

WYROK

z dnia 20 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2014 r. przez Odwołującego – InPost sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (30-624), przy ul. Malborskiej 130, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Urząd Skarbowy w Legnicy, ul. Najświętszej Marii Panny 3, 59-220 Legnica, przy udziale wykonawcy Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (00-940), przy ul. Stawki 2 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – InPost sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (30-624), przy ul. Malborskiej 130 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – InPost sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (30-624), przy ul. Malborskiej 130 tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Legnicy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Skarbowy w Legnicy, ul. Najświętszej Marii Panny 3, 59-220 Legnica, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług pocztowych na potrzeby Izby Skarbowej we Wrocławiu oraz Urzędów Skarbowych woj. dolnośląskiego (znak sprawy OL/2512/PN/1/14), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 sierpnia 2014 r., pod nr 2014/S 153-275021.

W dniu 24 września 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (00-940), przy ul. Stawki 2 (dalej: „Wykonawca PP”).

Wykonawca InPost sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (30-624), przy ul. Malborskiej 130 (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Izby, w dniu 3 października 2014 r., odwołanie, którym zaskarżył:

1. zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy PP, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
2. zaniechanie zwrócenia się do Wykonawcy PP o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia złożonej przez niego oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej,

czym – w ocenie Odwołującego – Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 90 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty Wykonawcy PP, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

4. ewentualnie – na wypadek nieuwzględnienia powyższego żądania – zwrócenia się do Wykonawcy PP o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i w konsekwencji odrzucenia jego oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę,
5. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, ponieważ jego oferta sklasyfikowana została na drugim miejscu, tj. za ofertą wykonawcy, która powinna zostać odrzucona.

Na uzasadnienie Odwołujący wskazał, że zarzuty dotyczą w pierwszej kolejności zaniechania zwrócenia się do przez Zamawiającego do Wykonawcy PP o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Podał, że kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podana przed otwarciem ofert wynosiła 15.530.391,96 zł brutto. Wartość szacunkowa zamówienia, zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, została określona na kwotę 15.275.207,63 zł netto. Do Zamawiającego wpłynęły dwie oferty:

1. oferta Wykonawcy PP, opiewająca na kwotę 8.662.974,30 zł brutto,
2. oferta Odwołującego z kwotą 9.281.055,68 zł brutto.

Odwołujący podkreślił, że cena zaoferowana przez Wykonawcę PP stanowi, w odniesieniu do kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienie, jedynie około 55% jej wartości i jest to zarazem około 45% szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego już ta okoliczność powinna przesądzać o zasadności wezwania ww. do udzielenia stosownych wyjaśnień w sprawie wysokości zaoferowanej ceny.

Odwołujący wyjaśnił następnie, że w Postępowaniu mamy do czynienia nie tylko z ceną rażąco niską w odniesieniu do ceny wskazywanej jako wynagrodzenie za wykonanie całości przedmiotu zamówienia (ceny ofertowej), ale i w odniesieniu do poszczególnych cen podanych w formularzu ofertowym. W szczególności zwrócił uwagę na zaoferowaną przez Wykonawcę PP cenę za przesyłki listowe rejestrowane ekonomiczne o wadze do 350 g, od 350 g do 1 kg oraz od 1 kg do 2 kg, którą ww. określił na kwotę 2,63 zł brutto za każdą jednostkę takiej korespondencji oraz na cenę za potwierdzenie odbioru przesyłki listowej krajowej ekonomicznej w wysokości 0,98 zł za każdą jednostkę. Na uzasadnienie możliwości badania rażąco niskiej ceny w odniesieniu do cen jednostkowych Odwołujący przywołał poglądy z orzecznictwa Izby oraz stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący podał, że zgodnie z art. 78 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz.U.2012.1529), zwanej dalej „Ustawą”, Wykonawca PP jest operatorem wyznaczonym. Zgodnie z art. 53 ust. 1 Ustawy jest on zobowiązany stosować opłaty za usługi

powszechne w sposób przejrzysty i niedyskryminujący oraz odzwierciedlający koszty świadczenia tych usług. Stosownie do art. 54 Ustawy operator wyznaczony może stosować taryfy specjalne, niższe od obowiązujących za dany rodzaj lub sposób świadczenia usługi powszechnej, w stosunku do nadawców, którzy wykonują uzgodnione z nim czynności związane z przygotowaniem lub opracowaniem przesyłek pocztowych lub uzgodnią z nim dodatkowe warunki w zakresie sposobu świadczenia usługi oraz do nadawców nadających znaczną liczbę przesyłek w ustalonym z operatorem okresie, pod warunkiem że operator przy ustalaniu taryf specjalnych stosuje wobec nadawców jednolite i równe kryteria zarówno co do opłat za usługi powszechne, jak i warunków związanych z umową o świadczenie tych usług i uwzględnia poniesione koszty świadczenia usługi powszechnej. Operator wyznaczony jest obowiązany określić w regulaminie, o którym mowa w art. 49 ust. 1 Ustawy (a więc regulaminie świadczenia usługi powszechnej), kryteria ustalania taryf specjalnych oraz odpowiadające tym kryteriom procentowe poziomy opustów od opłat obowiązujących za dany rodzaj lub sposób świadczenia usługi powszechnej, z uwzględnieniem zasad, o których mowa w art. 54 ust. 1 Ustawy. Poziomy opustów mogą być określone przedziałowo.

Odwołujący zasygnalizował, że stosowne regulacje, o których mowa powyżej, znalazły się w „Regulaminie świadczenia usług powszechnych”, obowiązującym od dnia 19 sierpnia 2014 r., zwanego dalej „Regulaminem” oraz w „Cenniku usług powszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym”, obowiązującym od dnia 7 kwietnia 2014 r. (dalej: „Cennik”), których kopie załączone zostały do odwołania. Zgodnie z nimi cena za nadanie przesyłki listowej rejestrowanej ekonomicznej o wadze do 350 g wynosi 4,20 zł, o wadze od 350 g do 1 kg wynosi 5,90 zł, a o wadze od 1 kg do 2 kg wynosi 8,50 zł. Ceny takich przesyłek w ofercie Wykonawcy PP wynoszą 2,63 zł dla każdej kategorii wagowej, a więc są niższe odpowiednio o 37,38%, 55,42 % i aż o 69,05 %.

Zdaniem Odwołującego cena taka świadczy o zamiarze realizacji umowy poniżej kosztów świadczenia usługi z niżej wskazanych powodów:

Po pierwsze – prawo pocztowe przewiduje możliwość udzielania przez Wykonawcę PP rabatów od cen cennikowych w sytuacji, w której jego klient dokonuje szeregu czynności, które zwykle wykonuje sam operator, albo nadaje znaczną ilość korespondencji. Poziom udzielanych rabatów musi przy tym uwzględniać ponoszone przez Wykonawcę PP koszty, tj. rabat nie może być w wysokości skutkującej ceną poniżej poniesionych kosztów. Kwestia ta jest szczegółowo analizowana przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: „Prezes UKE”), który zatwierdza zasady udzielania rabatów przez Wykonawcę PP lub odmawia ich zatwierdzenia jeśli uznaje, że proponowane poziomy rabatów są zbyt wysokie i nie odzwierciedlają kosztów ponoszonych w związku z realizacją usługi. Odwołujący stwierdził, że zgodnie z zatwierdzonym przez Prezesa UKE Regulaminem,

