje do etapu świadczenia usług, nie zaś terminu składania ofert, stąd w ocenie składu orzekającego Izby wystarczającym, w świetle wyjaśnienia zamawiającego z dnia 18 października 2013 r., było – w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom zamawiającego – złożenie oświadczenia o posiadaniu rozumianym jako dysponowanie na dzień składania ofert możliwością wykorzystania od pierwszego dnia świadczenia usług pocztowych, objętych przedmiotowym zamówieniem, odpowiednimi placówkami pocztowymi.

W ocenie składu orzekającego Izby, uwzględniając powyższe rozumienie posiadania, wykonawca PGP S.A. mógł oświadczyć, że posiada placówki, o których mowa w Rozdziale IV pkt 3 ppkt 6 lit. a-c SIWZ, ponieważ na dzień składania ofert miał, wynikającą z zawartych z innym operatorem pocztowym umów, możliwość wykorzystania do wykonywania świadczenia placówek pocztowych w rozumieniu art. 3 pkt 15 ustawy Prawo pocztowe.

Dostrzeżenie wymaga, że równie odwołujący jako operator pocztowy wykorzystuje jednostki organizacyjne agentów pocztowych.

Skład orzekający Izby wskazuje także, że brak jest podstaw, aby poddawać w wątpliwość zawarte w wyjaśnieniach z dnia 20 listopada 2013 r. dodatkowe oświadczenie

wykonawcy PGP S.A., i adna z placówek pocztowych nie jest placówką w postaci „urządzenia słu ącego do świadczenia usług pocztowych” lub „nadawczą skrzynką pocztową”, co pozwoli na sprawdzenie w tych placówkach przez upowa nione i przeszkolone osoby to samości osoby odbierającej przesyłkę.

Biorąc powy sze pod uwagę skład orzekający lzby nie znalazł podstaw do uznania, e wykonawca PGP S.A. nie posiadał na dzień składania ofert placówek, o których mowa w Rozdziale IV pkt 3 ppkt 6 lit. a-c SIWZ.

KIO 2762/13 18

Ze względu na brzmienie lit. d (Rozdział IV pkt 3 ppkt 6 SIWZ), tj. postu enie się przez zamawiającego czasem przyszłym w odniesieniu do godzin otwarcia placówek pocztowych skład orzekający lzby nie znalazł podstaw, aby – wobec zło onego przez wykonawcę PGP S.A. zgodnie z ądaniem zamawiającego oświadczenia (str. 29 oferty), potwierdzonego równie w wyjaśnieniach z dnia 20 listopada 2013 r. – kwestionować prawdziwość tego oświadczenia.

W konsekwencji skład orzekający lzby nie uwzględnił, powiązanego z tym zarzutem, zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PGP S.A., której zło enie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zarzuty:

- zaniechania odrzucenia oferty PGP S.A. z tego powodu, e wykonawca ten nie mo e realizować obrotu zagranicznego, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. oraz art. 4 i 5 oraz art. 178 ust. 1 ustawy Prawo pocztowe,
- zaniechania wykluczenia PGP S.A. z powodu zło enia nieprawdziwego oświadczenia co do posiadania uprawnień do świadczenia usług w zakresie dotyczącym przesyłek poza granicami kraju, czym zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
- zaniechania odrzucenia oferty PGP S.A. w następstwie zaniechania

e nie posiada uprawnień do wykluczenia tego wykonawcy z

tego powodu,

wykonywania określonej działalności, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp

nie zasługują na uwzględnienie.

Skład orzekający lzby ustalił:

Do świadczenia usług pocztowych w obrocie zagranicznym stosuje się przepisy ustawy Prawo pocztowe, je eli międzynarodowe przepisy nie stanowią inaczej (art. 4 ustawy Prawo pocztowe).

Zadania z zakresu działalności pocztowej, określone dla zarządów pocztowych lub administracji pocztowych w międzynarodowych przepisach pocztowych, wykonuje operator wyznaczony (art. 5 ustawy Prawo pocztowe).

Świadczenie usług pocztowych odbywa się na podstawie umów o współpracę zawieranych między operatorami pocztowymi (art. 14 pkt 2) ustawy Prawo pocztowe).