maksymalny poziom rabatu jaki Wykonawca PP może udzielić klientowi na usługę listu poleconego rejestrowanego ekonomicznego wynosi, w przypadku nadawania przez niego do 3 mln sztuk korespondencji poleconej w ciągu jednego roku, 0% (vide regulamin, str. 29 – ust. 3 pkt 2). Należy zauważyć, że szacowana liczba korespondencji tego typu, która ma być nadawana przez Zamawiającego w całym okresie obowiązywania umowy, nie wynosi nawet 1,8 mln sztuk korespondencji. Warto dodać, że zgodnie z Regulaminem, maksymalny poziom rabatów dla korespondencji tego typu wynosi 42% procent i to przy założeniu, że liczba przesyłek poleconych (listowych rejestrowanych) wynosi powyżej 25 mln rocznie, z czego co najmniej 70% jest nadawanych w punkcie pocztowym WER, co najmniej 75% przesyłek stanowią przesyłki miejscowe i jednocześnie powyżej 70% przesyłek stanowią przesyłki nadawane na obszar miast. Przesyłki objęte zamówieniem nie spełniają tych wymogów, mimo tego Wykonawca PP udzielił na ich świadczenie rabat w wysokości od 37,38% do 69,05%. Rabat taki jest nie tylko niezgodny z zasadami udzielania rabatów ww. wykonawcę, ale jest również rabatem, który skutkuje świadczeniem usługi poniżej kosztów. Pamiętać bowiem należy, że ceny usługi powszechnej są tak kalkulowane by pokrywały koszty jej świadczenia wraz z niewielkim kilkuprocentowym zyskiem (na marginesie Odwołujący zaznaczył, że Wykonawca PP generuje stratę na świadczeniu usługi powszechnej, co wynika z przedłożonej przez niego Prezesowi UAE kalkulacji tzw. kosztu netto usługi powszechnej). Jeśli zatem Wykonawca PP udziela rabatu w wysokości od 37,38% do 69,05% w sytuacji, gdy nie może go udzielić w ogóle, przy czym udzielony rabat jest nawet kilkadziesiąt procent wyższy niż maksymalny dopuszczalny rabat, to nie ulega, zdaniem Odwołującego, wątpliwości, że cena po jakiej ma być świadczona usługa jest ceną poniżej kosztów, a więc jest ceną rażąco niską.

Odwołujący stwierdził ponadto, że złożenie przez Wykonawcę PP oferty zawierającej rażąco niskie ceny jednostkowe stanowi dodatkowo czyn nieuczciwej konkurencji (samodzielna przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp). Zgodnie z treścią art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. z późn. zm.), zwanej dalej „Znk”, utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego mamy w tej sprawie do czynienia także z takimi praktykami, gdyż Wykonawca PP zaoferował ceny niepokrywające kosztów realizacji zamówienia, a dodatkowo ich zaoferowanie było podyktowane celem w postaci wygrania przetargu, a więc wyeliminowania konkurencji, w tym Odwołującego. Tym samym zachodzi dodatkowa przesłanka do odrzucenia oferty Wykonawcy PP. Odwołujący zaznaczył, że w przypadku Wykonawcy PP udzielenie rabatu

niezgodnie z Regulaminem stanowi czyn sprzeczny z prawem pocztowym, a jako taki jest samodzielnym czynem nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w 3 ust. 1 Znk.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający potwierdził wysokość kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz wysokość cen ofert, jakie złożone zostały przez Odwołującego i Wykonawcę PP. Zaznaczył, że zaoferowana przez drugi z podmiotów cena stanowi, w odniesieniu do kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, 55,78% jej wartości, podczas gdy kwota zaoferowana przez Odwołującego stanowi z kolei 59,77% tej wartości oraz że różnica pomiędzy ww. ofertami wynosi 620.873,52 zł. Powyższe ma, w ocenie Zamawiającego, o tyle znaczenie w niniejszej sprawie, iż przy badaniu czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, jednym z punktów odniesienia są ceny ofertowe wykonawców. Zauważył również, że w przedmiotowej sprawie zostały złożone jedynie dwie oferty o bardzo zbliżonej wartości, stąd też niedopuszczalnym byłoby automatyczne uznawanie ceny Wykonawcy PP za rażąco niską na podstawie wyłącznie arytmetycznego kryterium i odrzucenia oferty poniżej ustalonego poziomu. Stosując jedynie ww. kryterium obie oferty wymagałyby odrzucenia. Zamawiający zaznaczył przy tym, że ustalanie rażąco niskiej ceny w oparciu o wartość zamówienia nie byłoby w tej sprawie właściwe.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podał, że badając kwestię wystąpienia rażąco niskiej ceny należy wziąć pod uwagę, iż niewątpliwie cena usługi winna być uzależniona od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. W ocenie Zamawiającego, jakkolwiek *de lege lata* w Pzp brak jest definicji ceny rażąco niskiej, kwestia ta winna być rozpatrywana pod kątem faktycznej możliwości wykonania usług objętych zamówieniem za cenę zaoferowaną przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie miał w tym zakresie żadnych wątpliwości, stąd nie wzywał wykonawców, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający uznał bowiem, iż Wykonawca PP jest podmiotem od wielu lat działającym na rynku usług pocztowych, stąd też brak było przesłanek sugerujących, iż za zaoferowaną cenę nie jest w stanie zrealizować zamówienia, zwłaszcza w kontekście szacunku dokonanego na podstawie cen „historycznych”, jak również ceny zaoferowanej przez Odwołującego.

Odnosząc się do wspomnianej metody ustalenia wartości szacunkowej zamówienia Zamawiający wyjaśnił, że oparł ją na przepisie art. 34 ust. 1 pkt 1 Pzp, czyli na łącznej wartości zamówień tego samego rodzaju udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych

ogółem. Te informacje odzwierciedlały z kolei wskaźniki sprzed 2013 r., wobec czego należy przyjąć, że Zamawiający operował danymi obejmującymi okres, w którym nie doszło jeszcze do uwolnienia rynku usług pocztowych, co nastąpiło dopiero z dniem 1 stycznia 2013 r. Istotne jest również, zdaniem Zamawiającego, iż do tej pory usługi dla poszczególnych jednostek skarbowych woj. dolnośląskiego były świadczone wyłącznie przez Wykonawcę PP oraz że dopiero obecnie na rynku usług pocztowych następuje ustalenie rzeczywistego poziomu cen rynkowych na usługi pocztowe.

Zamawiający zasygnalizował, że obecna polityka Wykonawcy PP wskazuje natomiast, że pojawienie się na rynku usług pocztowych innych operatorów publicznych, w tym Odwołującego, skłoniło Wykonawcę PP do ponownego skalkulowania kosztów usług, a w konsekwencji ustalenia na nowo poziomu rynkowego cen usług pocztowych. Potwierdzeniem powyższego są ceny zaoferowane przez niego w innych postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych, w tym przykładowo prowadzonego w drugiej połowie br. przez Urząd Skarbowy w Chorzowie dla jednostek skarbowych województwa śląskiego. Cena jednostkowa brutto za przesyłki rejestrowane ekonomiczne zaoferowana przez Wykonawcę PP w tamtejszym postępowaniu wyniosła 2,68 zł brutto, tj. 2,18 zł netto (w Postępowaniu – 2,63 zł brutto), za potwierdzenie odbioru przesyłki ekonomicznej 1,23 zł brutto, tj. 1,00 zł netto (w Postępowaniu – 0,98 zł brutto). Powyższe ceny również odbiegały od cennika zawartego w Regulaminie. Niemniej jednak zgodnie z dyspozycją art. 45 ust. 2 Ustawy usług pocztowych, świadczonych dla nadawców masowych nie zalicza się do usług powszechnych. Zamawiający podkreślił przy tym, że taki status posiada, zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 11 Ustawy, wobec czego Wykonawca PP miał pełne prawo do indywidualnego skalkulowania cen na potrzeby Postępowania. Na powyższe wskazał poniekąd również Odwołujący w pytaniu nr 5 do SIWZ skierowanym do Zamawiającego, stwierdzając, iż „[...]czym innym jest powszechna usługa pocztowa, która może być wykonywana tylko przez jeden podmiot – operatora wyznaczonego (Pocztę Polską) i to tylko w ramach obowiązku na niego nałożonego przez ustawę. Natomiast usługi realizowane przez innych operatorów niż operator wyznaczony oraz usługi realizowane przez operatora wyznaczonego, ale nie w ramach ustawowego obowiązku, nie są powszechnymi usługami pocztowymi[...]”. Stąd też argumenty Odwołującego się w zakresie braku prawa Wykonawcy PP do stosowania innych cen niż wynikające z obowiązującego go Regulaminu, należy uznać za bezpodstawne.