Poczta Polska S.A. pełni obowiązki operatora wyznaczonego w okresie 3 lat od dnia wejścia w ycie ustawy Prawo pocztowe (art. 178 ust. 1 ustawy Prawo pocztowe).

Zgodnie z Załącznikiem nr 5 do SIWZ pkt 4 zamawiający za ądał, aby usługa

KIO 2762/13 19

dostarczania przesyłek świadczona była dla ka dego wskazanego przez zamawiającego adresu w Polsce i za granicami kraju objętego Porozumieniem ze Światowym Związkiem Pocztowym.

Zgodnie z postanowieniem Załącznika nr 5 do SIWZ pkt 7 zamawiający ustanowił wymóg wysyłania korespondencji przez jednostki sądownictwa i jednostki prokuratury tylko i wyłącznie we własnym imieniu (nadawca przesyłki).

Zamawiający za ądał, w odniesieniu do posiadania uprawnień do wykonywania działalności pocztowej na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej oraz zagranicą (Rozdział IV pkt 2 i i 3 ppkt 2) SIWZ) zło enia wraz z ofertą zaświadczenia o wpisie do rejestru

operatorów pocztowych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, wydanego przez tego Prezesa, z którego wynika, i obszar na którym będzie wykonywana działalność pocztowa obejmuje obszar Rzeczypospolitej Polskiej oraz zagranicę.

W ofercie wykonawca PGP S.A. złożył wydane przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej *Zaświadczenie o wpisie do Rejestru operatorów pocztowych* z dnia 4 lutego 2011 r., w którym jako obszar, na którym będzie wykonywana działalność pocztowa wskazano: „Rzeczpospolita Polska” oraz „Zagranica” (str. 39-40 oferty).

W złożonych przy piśmie z dnia 20 listopada 2013 r. (na wezwanie zamawiającego z dnia 15 listopada 2013 r.) wyjaśnieniach wykonawca PGP S.A. oświadczył, co potwierdził na rozprawie, że usługi pocztowe w obrocie zagranicznym będzie świadczył na podstawie umowy o współpracę zawartej z operatorem wyznaczonym na terenie Unii Europejskiej, który jest członkiem Światowego Związku Pocztowego.

Skład orzekający Izby zważył.

Na rozprawie odwołujący oświadczył, że nie kwestionuje możliwości wykonywania przez innych operatorów pocztowych, w tym Polską Grupę Poczтовую S.A., usług pocztowych w obrocie zagranicznym, ale kwestionuje wykonywanie tych usług w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a to ze względu na postawiony przez zamawiającego w Załączniku nr 5 pkt 7 wymóg tj. wysyłania korespondencji przez jednostki sądownictwa i jednostki prokuratury tylko i wyłącznie we własnym imieniu (nadawca przesyłki).

W uzasadnieniu dowołania odwołujący, powołując się na art. 4, 5 i 178 ust.1 ustawy Prawo pocztowe, wskazał, że jako operator wyznaczony jest wyłącznym podmiotem zdolnym do samodzielnej obsługi korespondencji wychodzącej, przeznaczonej do doręczenia poza granicami kraju. Wskazał także, że jest jedynym krajowym operatorem wyznaczonym przez Rzeczpospolitą Polską do zapewnienia świadczenia usług pocztowych i wypełniania obowiązków wynikających z aktów Światowego Związku Pocztowego, a nadto że PGP S.A. nie posiada z Poczcią Polską S.A. zawartych umów, które pozwalałyby jej na nadawanie

KIO 2762/13 20

przesyłek poza granice kraju z udziałem Poczty Polskiej.

Z argumentacji odwołującego ujętej w odwołaniu wynika, że odwołujący nie neguje możliwości wykonania przez PGP S.A. usług pocztowych w obrocie zagranicznym inaczej niż samodzielnie, tj. z udziałem Poczty Polskiej S.A. jako operatorem wyznaczonym (skoro umowa z Poczcią Polską S.A. w tym zakresie pozwalałaby PGP S.A. na nadawanie przesyłek poza granice kraju), nie neguje tym samym także możliwości wywiązania się w takim przypadku przez PGP S.A. z obowiązku zawartego w Załączniku nr 5 pkt 7 SIWZ.