Za bezpodstawny należy uznać także zarzut stosowania przez Wykonawcę PP praktyk stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji. Nie bez znaczenia pozostaje bowiem fakt, iż ceny zaproponowane przez Odwołującego, zarówno w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Skarbowy w Chorzowie, jak i w Postępowaniu, nieznacznie odbiegały od cen zaoferowanych przez Wykonawcę PP. Cena jednostkowa brutto Odwołującego za przesyłki rejestrowane ekonomiczne zaoferowana w tamtym postępowaniu wyniosła 2,95 zł brutto, tj. 2,40 zł netto

(gabaryt A i B), a w Postępowaniu – 3,14 zł brutto oraz 3,26 zł brutto), za potwierdzenie odbioru przesyłki ekonomicznej – 0,98 zł brutto, tj. 0,80 zł netto (w Postępowaniu – 0,86 zł brutto, a zatem mniej niż w ofercie Wykonawcy PP). Na potwierdzenie tych okoliczności Zamawiający przedstawił kalkulacje cen ofertowych Odwołującego i Wykonawcy PP dotyczące ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Urząd Skarbowy w Chorzowie.

Pismem z dnia 16 października 2014 r. Odwołujący przedstawił dodatkową argumentację na poparcie zarzutów i wniosków odwołania.

Odwołujący zakwestionował stanowisko Zamawiającego, jakoby z samego faktu złożenia oferty przez Wykonawcę PP, będącego podmiotem działającym od lat w branży pocztowej, wynikał brak możliwości skalkulowania przez niego ceny na poziomie rażąco niskim. Wniosek ten jest błędny, gdyż jest oparty o przyjęte z góry dodatkowe założenie, że – po pierwsze – z rażąco niską ceną mamy do czynienia tylko wtedy, gdy nie jest możliwe wykonanie za nią zamówienia, a po drugie, że ww. nie daje rażąco niskich cen, ponieważ od lat działa na rynku.

Odnosząc się do pierwszej ze wskazanych kwestii Odwołujący zaznaczył, że niewątpliwie często zdarzają się sytuacje, w których pomimo że cena jest rażąco niska możliwym jest wykonanie zlecenia. Dzieje się tak w szczególności w sytuacji, w której podmiotem oferującym rażąco niską cenę jest podmiot duży, o dużych przychodach, który stratę generowaną na danym zleceniu jest w stanie pokryć z innych źródeł. W ocenie Odwołującego z tego typu sytuacją mamy do czynienia w tej sprawie. Wykonawca PP niewątpliwie jest w stanie wykonać zlecenie po cenach jakie zaoferował, ale nie dlatego, że jest to dla niego rentowne, czy też nie generuje straty, ale dlatego, że zlecenie to ma dla Wykonawcy PP stosunkowo niewielką wartość i w kontekście jego przychodów – mikroskopijne znacznie, bowiem generuje on przychody na poziomie 5 miliardów 800 milionów rocznie (dane ze sprawozdania finansowego za 2013 r.). Tak więc 8,6 mln zł (wartość oferty Wykonawcy PP) stanowi zaledwie ok. 0,15 % rocznych przychodów tego podmiotu.

W zakresie drugiej z powołanych kwestii Odwołujący wyjaśnił, że przyjęcie *a priori*, jakoby Wykonawca PP nie oferował ceny rażąco niskiej jest z gruntu błędne. Jest on bowiem takim samym podmiotem, jak każdy inny i tak jak każdy inny podmiot może zaoferować cenę rażąco niską. Zazwyczaj cena taka jest oferowana w dwóch przywołanych powyżej przypadkach – po pierwsze dlatego, żeby za wszelką cenę (a raczej pomimo kosztów) uzyskać zlecenie i w ten sposób nie dopuścić do jego przechwycenia przez konkurencję, a po drugie dlatego, że dochodzi do pomyłki w obliczeniu ceny. Odwołujący podkreślił, że nie wie jakie były motywy działania Wykonawcy PP, zakłada działanie celowe, gdyż ciężko przyjąć,

że dochodzi do pomyłki w oferowaniu ceny przez tak doświadczony podmiot. Z powyższego wynika, że przyjęcie przez Zamawiającego, iż nie jest możliwym zaoferowanie przez Wykonawcę PP ceny rażąco niskiej jest niemożliwe, jest założeniem błędnym.

Odwołujący wskazał, że nie sposób zgodzić się z argumentacją odpowiedzi na odwołanie, jakoby cena zaoferowana przez Wykonawcę PP nie była rażąco niska z uwagi na niewielką różnicę w stosunku do jego ceny. Z faktu tego Zamawiający wywodzi, że obaj wykonawcy w podobny sposób ukształtowali swe ceny, a tym samym koszty świadczonych usług. Zamawiający zdaje się wskazywać, że Wykonawca PP z uwagi na otwarcie rynku usług pocztowych zmuszony został do odpowiedniego skalkulowania swych kosztów, tak aby był w stanie konkurować z prywatnymi operatorami. Jako przykład szerszej praktyki Zamawiający podał cenę za przesyłkę rejestrowaną ekonomiczną dla Urzędu Skarbowego w Chorzowie 2,68 zł brutto (2,18 zł netto). Przy okazji Zamawiający zaznaczył, że cena ta również odbiega od cennika usług powszechnych obowiązującego u Wykonawcy PP, zauważając jednocześnie, że nie ma to znaczenia, gdyż Zamawiający jest nadawcą masowym w rozumieniu art. 3 pkt 11 Ustawy. Odwołujący wskazał, że z definicji wynikającej z powołanego przepisu Ustawy wynika, że do nadawców masowych nie zalicza się podmiotów należących do sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U.2013.885 j.t. ze zm.), a Zamawiający takim podmiotem jest. W konsekwencji nie znajdzie zastosowania w tej sytuacji art. 45 ust. 2 Ustawy stanowiący, że usług pocztowych, o których mowa w art. 45 ust. 1 Ustawy, świadczonych dla nadawców masowych nie zalicza się do usług powszechnych.

W oparciu o treść przepisu art. 45 Ustawy, charakteryzującego powszechne usługi pocztowe, Odwołujący zauważył, że zawarty w nim opis jest zbieżny z opisem usług stanowiących przedmiot zamówienia w Postępowaniu oraz z opisem świadczenia usług powszechnych przez Wykonawcę PP. Wyjaśnił również, że w przypadku, gdy usługi analogiczne do usług powszechnych świadczy inny operator niż operator wyznaczony to nie są to usługi powszechne, a usługi wchodzące w zakres usługi powszechnej, o których mowa w przepisie art. 3 pkt 30 Ustawy. Podobnie jest gdy Wykonawca PP świadczy usługi dla nadawcy masowego w rozumieniu prawa pocztowego. Nawet gdyby z jakichś względów przyjąć, że usługi wykonywane przez operatora wyznaczonego dla Zamawiającego nie są usługami powszechnymi, to – w ocenie Odwołującego – nie ma to większego znaczenia dla oceny kosztów ich świadczenia przez Wykonawcy PP, gdyż koszty tych usług są takie same – taka sama usługa, jak usługa dla Zamawiającego, świadczona dla nadawcy masowego (podmiotu prywatnego) nie będzie zgodnie z prawem pocztowym usługą powszechną, ale nie zmieni to kosztów jej świadczenia.

Odwołujący zaznaczył, że błędne jest również założenie Zamawiającego, że skoro w innych przetargach Wykonawca PP oferuje ceny nieznacznie wyższe, to ceny w Postępowaniu nie mogą być rażąco niskie. Powyższa sytuacja jest przejawem tylko tego, że nie ma mowy o pomyłce ww. podmiotu w skalkulowaniu ceny, a oferowanie cen rażąco niskich jest szerszą praktyką i ma miejsce nie tylko w tej sprawie. Zgodzić się trzeba ze spostrzeżeniem Zamawiającego, że Wykonawca PP od chwili wejścia w życie Ustawy (tj. od dnia 1 stycznia 2013 r.) musi zmierzyć się z dużą konkurencją prywatnych operatorów. W tym celu wykorzystuje jednak swoją przewagę nad innymi operatorami, w tym nad Odwołującym (w 2013 r. uzyskał on przychody na poziomie ok. 250 milionów złotych, co stanowi zaledwie ok. 4 % przychodów Wykonawcy PP, jest więc podmiotem 25 razy mniejszym od niego), dążąc do wyeliminowania konkurencji poprzez oferowanie cen poniżej kosztów. To co dla Wykonawcy PP jest mikroskopijne (np. wspomniany przychód z realizacji zamówienia) dla Odwołującego ma znaczenie ogromne. Wykonawca PP zdaje sobie z tego sprawę i dlatego dąży do eliminacji konkurencji słusznie zakładając, że w dłuższej perspektywie straty generowane na poszczególnych kontraktach przyczynią się do jej wyeliminowania z rynku pocztowego, co pozwoli mu powrócić do sytuacji monopolu faktycznego i ponownego dyktowania wysokich cen. Wykonawca PP zakłada przy tym, że sytuacja ta nie zostanie powstrzymana przez istniejące w prawie zamówień publicznych mechanizmy zakazujące oferowania cen rażąco niskich, jak i cen poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji konkurencji.

Odwołujący podał, że Wykonawca PP może pozwolić sobie na generowanie straty na poszczególnych kontraktach z kilku powodów:

Po pierwsze – przedmiotowy problem dotyczy tylko nowych przetargów, usługi świadczone w oparciu o dotychczasowe zamówienia (a tych jest ogromna większość) są nadal świadczone po wysokich cenach, tak więc Wykonawca PP dysponuje ogromnym „buforem” nie tylko z racji swojej wielkości, ale również z racji posiadania wielkich zamówień po wysokich cenach (w poprzednich latach istotna część umów była zawierana w trybie zamówienia z wolnej ręki)

Po drugie – Wykonawca PP rekompensuje sobie straty z zamówień, w których spotyka się z konkurencją, poprzez podwyższanie cen w obszarach gdzie tej konkurencji nie ma – chodzi np. o usługi detaliczne dla ludności, gdzie w tym roku od 7 kwietnia 2014 r. dla listu poleconego ekonomicznego o wadze do 350g doszło do podwyższenia ceny do 4,20 zł netto (po doliczeniu VAT w stawce 23% cena wynosiłaby 5,17 zł brutto) – cena dla ludności jest więc o 196,58 % wyższa niż cena zaoferowana w Postępowaniu.

Po trzecie – przepisy Ustawy gwarantują, że strata generowana na świadczeniu przez Wykonawcę PP usługi powszechnej zostanie wyrównana, w pierwszej kolejności przez operatorów świadczących usługi wchodzące w zakres usługi powszechnej (a więc w największym stopniu przez Odwołującego), a w drugiej kolejności przez Skarb Państwa (patrz przepisy Rozdziału 10 Ustawy). Dla Wykonawcy PP potęguje to efekt eliminacji konkurencji, nie dość, że dochodzi do jej eliminacji poprzez nielegalne pozbawianie konkurencji przychodów, to jeszcze koszt generowanej straty pokrywają te podmioty, które są nielegalnie eliminowane.

Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem, że skoro ceny oferowane w tym Postępowaniu są zbliżone, to koszty są również zbliżone. Na uzasadnienie stwierdził, że Wykonawca PP na ok. 5 mld 945 mln zł przychodów z całej działalności ma zaledwie 37 mln zysku, a więc zysk stanowi zaledwie ok. 0,6 % jego przychodów. Odwołujący przy dochodach z całej działalności w wysokości 347 mln zł, wygenerował 8,6 mln zysku, co stanowi ok. 2,48 % przychodu, zatem jest on ponad 4 razy bardziej efektywny od Wykonawcy PP. Przyczyn tego zjawiska jest wiele, najważniejszą stanowią jednak niższe koszty działania Odwołującego. Z kolei wyższe koszty Wykonawcy PP wynikają z wielu względów, do najważniejszych należy powszechnie znany przerost zatrudnienia i płac (Odwołujący podał, że koszt wynagrodzeń Zarządu Wykonawcy PP w 2013 r. wyniósł 4,9 mln zł i wzrósł względem 2012 r. o 158 %, co jest zjawiskiem niespotykanym w prywatnym biznesie pocztowym), czy też fakt istnienia u Wykonawcy PP około 200 organizacji związkowych (u Odwołującego nie ma ani jednej). Inny jest też sposób zorganizowania sieci placówek – u Wykonawcy PP 60% to drogie w utrzymaniu placówki własne, w przypadku Odwołującego zdecydowaną większość placówek stanowią placówki agencyjne, które koszt funkcjonowania mają pokryty z innych źródeł.

Odwołujący zaznaczył, że koszty ponoszone przez danego wykonawcę mają znaczenie dla oceny, czy jakaś cena jest czy nie jest rażąco niska. Ta sama cena dla Odwołującego rażąco niska nie jest, a dla Wykonawcy PP już tak, co wynika to z różnicy kosztów obu podmiotów. Dodał, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek sprawdzenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską. W niniejszym postępowaniu takie wątpliwości po stronie Zamawiającego powinny powstać. Zatem niejako niezależnie od postawienia przez Odwołującego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy PP, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji naruszenie Pzp obejmowało, co najmniej zaniechanie badania ceny w zakresie jej rażąco niskiego poziomu.

W zakresie obowiązku kalkulowania ceny ofertowej z uwzględnieniem postanowień cennika i regulaminu Odwołujący zasadniczo powtórzył argumentację zawartą w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca PP.

Na rozprawie strony podtrzymały argumentację zawartą w złożonych pismach procesowych, z zastrzeżeniem, że Zamawiający przyznał, że nie jest nadawcą masowym w rozumieniu Ustawy, co – w jego ocenie – nie ma wpływu na rozstrzygnięcie sprawy. Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści analizy informacji nt. obsługi korespondencji sądowej przez Polską Grupę Poczтовую w pierwszym kwartale 2014 r., z treści pełnego zapisu przebiegu posiedzenia komisji infrastruktury z dnia 10 lipca 2014 r. oraz z treści wydruku ze strony internetowej obejmującego wywiad z Prezesem Wykonawcy PP na okoliczność, że podmiot ten ma obowiązek stosowania cen za świadczenie powszechnych usług pocztowych, obliczonych zgodnie z zasadami wynikającymi z postanowień Cennika i Regulaminu.