Skład orzekający Izby wskazuje, że fakt wyznaczenia Poczty Polskiej S.A. (jako operatora wyznaczonego) do wykonywania zadań, o których mowa w art. 5 ustawy Prawo pocztowe, tj. wykonywania zadań z zakresu działalności pocztowej, określonych dla zarządów pocztowych lub administracji pocztowych w międzynarodowych przepisach pocztowych (co odwołujący opisał jako „zapewnienie świadczenia usług pocztowych i wypełnianie obowiązków wynikających z aktów Światowego Związku Pocztowego”) niewątpliwie nakłada na Pocznię Polską S.A. obowiązki wynikające z tych międzynarodowych przepisów pocztowych, jednak nie oznacza zakazu świadczenia usług pocztowych w obrocie zagranicznym przez innych niż operator wyznaczony operatorów pocztowych (czego zresztą – w świetle złożonego na rozprawie oświadczenia – ostatecznie odwołujący nie kwestionował).

Dostrzeżenie wymaga, że art. 4 ustawy Prawo pocztowe wskazuje, że do świadczenia usług pocztowych w obrocie zagranicznym stosuje się przepisy tej ustawy,

adnych jesteli międzynarodowe

przepisy nie stanowią inaczej. Odwołujący nie wskazał przepisów międzynarodowych, które zakazywałyby (czy choćby ograniczały) zarejestrowanym w Polsce operatorom pocztowym świadczenia usług pocztowych w obrocie zagranicznym, nie wskazał także przepisów, które obowiązywałyby operatorów pocztowych do samodzielnej obsługi korespondencji wychodzącej, przeznaczonej do doręczenia poza granicami kraju.

Skoro zgodnie z art. 14 pkt 2) ustawy Prawo pocztowe świadczenie usług pocztowych (wszystkich, a zatem także w obrocie zagranicznym) odbywa się na podstawie umów

o współpracę zawieranych między operatorami pocztowymi, to wykonawca PGP S.A. mógł zawrzeć umowę w celu świadczenia usług pocztowych objętych przedmiotowym postępowaniem, tj. w obrocie zagranicznym, z operatorem zagranicznym

Jak oświadczył wykonawca PGP S.A. na rozprawie (i co wynika z wyjaśnień złożonych przy piśmie z dnia 20 listopada 2013 r. na wezwanie zamawiającego z dnia 15 listopada 2013 r.) usługi pocztowe w obrocie zagranicznym będzie świadczył na podstawie umowy o współpracę zawartej z operatorem wyznaczonym na terenie Unii Europejskiej.

Fakt, że sam odwołujący dopuszczał do liwości świadczenia przez PGP S.A. usług

KIO 2762/13 21

pocztowych w obrocie zagranicznym z udziałem Poczty Polskiej S.A. (w wyniku zawartej pomiędzy tymi operatorami umowy), nie negując w takim przypadku tak i do liwości wywiązania się przez PGP S.A. z obowiązku zawartego w Załączniku nr 5 pkt 7 SIWZ pozwala w ocenie składu orzekającego Izby przyjąć, że tak i realizacja usług pocztowych w obrocie zagranicznym z udziałem innego operatora wyznaczonego na terenie Unii Europejskiej (w wyniku umowy o współpracę zawartej pomiędzy PGP S.A. a zagranicznym operatorem wyznaczonym) będzie świadczona przez PGP S.A. z poszanowaniem wymogu wysyłania korespondencji przez jednostki sądownictwa i jednostki prokuratury we własnym imieniu – w wyjaśnieniach z dnia 20 listopada 2013 r., jak i na rozprawie PGP S.A. oświadczył, że pozwalają na to warunki zawartej z tym operatorem umowy.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego zaprezentowanej na rozprawie, tj. że ewentualna realizacja usług pocztowych w obrocie zagranicznym bez udziału Poczty Polskiej jako operatora wyznaczonego uniemożliwi zwrot kosztów przesyłki nie doręczonej, skład orzekający Izby wskazuje, że odwołujący w adekwatny sposób nie wykazał, że z udziałem innego wyznaczonego operatora pocztowego na terenie Unii Europejskiej PGP S.A. nie będzie w stanie skutecznie przeprowadzić postępowania reklamacyjnego w powyższym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do uznania, że wykonawca PGP S.A. nie może świadczyć usług w obrocie zagranicznym, w tym z uwzględnieniem wymogu zamawiającego zawartego w Załączniku nr 5 do SIWZ pkt 7.

Skład orzekający Izby nie znalazł także podstaw do uznania, że wykonawcę PGP S.A. należy wykluczyć z tego powodu, że nie posiada uprawnień do wykonywania określonej działalności skoro wykonawca złożył wraz z ofertą złożoną przez zamawiającego zaświadczenie obejmujące nie tylko obszar RP, ale i zagranicę.

W konsekwencji skład

orzekający Izby nie znalazł podstaw do uznania, że wykonawca PGP S.A. złożył nieprawdziwe oświadczenia co do posiadania uprawnień, co do możliwości świadczenia usług pocztowych w zakresie dotyczącym przesyłek poza granicami kraju.

Zarzut zaniechania wezwania PGP S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, czym zamawiającym naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił:

Zgodnie z Rozdziałem II pkt 2 SIWZ zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 2 części:

KIO 2762/13 22

- część 1 – świadczenie usług pocztowych na rzecz jednostek organizacyjnych sądownictwa powszechnego,
- część 2 – świadczenie usług pocztowych na rzecz powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury.

W *Protokole postępowania w trybie przetargu nieograniczonego* pkt 2.2., (dalej „Protokół”) wskazano, że wartość szacunkową tego zamówienia ustalono w wysokości:

- dla części 1 – 779 864 362,17 zł,

- dla części 2 – 87 796 553,36 zł

oraz wskazano, że w kwotach tych zamawiający uwzględnił wartość przewidywanych zamówień uzupełniających, tj.:

- dla części 1 – 259 954 787,39 zł,
- dla części 2 – 29 265 517,79 zł.

W pkt 8.1. *Protokołu* wskazano, że zamawiający, bezpośrednio przed otwarciem ofert, podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia, wynoszącą:

- dla części 1 – 511 539 824,10 zł,
- dla części 2 – 61 121 400,97 zł.

W pkt 9 *Protokołu* wskazano, że do upływu terminu składania ofert złożył on dwie oferty:

1. Polska Grupa Poczтовая S.A. z cenami:

- dla części 1 – 460 892 224,03 zł brutto,
- dla części 2 – 36 047 112,36 zł brutto;

2. Poczta Polska S.A. z cenami:

- dla części 1 – 529 941 463,12 zł brutto,
- dla części 2 – 51 471 595,25 zł brutto.

Cena ofertowa PGP S.A. została poprawiona przez zamawiającego (informacja do PGP S.A. została skierowana pismem z dnia 19 listopada 2013 r.) i wynosiła:

- dla części 1 – 460 892 224,56 zł brutto,
- dla części 2 – 36 047 071,51 zł brutto.

Skład orzekający zważył:

Wobec uwzględnienia przez zamawiającego w wartości szacunkowej zamówienia (w obu częściach) wartości zamówień uzupełniających, uznać należy, że wartość szacunkową zamówienia, do której by można było przyrównać złożyć one w przedmiotowym postępowaniu ceny ofertowe należy:

- pomniejszyć o wartość zamówień uzupełniających,
- zwiększyć o wartość podatku od towarów i usług – stawka 23% (skoro ceny ofertowe są cenami brutto, a wartość szacunkowa zamówienia nie obejmuje tego podatku –

KIO2762/13 23

art. 32 ust. 1 ustawy Pzp),

co prowadzi do ustalenia następujących wartości:

- dla części 1 – 639 488 776,99 zł,
- dla części 2 – 71 993 173,75 zł.

Z zestawienia ceny ofertowej PGP S.A. (po poprawieniu przez zamawiającego) z wartością zamówienia (z pominięciem zamówień uzupełniających i uwzględnieniem 23 % stawki podatku VAT) wynika, że cena ta stanowi:

- dla części 1 – 72 %,
- dla części 2 – 50 %

wartości zamówienia.

Z zestawienia ceny ofertowej PGP S.A. z ceną ofertową Poczty Polskiej S.A. wynika, że cena PGP S.A. stanowi:

- dla części 1 – 86 %,
- dla części 2 – 70 %.

ceny Poczty Polskiej S.A.