Zgłaszający przystąpienie Wykonawca PP wniósł o oddalenie odwołania. Podał w wątpliwość możliwość ustalania rażąco niskiej ceny w oparciu o ceny jednostkowe elementów składowych przedmiotu zamówienia, dodając jednocześnie, że nie różnią się one istotnie od cen jednostkowych zaoferowanych przez Odwołującego. Wyjaśnił, że przedmiot zamówienia nie obejmuje świadczenia powszechnych usług pocztowych, wobec czego był uprawniony do skalkulowania zaoferowanych cen w sposób odmienny od założeń Cennika i Regulaminu sygnalizując, że obliczył je na podstawie wewnętrznych regulacji dotyczących cen za tzw. przesyłki firmowe. Stwierdził ponadto, że Odwołujący nie udowodnił zarzutu związanego z rzekomym popełnieniem przez Wykonawcę PP czynu nieuczciwej konkurencji.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz w piśmie procesowym Odwołującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełnienia przez Wykonawcę PP (dalej również „Przystępujący”) przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

W zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy, na podstawie dokumentacji Postępowania (pkt 1 ppkt 1.1 SIWZ), ustalono, że Zamawiający działa w imieniu własnym oraz w imieniu i na rzecz jednostek skarbowych województwa dolnośląskiego wymienionych w załączniku nr 1 do SIWZ.

Przedmiotem prowadzonego przez niego Postępowania jest – zgodnie z pkt 4 ppkt 4.1 SIWZ – świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie: (1) przyjmowania, sortowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwracania przesyłek do nadawcy po wyczerpaniu możliwości ich doręczenia lub wydania odbiorcy, (2) realizacji przekazów pocztowych polegających na doręczaniu adresatowi określonej kwoty pieniężnej oraz ich ewentualnych zwrotów w przypadku braku możliwości ich doręczenia, (3) odbioru przesyłek pocztowych i paczek pocztowych z siedzib jednostek skarbowych woj. dolnośląskiego celem dostarczenia do placówki pocztowej wykonawcy i nadania.

W pkt 4 ppkt 4.4 SIWZ zawarto informację, że szczegółowy wykaz przesyłek i przekazów oraz ich szacowane ilości znajdują się na formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ. Zgodnie z jego treścią w zakres przedmiotu zamówienia wchodziły m.in.:

1. przesyłki listowe rejestrowane (ekonomiczne) waga do 350 g w ilościach:
 - a) gabaryt A – 1 718 511,
 - b) gabaryt B – 7 287.
2. przesyłki listowe rejestrowane (ekonomiczne) waga ponad 350 g do 1000 g w ilościach:
 - a) gabaryt A – 3 415,
 - b) gabaryt B – 3 684.
3. przesyłki listowe rejestrowane (ekonomiczne) waga ponad 1000 g do 2000 g w ilościach:
 - a) gabaryt A – 946,
 - b) gabaryt B – 1 407.
4. potwierdzenia odbioru dla przesyłek listowych krajowych ekonomicznych (ZPO) w ilości 1 593 756.

Z kolei w pkt 4 ppkt 4.3 SIWZ wskazano, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 2 do SIWZ (dalej: „OPZ”).

W pkt 2 OPZ wyjaśniono, że pod pojęciem przesyłek będących przedmiotem zamówienia rozumie się:

„[...]2.1. przesyłki listowe o wadze do 2 000 g (Gabaryt A i B):

- a) nierejestrowane ekonomiczne – przesyłka pocztowa nie będąca przesyłką najszybszej kategorii przyjęta bez pokwitowania przyjęcia i doręczana bez potwierdzenia odbioru,

- b) nierejestrowane priorytetowe – przesyłka pocztowa będąca przesyłką najszybszej kategorii przyjęta bez pokwitowania przyjęcia i doręczana bez potwierdzenia odbioru,
- c) rejestrowane ekonomiczne – przesyłka pocztowa polecona nie będąca przesyłką najszybszej kategorii przemieszczaną i doręczaną w sposób zabezpieczający ją przed utratą, ubytkiem zawartości lub uszkodzeniem,
- d) rejestrowane priorytetowe – przesyłka pocztowa polecona będąca przesyłką najszybszej kategorii przemieszczaną i doręczaną w sposób zabezpieczający ją przed utratą, ubytkiem zawartości lub uszkodzeniem,
- e) ze zwrotnym poświadczeniem odbioru (ZPO) – przesyłki pocztowe rejestrowane ekonomiczne i priorytetowe przyjęte za potwierdzeniem nadania i doręczane za pokwitowaniem odbioru.

2.2. Paczki pocztowe o wadze do 2 000 g (Gabaryt A i B)

- a) paczki ekonomiczne – paczki rejestrowane nie będące paczkami najszybszej kategorii,
- b) paczki priorytetowe – paczki rejestrowane będące paczkami najszybszej kategorii,
- c) ze zwrotnym poświadczeniem odbioru (ZPO) – paczki pocztowe rejestrowane ekonomiczne i priorytetowe przyjęte za potwierdzeniem nadania i doręczane za pokwitowaniem odbioru.

2.3. Paczka pocztowa ekonomiczna z zadeklarowaną wartością (do 1.500 zł) – paczka rejestrowana, za której utratę, ubytek zawartości lub uszkodzenie Wykonawca ponosi odpowiedzialność do wysokości wartości przesyłki podanej przez nadawcę.

2.4. Paczka 24 o wadze do 20.000 g – paczka z gwarantowanym termin doręczenia w następnym dniu roboczym po dniu nadania.

2.5. Paczka 24 o wadze do 20.000 g ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru (ZPO) – paczka z gwarantowanym termin doręczenia w następnym dniu roboczym po dniu nadania, za zwrotnym potwierdzeniem odbioru.

2.6. Przesyłki kurierskie do 5 kg z dostarczeniem do godziny 9.00, za zwrotnym potwierdzeniem odbioru.

2.7. Zwroty przesyłek – zwrot przesyłki rejestrowanej do nadawcy, po wyczerpaniu możliwości doręczenia lub wydania odbiorcy.[...]”.

Ponadto, w pkt 1 lit. c) OPZ wskazano, że przedmiot zamówienia obejmuje również odbiór przesyłek pocztowych i paczek pocztowych z siedzib jednostek skarbowych woj. dolnośląskiego, celem ich dostarczenia do placówki pocztowej wykonawcy i nadania. Wspomniana czynność – zgodnie z pkt 7 OPZ – będzie realizowana 5 razy w tygodniu, w dni robocze (poniedziałek-piątek), w godzinach: od 14:30 do 15:30, a w pkt 18 zobowiązano

wykonawcę do stosowania formularzy potwierdzeń odbioru dokumentujących doręczenie na zasadach określonych pkt 4.6 SIWZ, wg wzorów jak w załączniku nr 10 do SIWZ, za wyjątkiem potwierdzeń odbioru do przesyłek zagranicznych i paczek. Postanowieniem zawartym w pkt 20 OPZ dopuszczono możliwość sporządzenia odrębnego wykazu przesyłek wymagających nadania u operatora wyznaczonego w dniu ich odbioru, a potwierdzenie ich nadania Wykonawca dostarczy odpowiednim jednostkom skarbowym woj. dolnośląskiego w następnym dniu roboczym do godziny 12.00.

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia, w oparciu o metodę wynikająca z treści przepisu art. 34 ust. 1 pkt 1 Pzp, a zatem w sposób właściwy dla usług powtarzających się okresowo, przyjmując za jej podstawę łączną wartość zamówień tego samego rodzaju udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem. W ten sposób wartość zamówienia ustalona została na kwotę 15.275.207,63 zł netto (*vide* ust. 2 pkt 2 Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego). Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 15.530.391,86 zł brutto (ust. 8 pkt 1 Protokołu).