W uzasadnieniu odwołania Poczta Polska S.A. podniosła, że „podstawowym punktem odniesienia dla oceny oferty pod kątem racjonalności niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego, powiększona o właściwą stawkę podatku VAT”, „Kolejnym punktem odniesienia w kwalifikacji ceny jako racjonalnie niskiej są ceny zawarte w ofertach złożonych przez pozostałych wykonawców w konkretnym postępowaniu (...) ceny zawarte w konkurencyjnych ofertach odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia”.

O ile skład orzekający liczby podzielił co do zasady pogląd odwołującego, że podstawowym punktem odniesienia przy ustaleniu zaoferowanej ceny pod kątem jej racjonalności niskiego poziomu jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, powiększona o właściwą stawkę podatku VAT, a także że kolejnym punktem odniesienia są

ceny ofertowe pozostałych wykonawców, o tyle skład orzekający Izby nie podziela stanowiska, a w przedmiotowym postępowaniu są one miarodajne.

Po pierwsze, wskazać należy, że zamawiający – co oświadczył na rozprawie – ustalając wartość szacunkową zamówienia odwołał się do „sposobu historycznego” szacowania, tj. oparł się na usługach wcześniej świadczonych, zaznaczając przy tym, że do tej pory usługi te świadczone były wyłącznie przez Poczta Polską S.A. (art. 34 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – taka te podstawa została wskazana w pkt 2 *Protokołu*). Oznacza to, że zamawiający szacował wartość zamówienia, opierając się na cenach jednego z dwóch wykonawców, którzy złożyli ofertę w przedmiotowym postępowaniu, tj. cenach Poczty KIO 2762/13 24

Polskiej S.A.

Po drugie, wskazać należy odmienną przydatność odwoływania się do cen ofertowych innych wykonawców w sytuacji, gdy w postępowaniu złoży ono jedynie dwie oferty od sytuacji, gdy w postępowaniu złoży ono wiele ofert (trzy i więcej). Złożenie w postępowaniu jedynie dwóch ofert o odbiegających od siebie wartościach nie pozwala wprost na stwierdzenie, że jedna z nich jest prawidłowa, druga zaś automatycznie wymaga zbadania pod kątem zaoferowania ceny raczej niskiej.

Po trzecie, wskazać należy, że dopiero wejściem w życie ustawy z dnia 23 listopada 2013 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529), tj. z dniem 1 stycznia 2013 r. nastąpiło uwolnienie rynku usług pocztowych mające na celu wdrożenie do polskiego porządku prawnego postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/6/WE z dnia 20 lutego 2008 r. zmieniającej dyrektywę 97/67/WE, toteż uważać należy, że obecnie na rynku pocztowym następuje ustalenie rzeczywistego poziomu cen rynkowych na usługi pocztowe. Jak podniósł przystępujący w piśmie z dnia 11 grudnia 2013 r. „niniejsze postępowanie jest pierwszym konkurencyjnym postępowaniem na obsługę sądownictwa i prokuratur w zakresie usług pocztowych” (odwołujący tego nie kwestionował).

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że porównanie ceny ofertowej PGP S.A. do wartości szacunkowej zamówienia (powiększonej o wartość obliczonego podatku VAT wg stawki 23 %) jest niemiernodajne dla powstania obowiązku jej badania pod kątem jej raczej niskiego charakteru, ponieważ wartość szacunkowa zamówienia została w istocie ustalona w oparciu o wcześniejszą politykę (przy braku uwolnienia rynku usług pocztowych) cenową podmiotu ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie, tj. Poczty Polskiej S.A.

Skład orzekający Izby stanął także na stanowisku, że porównanie ceny ofertowej PGP S.A. do ceny ofertowej Poczty Polskiej S.A. jest niemiernodajne dla powstania obowiązku jej badania pod kątem jej raczej niskiego charakteru, ponieważ – wobec niedawnego uwolnienia rynku usług pocztowych i obecnego ustalania poziomu cen usług pocztowych w szczególności w segmencie usług dla sądownictwa i prokuratur – cena ofertowa Poczty Polskiej nie może zostać uznana za cenę, która odzwierciedla poziom rynkowy usług pocztowych.