W Postępowaniu złożone zostały dwie oferty – Odwołującego z kwota 9.283.847,82 zł brutto i Przystępującego, opiewająca na 8.662.974,30 zł (ust. 9 Protokołu). Kwoty te stanowią odpowiednio 49,41 i 46,11% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług oraz 59,78 i 55,78% kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Różnica w cenach ww. ofert wynosi 620.873,52 zł.

Na podstawie formularza ofertowego Wykonawcy PP ustalono, że zaoferował on świadczenie usług pocztowych obejmujących przesyłki listowe rejestrowane (ekonomiczne) do 2000g, bez względu na gabaryt, za kwotę 2,63 zł brutto, natomiast za potwierdzenia odbioru dla przesyłek listowych krajowych ekonomicznych (ZPO) – 0,98 zł brutto. Z kolei z niezaprzeczonych przez Odwołującego twierdzeń Zamawiającego wynikało, że ceny jednostkowe w jego ofercie kształtowały się na poziomie 3,14 zł brutto (gabaryt A) i 3,26 zł brutto za przesyłki oraz 0,86 zł brutto za potwierdzenie odbioru.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Izba zważyła, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się, wobec czego należało je oddalić.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny Izba stwierdziła, że strony i uczestnik postępowania odwoławczego nie pozostawały w sporze odnośnie rozumienia tego pojęcia. Jedynie zatem dla porządku należy wskazać, że z rażąco niską ceną mamy do czynienia,

gdy jest ona niewiarygodna, nierealistyczna, odbiegająca wysokością od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego z należytą starannością oraz cen pozostałych ofert złożonych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub cen rynkowych, jest to zatem cena, która nie pokrywa kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga również, że choć, co do zasady, oferta może być oceniana w kontekście zarzutu ceny rażąco niskiej w odniesieniu do ceny za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, a nie za poszczególne jego części czy pozycje kosztorysu, tym niemniej należy dopuścić możliwość badania pod kątem ceny rażąco niskiej elementów kalkulacyjnych oferty, o ile ich zaniżenie może przekładać się na rażące zaniżenie zaoferowanej ceny całkowitej. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że chociażby z uwagi na przewidzianą przez Zamawiającego liczbę przesyłek listowych rejestrowanych ekonomicznych o wadze do 350g, gabaryt A (1 718 511) i udział ceny za świadczenie przez Przystępującego usług z nimi związanych (4.519.683,93 zł) w całkowitej cenie oferty (8.662.974,30 zł) wynoszący 52,17%, jest to podlegający badaniu w zakresie przesłanek rażąco niskiej ceny element oferty, z uwagi na jego istotny wpływ cenotwórczy na wartość oferty.

Jak wskazano powyżej pierwszym punktem odniesienia przy rozstrzygnięciu kwestii rażąco niskiej ceny jest wartość zamówienia, co wynika zarówno z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4, jak i art. 90 ust. 1 Pzp. W niniejszej sprawie mamy jednak do czynienia ze specyficzną sytuacją, w której złożone oferty nie różnią się cenami w sposób istotny, natomiast znacząco odbiegają od ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia. Dokument, na podstawie którego ustalono tę wartość (zgodnie z treścią ust. 2 pkt 3 Protokołu był nim protokół posiedzenia komisji przetargowej z dnia 31 lipca 2014 r.) zawiera wprawdzie wskazania kwot mających stanowić wartość udzielonych poprzednio przez jednostki skarbowe woj. dolnośląskiego zamówień (bez wskazania na ceny jednostkowe w zakwestionowanych przez Odwołującego pozycjach), tym niemniej Izba zwróciła uwagę, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że szacując wartość zamówienia oparł się na wskaźnikach sprzed uwolnienia rynku usług pocztowych (a zatem z okresu poprzedzającego dzień 1 stycznia 2013 r.). Należy wobec tego zauważyć, że przepis art. 34 ust. 1 pkt 1 Pzp odnosi się do zamówień udzielonych w okresie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, przy czym w tej sprawie – w każdym z tych przypadków – podstawą ustalenia wartości szacunkowej powinny być wydatki poniesione na usługi pocztowe w okresie, w którym rynek usług pocztowych był już otwarty (poprzednim rokiem budżetowym był 2013 r., z kolei skoro Postępowanie zostało wszczęte w sierpniu 2014 r., to okres poprzednich 12 miesięcy także odnosi się do stanu po zniesieniu monopolu Wykonawcy PP w sektorze usług pocztowych), nie zaś dane sprzed tego okresu. Powoduje to uzasadnioną wątpliwość odnośnie rzetelności kalkulacji sporządzonej przez Zamawiającego. Wniosek taki

jest uzasadniony również z tej przyczyny, że – jak wskazano – oferty złożone w Postępowaniu opiewały na podobne kwoty (zarówno w zakresie cen całkowitych, jak i cen w zakwestionowanych pozycjach), a ponadto z dowodów przedstawionych przez Zamawiającego wynikało, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Urząd Skarbowy w Chorzowie strony oferowały ceny jednostkowe nie tylko zbliżone do siebie, ale także zbliżone do cen w Postępowaniu.

Przedstawione względy legły u podstaw przyjęcia przez Izbę, że Zamawiający w istocie przeszacował wartość zamówienia, z czego użytek starał się uczynić Odwołujący zarzucając, że duża różnica pomiędzy ceną oferty Wykonawcy PP, a wartością zamówienia powinna spowodować skierowanie do niego wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a w ich następstwie – do odrzucenia oferty z uwagi na to że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Należy jednak zauważyć, że z uwagi na wątpliwości dotyczące wartości zamówienia nie mógł być to czynnik przesądzający o zasadności rzekomo bezpodstawnie zaniechanego wezwania. Izba wskazuje, że Zamawiający dysponując porównywalnymi ofertami pochodzącymi od podmiotów profesjonalnie zajmujących się świadczeniem usług pocztowych i konkurujących ze sobą na wolnym rynku nie miał podstaw, aby powziąć wątpliwość, że oferta Przystępującego skalkulowana jest poniżej kosztów świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia, a Odwołujący, z uwagi na rozważania zawarte w dalszej części uzasadnienia, dowodów na uzasadnienie stawianego Zamawiającemu zarzutu nie przedstawił. W konsekwencji, w sytuacji, w której znalazł się Zamawiający, biorąc pod uwagę przytoczone powyżej wnioski płynące zarówno z treści ofert, jak i z dowodów przez niego przedstawionych, nie zaniechał on bezprawnie wezwania, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, bowiem nie było ono w okolicznościach sprawy w ogóle konieczne.

Wobec argumentacji Odwołującego w zakresie zarzutu związanego z rażąco niską ceną oferty Przystępującego, opierającej się w przeważającej mierze na twierdzeniu o powszechnym charakterze usług pocztowych objętych przedmiotem zamówienia, powodującym konieczność ustalania przez niego cen jednostkowych z poszanowaniem postanowień Cennika i Regulaminu, koniecznym stało się przeprowadzenie analizy treści SIWZ w zakresie, w jakim odnosiła się ona do przedmiotu zamówienia. Na jej podstawie Izba stwierdziła, że – wbrew zapatrywaniom Odwołującego – przedmiotem zamówienia nie są powszechne usługi pocztowe w rozumieniu art. 45 i 46 Ustawy. Z przepisu art. 45 ust. 1 *in principio* Ustawy wynika, że powszechne usługi pocztowe świadczone są w wykonaniu obowiązku, o którym mowa w art. 46 Ustawy. Z kolei art. 46 ust. 1 Ustawy stanowi, że do świadczenia powszechnych usług pocztowych na terytorium całego kraju obowiązany jest operator wyznaczony, którym – zgodnie z przepisem art. 178 ust. 1 Ustawy – jest aktualnie Wykonawca PP. Wobec tego należy wyprowadzić wniosek, że świadczenie