Potwierdzeniem obecnego ustalania cen rynkowych na usługi pocztowe, w którym Polska Poczta S.A. uczestniczy, są także ceny przez nią zaoferowane w postępowaniu prowadzonym przez PGNiG, w którym Poczta Polska S.A. zaoferowała ceny niższe od cen wynikających z jej cennika nawet o 55 % (zestawienie tabelaryczne ujęte w piśmie przystępującego z dnia 11 grudnia 2013 r.).

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że w niniejszym stanie faktycznym braku było podstaw do wezwania wykonawcy PGP S.A. do złożenia wyjaśnień

KIO 2762/13 25

w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji oddalenia poprzednich zarzutów skład orzekający Izby nie znalazł także podstaw do uwzględnienia zarzutu odrzucenia oferty wykonawcy PGP S.A. z tego powodu, że realizacja zamówienia w oparciu o złożoną przez tego wykonawcę ofertę nie jest możliwa, ani do uznania, że zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także że oferta wykonawcy wymagała uzupełnień na

w wyniku podstawie art. 26 ust. 2b

ustawy Pzp oraz kolejnych wyjaśnień (innych niż wezwania zamawiającego z dnia 15 listopada 2013 r.) na podstawie art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżeń jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zawartych w dokumentach złożonych wraz z ofertą przez wykonawcę PGP S.A. oraz w wyjaśnieniach, czym zamawiający naruszył art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut zaniechania odtajnienia zastrzeżeń przez PGP S.A. części oferty oraz złożonych przez niego w toku postępowania przetargowego wyjaśnień odwołujący zgłosił w pkt 8 na str. 2 odwołania. Skład orzekający Izby uznał przy tym, że brak wiedzy odwołującego co do zastrzeżeń informacji i dokumentów, które je zawierają nie pozwoliły na sprecyzowanie zarzutu, tym samym również argumenty zawarte w uzasadnieniu odwołania mają jedynie ogólny charakter.

Skład orzekający Izby ustalił.

Wykonawca PGP S.A. złożył ofertę na 106 stronach, z czego strony 98-106 zostały zastrzeżone jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy.

Zastrzeżone dokumenty to:

- oświadczenie z dnia 30 października 2013 r. o oddaniu do dyspozycji PGP S.A. zasobów - środków finansowych, a także o udzieleniu wsparcia merytorycznego w zakresie działań związanych z zapewnieniem niezakłóconego finansowania realizacji zamówienia (str. 98),
- opinie bankowe odnoszące się do podmiotu oddającego do dyspozycji PGP S.A. swoje zasoby finansowe (str. 99 i 100),
- Wykaz wykonanych usług (str. 111), przy czym wszystkie usługi to usługi realizowane

26 KIO 2762/13

na rzecz podmiotów niepublicznych,

- oświadczenie o oddaniu do dyspozycji PGP S.A. zasobów – wiedzy i doświadczenia, w tym udostępnienie w formule podwykonawstwa (str. 102),
- listy referencyjne dotyczące usług wskazanych w Wykazie (str. 103-106).

Skład orzekający Izby zważył.

Zawarty w uzasadnieniu odwołania wniosek odwołującego, że PGP S.A. utajnił zdecydowaną większość swojej oferty nie znajduje potwierdzenia w ustalonym przez skład orzekający Izby stanie faktycznym – jak wskazano powyżej oferta PGP S.A. to 106 stron, z których część zastrzeżona to strony 98-106, a zatem łącznie jedynie 9 stron. Tym samym nie znajduje potwierdzenia oparty na twierdzeniu zastrzeżenia przez PGP S.A. „zdecydowanej większości” oferty wniosek o „automatycznym” i mającym „na celu jedynie uniemożliwienie zweryfikowania jej prawidłowości i zgodności z wymaganiami SIWZ przez konkurencję”.

Ze względu na brak wiedzy odwołującego co do zastrzeżeń informacji i dokumentów, które je zawierają, a w związku z tym niewskazanie w odwołaniu tych dokumentów i informacji, a jednocześnie ze względu na dodatkowe oświadczenia odwołującego złożone na rozprawie, że odtajnienie oferty PGP S.A. i złożonych w toku postępowania przez tego wykonawcę wyjaśnień ma dla niego znaczenie dla oceny posiadania przez PGP S.A. placówek zgodnie z wymaganiami SIWZ, a także dla oceny możliwości świadczenia usług pocztowych w obrocie zagranicznym skład orzekający Izby uznał, że odwołujący kwestionuje prawidłowość zastrzeżenia przez PGP S.A. jedynie tych dokumentów, które odnoszą się do wskazanych dwóch kwestii (posiadania przez PGP S.A. placówek zgodnie z wymaganiami SIWZ, a także dla oceny możliwości świadczenia usług pocztowych w obrocie zagranicznym). Jest to tym bardziej uzasadnione wobec oświadczenia przez odwołującego na rozprawie, że formułując zarzut utajnienia części oferty nie chodziło mu o wykaz obejmujący realizowane na rzecz podmiotów prywatnych i odnoszące się do tych usług referencje (który niewątpliwie nie jest przydatny dla ustalenia posiadania przez PGP S.A. placówek i możliwości świadczenia przez niego usług pocztowych w obrocie

zagranicznym), ale o oświadczenia podmiotów udostępniających swoje placówki. Przemawia za tym tak e fakt, e sam odwołujący w zło onej przez siebie ofercie zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w Wykazie wykonanych usług, oraz listach referencyjnych (str. 5-7), tj. informacje dotyczące realizacji usług na rzecz podmiotów niepublicznych.

Skład orzekający Izby, uwzględniając wskazane dokumenty znajdujące się na str. 98-106 oferty PGP S.A. przyjął zatem, e odwołujący zakwestionował jedynie prawidłowość zastrzeżenia informacji zawartych w oświadczeniu o oddaniu do dyspozycji

KIO 2762/13 27

PGP S.A. zasobów – wiedzy i doświadczenia, w tym udostępnienie w formule podwykonawstwa (str. 102).

Kluczową kwestią jest rozstrzygnięcie co do charakteru informacji zastrzeżonych w znajdującym się na stronie 102 oferty PGP S.A. oświadczeniu. W ocenie składu orzekającego Izby informacje te, jak i informacje zawarte w wyjaśnieniach PGP S.A. z dnia 20 listopada 2013 r. stanowią, w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, inne informacje posiadające dla tego przedsiębiorcy wartość gospodarczą, ponieważ są to informacje dotyczące organizacji przez PGP S.A. świadczenia usług pocztowych dedykowanej temu postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Mając e przedmiotowe na względzie fakt (na co wskazywał przystępujący PGP S.A.), postępowanie jest pierwszym konkurencyjnym postępowaniem na obsługę polskiego sądownictwa i prokuratur w zakresie usług pocztowych oraz skalę tego postępowania ochrona informacji dotyczących (znajdującą odzwierciedlenie w cenach ofertowych)

organizacji świadczenia usług w ramach tego postępowania jest tym bardziej uzasadniona. Z charakteru informacji zawartych w treści oświadczenia (zobowiązania) wynika również, e nie mają one waloru informacji powszechnie dostępnych. Sposób zabezpieczenia informacji w ofercie, jak i wyjaśnieniach (wyraźne zastrzeżenie co do poufności dokumentów zawierających informacje) wskazuje, e PGP S.A. podjął właściwe i wystarczające kroki w celu zachowania tych informacji w poufności.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do uznania, e w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniały przesłanki do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przez PGP S.A. informacji zawartych w oświadczeniu – zobowiązaniu do oddania do dyspozycji zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy PGP S.A. z powodu niewniesienia wadium, czym zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Na rozprawie odwołujący złożył oświadczenie, e cofa zarzut zaniechania wykluczenia Polskiej Grupy Poczтовой S.A. z tego powodu, e wykonawca ten nie wniósł wadium, wobec czego, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 oraz uwzględniając kontradyktoryjny charakter toczącego się przed Izbą postępowania, skład orzekający Izby pozostawił ten zarzut bez rozpoznania.

Wobec nieuwzględnienia przez skład orzekający Izby adnego z objętych odwołaniem zarzutów odwołanie zostało oddalone.

KIO 2762/13 28

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

KIO 2762/13 29