powszechnych usług pocztowych jest obszarem działalności zastrzeżonym do wyłącznej kompetencji operatora wyznaczonego, czyli Przystępującego. Gdyby zatem przedmiotem zamówienia było świadczenie powszechnych usług pocztowych, to udzielanie zamówienia w procedurze przetargowej pozbawione byłoby racjonalnych podstaw, skoro i tak mógłby w niej uczestniczyć tylko jeden wykonawca – operator wyznaczony, bowiem tylko on mógłby spełnić warunek udziału w Postępowaniu w postaci posiadania uprawnień do wykonywania działalności polegającej na świadczeniu powszechnych usług pocztowych. Należy ponadto zauważyć, że już z samej istoty powszechnej usługi pocztowej wynika, że jest ona świadczona na rzecz bliżej nieokreślonego kręgu odbiorców (stąd – zdaniem Izby – określa się ją mianem „powszechnej”). W przedmiotowej sprawie wyłącznym odbiorcą takiej usługi będzie pewna grupa podmiotów w imieniu i na rzecz których działa Zamawiający, co wyklucza zamawianą usługę z kręgu usług powszechnych.

Co więcej, odnosząc przedmiot zamówienia do charakterystyki powszechnej usługi pocztowej wynikającej z przepisu art. 46 ust. 2 Pzp Izba doszła do wniosku, że nie spełnia on co najmniej kilku wskazanych w tym przepisie cech.

Jednym z wymogów stawianych powszechnym usługom pocztowym jest ich świadczenie w sposób jednolity w porównywalnych warunkach (argument z przepisu art. 46 ust. 2 pkt 1 Pzp). Oznacza to m.in. konieczność przestrzegania z góry określonych standardów, które dla powszechnych usług pocztowych regulują przepisy Rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego (Dz.U.2013.535), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, wydanego na podstawie delegacji ustawowej zawartej w przepisie art. 47 *in fine* Ustawy, upoważniającej do określenia warunków wykonywania usług powszechnych z uwzględnieniem potrzeby ochrony interesów podmiotów korzystających z usług powszechnych, w tym w zakresie czasu przebiegu przesyłek pocztowych, przejrzystości wymagań w zakresie przyjmowania i doręczania przesyłek pocztowych, dostępności nadawczych skrzynek pocztowych operatora wyznaczonego dla osób niepełnosprawnych poruszających się za pomocą wózka inwalidzkiego, dostępności placówek pocztowych operatora wyznaczonego oraz jednolitego sposobu świadczenia usług powszechnych, rzeczywistego zapotrzebowania na usługi powszechne i wpływu warunków wykonywania tych usług na koszt usług powszechnych. *Ad casum* warunki świadczenia usług pocztowych określone zostały wyłącznie z uwzględnieniem potrzeb Zamawiającego i podmiotów w imieniu i na rzecz których prowadzi on Postępowanie, ponieważ wyłącznymi beneficjentami zamawianych usług są – jak wskazano – jednostki skarbowe woj. dolnośląskiego. W konsekwencji sposób świadczenia usługi na ich rzecz nie będzie realizował wszystkich założeń, które legły u podstaw wydania wspomnianego aktu

wykonawczego. Gdyby bowiem tak było, to opis przedmiotu zamówienia można by zasadniczo ograniczyć do odesłania do jego przepisów.

W kontekście usług stanowiących przedmiot zamówienia nie jest również realizowany, w ocenie Izby, wymóg ich świadczenia po przystępnych cenach, o którym mowa w art. 46 ust. 2 pkt 4 Ustawy. Trudno jest w ogóle rozpatrywać cenę w kontekście jej przystępności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wspomnianą cechę, w odniesieniu do powszechnych usług pocztowych, należy odczytywać w ten sposób, że ich cena ma uwzględniać konieczność zaspokajania potrzeb społeczeństwa. Można ją również określić mianem ceny niewygórowanej, zapewniającej możliwie najszerszy dostęp do powszechnych usług pocztowych. Jest to zatem cena, którą – zważywszy na aktualnym poziomie życia i zarobków – jest w stanie zapłacić każdy obywatel. W przypadku ustalania cen ofert składanych w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego wspomniane kryteria nie obowiązują chociażby z tego względu, że usługi pocztowe nie będą zaspokajały potrzeb społecznych, a potrzeby organizatora procedury (instytucji zamawiającej).

Gdyby nawet poszukiwać odzwierciedlenia omawianej cechy usług pocztowych na rynku zamówień publicznych należałoby przyjąć, że ceną niewygórowaną będzie taka, którą zamawiający jest w stanie ponieść na realizację zamawianej usługi, a jednocześnie cena niższa od ofert konkurencyjnych. Tylko w takim przypadku wykonawca, oferując zamawiającemu świadczenie usług pocztowych po cenie niewygórowanej (w przedstawionym w poprzednim zdaniu rozumieniu), ma szansę na uzyskanie zamówienia, nie zaś na wybór oferty konkurującego z nim podmiotu, bądź unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym wykonawca oferuje tak rozumianą cenę przystępną nie w wykonaniu ustawowego obowiązku, ale z pobudek związanych z uzyskaniem danego zamówienia publicznego.

Także analiza treści załącznika nr 2 do SIWZ prowadzi do wniosku, że opis przedmiotu zamówienia nie odpowiada charakterystyce powszechnych usług pocztowych. Po pierwsze – w pkt 1 lit. c) i pkt 7 OPZ wskazano, że w zakres zamawianej usługi wchodzi m.in. odbiór przesyłek pocztowych i paczek pocztowych z siedzib jednostek skarbowych woj. dolnośląskiego, która to czynność nie mieści się w zakresie pojęcia powszechnej usługi pocztowej. Po drugie – zgodnie z postanowieniem pkt 18 OPZ wykonawca został zobowiązany do stosowania formularzy potwierdzeń odbioru dokumentujących doręczenie na zasadach określonych pkt 4.6 SIWZ, wg wzorów jak w załączniku nr 10 do SIWZ, za wyjątkiem potwierdzeń odbioru do przesyłek zagranicznych i paczek. Z przepisu § 4 ust. 1 Rozporządzenia wynika, że operator wyznaczony ma obowiązek stosować jednolite wzory formularzy lub blankietów niezbędnych do świadczenia usługi powszechnej. Oznacza to, w ocenie Izby, że wzory takie muszą pochodzić od operatora i żaden z odbiorców usługi nie

może narzucić mu własnych wzorów formularzy lub blankietów, podczas gdy Zamawiający określił w załączniku nr 10 do SIWZ wymagane przez niego wzory potwierdzeń odbioru.

Do powyższego można również dodać, że pkt 20 OPZ przewidywał konieczność nadawania części przesyłek u operatora wyznaczonego, na co *nota bene* zwrócił uwagę sam Odwołujący we wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ pytając Zamawiającego o możliwość podania w SIWZ szacunkowych wolumenów wszystkich takich przesyłek (*vide* pismo odwołującego z dnia 26 sierpnia 2014 r.). Gdyby przedmiotem zamówienia były powszechne usługi pocztowe, które – jak wskazano – mogą być świadczone wyłącznie przez operatora wyznaczonego (tj. Wykonawcę PP), to zastrzeżenie takie byłoby, zdaniem Izby, zbędne.

Suma powyższych okoliczności prowadzi do wniosku, że przedmiotem zamówienia nie są powszechne usługi pocztowe. Postanowienia SIWZ pozwalają co najwyżej na stwierdzenie, że część usług objętych przedmiotem zamówienia wykazuje cechy podobieństwa do powszechnych usług pocztowych (np. w zakresie powoływanych przez Odwołującego terminów doręczania przesyłek wynikających z Rozporządzenia), czy też stanowi – z perspektywy Przystępującego – kategorię usług wchodzących w zakres usług powszechnych, zdefiniowanych w art. 3 pkt 30 Ustawy. Zgodnie z zawartą w nim definicją w jej zakres wchodzi usługi pocztowe obejmujące przesyłki listowe i paczki pocztowe, o wadze i wymiarach określonych dla usług powszechnych, oraz przesyłki dla ociemniałych, nieświadczone przez operatora wyznaczonego w ramach obowiązku świadczenia usług powszechnych (z wyłączeniem usług pocztowych polegających na przyjmowaniu, sortowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu przesyłek kurierskich). Z faktu, że powszechne usługi pocztowe nie stanowią przedmiotu zamówienia zdawał sobie sprawę również sam Odwołujący, o czym świadczy zarówno treść wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ z dnia 26 sierpnia 2014 r., w którym wskazywano wprost na niedopuszczalność definiowania przedmiotu zamówienia, jako świadczenie powszechnych usług pocztowych z uwagi na fakt, że świadczyć może je wyłącznie Wykonawca PP. Ponadto za wnioskiem takim przemawia także argumentacja Odwołującego, w myśl której nawet gdyby przyjąć, że przedmiotem zamówienia nie są powszechne usługi pocztowe, to koszty związane z ich świadczeniem nie uległyby zmianie (obniżeniu), ponieważ ich standard został przez Zamawiającego określony w sposób właściwy dla usług powszechnych.

W konsekwencji poczynionych w zakresie identyfikacji przedmiotu zamówienia ustaleń Izba uznała, że obszerna argumentacja dotycząca obowiązku kalkulowania przez Przystępującego ceny w oparciu o postanowienia Regulaminu i Cennika, kosztów związanych ze świadczeniem powszechnych usług pocztowych, czy mechanizmów ich finansowania jest chybiona i nie mogła potwierdzać zarzutu, na uzasadnienie którego została sformułowana, tj. rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego. Podobnie w przypadku dowodów

przedstawionych przez Odwołującego na rozprawie uznać należało, że do sprawy nic nie wnoszą, skoro zostały one powołane na potwierdzenie okoliczności, która dla rozstrzygnięcia sprawy nie miała znaczenia (konieczność kalkulowania przez Przystępującego ceny ofertowej w oparciu o przywołane powyżej dokumenty wewnętrzne Wykonawcy PP). Innymi słowy Izba doszła do przekonania, że Przystępujący mógł w sposób nieskrępowany obowiązującymi u niego Cennikiem i Regulaminem kalkulować cenę ofertową, chociażby w oparciu o usługę przesyłki firmowej lub jakkolwiek inną podstawę. Irrelevantne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy były również wywody dotyczące wielkości i struktury przychodów Wykonawcy PP i jego pozycji rynkowej, skoro nie są to okoliczności potwierdzające kalkulowanie oferowanych cen na niedozwolonym przepisami Pzp, rażąco niskim, poziomie.

Z kolei twierdzenie Odwołującego o tym, że standard świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia jest tożsamy ze standardem właściwym powszechnym usługom pocztowym nie zostało udowodnione. Należy mieć na uwadze, że postępowanie odwoławcze ma kontrydiktoryjny charakter, co wynika z przepisu art. 190 ust. 1 Pzp. Cecha ta determinuje konieczność przejawiania przez strony i uczestników procedury aktywnej postawy w zakresie naprowadzania dowodów na poparcie twierdzeń, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący skoncentrował się na dowodzeniu okoliczności, które – jak wskazano powyżej – nie mogły mieć dla rozstrzygnięcia tej sprawy znaczenia, przedstawiając dowody wskazujące na wysokość kosztów ponoszonych przez Wykonawcę PP w związku ze świadczeniem usług powszechnych oraz na konieczność ich uwzględniania w oferowanych cenach, wynikającą z obowiązku kalkulowania cen w zgodzie z postanowieniami Cennika i Regulaminu. Skoro jednak konieczności takiej nie ma, to postępowanie dowodowe, którego obowiązek instruowania spoczywał na Odwołującym, powinno być prowadzone w kierunku wykazania niezbędnych kosztów świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia i rozpatrywania ceny zaoferowanej przez Wykonawcę PP w takim właśnie kontekście. Innymi słowy Odwołujący nie udowodnił, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie umożliwia świadczenia zamawianej usługi należycie i z osiągnięciem zysku i w tym sensie jest ceną rażąco niską. W sytuacji braku odpowiedniego materiału dowodowego, którego nieprzedstawienie obciąża Odwołującego nie sposób stwierdzić, że w przypadku dwóch ofert o cenach do siebie zbliżonych jedna z nich zawiera rażąco niską cenę, druga natomiast nie, do czego w istocie sprowadzała się argumentacja Odwołującego. Przeciwnie – zarówno zbliżony poziom zakwestionowanych cen całkowitych, jak i jednostkowych w niniejszej sprawie, jak i zaoferowanych przez strony w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu zorganizowanym przez Urząd Skarbowy w Chorzowie wskazuje na okoliczność, że w związku z liberalizacją rynku usług pocztowych w taki właśnie sposób aktualnie kształtują się ceny za ich świadczenie. Co równie istotne,

brak jest dowodu na stwierdzenie okoliczności, że wspomniane usługi świadczone są nienależycie, co jedynie wzmacnia sformułowany powyżej wniosek.

Reasumując, Izba uznała zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 1 Pzp za nieuzasadnione.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp dotyczący konieczności odrzucenia oferty Wykonawcy PP z uwagi na okoliczność, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Znk, z których pierwszy miałby polegać na utrudnianiu Odwołującemu dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia, w celu wyeliminowania Odwołującego z rynku (art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk), a drugi – ogólnie na działaniu sprzecznym z prawem, z uwagi na niezgodnie z obowiązującym Regulaminem (art. 3 ust. 1 Znk).

W zakresie czynu stypizowanego w przepisie art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk Izba wskazuje, że Odwołujący nie udowodnił jego popełnienia przez Przystępującego. Zaznaczyć należy, że wzmiankowany przepis wymaga, aby określony przedsiębiorca podejmował szereg działań stwarzających innym uczestnikom obrotu przeszkody w prowadzeniu działalności gospodarczej (tak bowiem, zdaniem Izby, należy tłumaczyć użyte w omawianym przepisie sformułowanie „utrudnianie”) oraz aby ich celem było wyeliminowanie konkurenta, co z kolei zakłada działanie z powziętym zamiarem. W konsekwencji za wątpliwe uznać należy – zdaniem Izby – jakoby samo złożenie w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty tańszej od innego przedsiębiorcy wyczerpywało ww. przesłanki, a Odwołujący nie dostarczył Izbie dowodów przemawiających za odmiennym zapatrywaniem. Ujmując rzecz inaczej – sam fakt cenowego konkurowania przedsiębiorców na wolnym rynku nie można *per se* poczytywać za działanie sprzeczne z prawem.

Odnosząc się do drugiego z zarzuconych Przystępującemu czynów nieuczciwej konkurencji Izba wyraża zapatrywanie, że skoro – jak ustalono – nie musiał on kalkulować ceny ofertowej w oparciu postanowienia Cennika i Regulaminu, to nie mógł działać w tym zakresie sprzecznie z prawem, bowiem nie naruszył ich postanowień.

W konsekwencji nie mógł ostać się również związany z omówionymi powyżej kwestiami zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Nie potwierdziło się bowiem, aby sposób prowadzenia przez Zamawiającego Postępowania nosił znamiona naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w pkt 1 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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.2010.41.238).

Przewodniczący: