

WYROK
z dnia 21 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Członkowie: Jolanta Markowska
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 21 października 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2014 r. przez **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Unizeto Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin (lider); 2) Polska Grupa Poczta S.A., ul. Stanisława Augusta 75/45-47, 03-846 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Miasto Szczecin, Pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin,**

przy udziale **wykonawcy – Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie; 2) Polska Grupa Poczta S.A. z siedzibą w Warszawie, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Szczecin Biuro ds. Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Szczecin w Szczecinie – prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Urzędu Miasta Szczecin”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 sierpnia 2014 r., pod nr: 2014/S 160-287652.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamówienie zostało podzielone na dwie części:

„Część I – świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Urzędu Miasta Szczecin w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek listowych oraz ich ewentualnych zwrotów do zamawiającego po wyczerpaniu możliwości ich doręczenia lub wydania adresatowi.

Część II – świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Urzędu Miasta Szczecin w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek listowych w trybie ustawy Ordynacja podatkowa oraz ich ewentualnych zwrotów do Zamawiającego po wyczerpaniu możliwości ich doręczenia lub wydania adresatowi”.

W dniu 26 września 2014 r., Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, dla części I i II postępowania.

W dniu 6 października 2014 r., Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie; 2) Polska Grupa Poczta S.A. z siedzibą w Warszawie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

- 1) niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności polegającej na wyborze oferty złożonej przez Poczta Polska S.A. Region Sprzedaży Poznań Al. Niepodległości 41/42, 70-940 Szczecin, w części I Postępowania, jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta złożona przez Poczta Polska powinna zostać odrzucona,
- 2) niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu wyjaśnień Poczty Polskiej w zakresie zaoferowanej ceny, jako potwierdzających, iż zaoferowana cena nie stanowi czynu nieuczciwej, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Poczta Polska,
- 3) niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego polegającej na

zaniechaniu odrzucenia oferty Poczty Polskiej w części I postępowania, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.), dalej „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” w szczególności określony w art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 przejawiający się w wyborze oferty Poczty Polskiej, która jest sprzeczna z prawem, dobrymi obyczajami oraz narusza interes Odwołującego oraz Zamawiającego oraz utrudnia w sposób nieuprawniony Odwołującemu dostęp do rynku w szczególności rynku zamówień publicznych,

- 4) niezgodnego z przepisami ustawy PZP zaniechania czynności wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,
- 5) niezgodnego z przepisami ustawy PZP zaniechania czynności odtajnienia zastrzeżonych przez Poczta Polską fragmentów zaofertowanych cen jednostkowych ujętych w Formularzach cenowych zarówno dla części I jak i części II Postępowania, pomimo iż Poczta Polska nie potwierdziła istnienia przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które dawałyby możliwość uznania złożonych wyjaśnień za zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa,

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w trakcie przedmiotowego postępowania następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie przedmiotowego Postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty Poczta Polska niezgodnie z przepisami ustawy PZP,
- 2) art. 8 ust. 1 i 3 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie Postępowania z wyłączeniem zasady jawności pomimo braku przesłanek ku temu, przejawiające się w zaniechaniu odtajnienia zaofertowanych w formularzu cenowym cen jednostkowych oraz wyjaśnień Poczty Polskiej dotyczących zaofertowanej ceny, które nie zawierały informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zaniechania ujawnienia uzyskania wyjaśnień dotyczących przyczyn utajnienia złożonych przez Poczta Polską wyjaśnień dotyczących elementów ceny zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty Poczty Polskiej, pomimo, że jest niezgodna z treścią SIWZ,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP poprzez nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty Poczty Polskiej, pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 2 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 pkt

1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, poprzez nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty Poczty Polskiej, pomimo, że jej złożenie jest nieważne na podstawie odrębnych przepisów,

- 6) art. 91 ust. 1 ustawy PZP poprzez nieuzasadniony wybór oferty Poczty Polskiej, jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zaniechanie dokonania czynności wyboru oferty Odwołującej, jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 7) art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że ceny jednostkowe formularza cenowego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 8) art. 15 ust 1 pkt 5 oraz art. 15 ust 2 pkt 1 oraz art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu konkurencji poprzez uznanie, iż oferta Poczty Polskiej w części I Postępowania nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty Poczty Polskiej, jako najkorzystniejszej w części I Postępowania,
- b) dokonania powtórnego badania i oceny ofert,
- c) ujawnienia pełnej treści formularza cenowego dla części I jak i części II w ofercie Poczty Polskiej,
- d) dokonania odrzucenia oferty złożonej w części I Postępowania przez Poczta Polska,
- e) dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej w części I Postępowania,
- f) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania w odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty Poczty Polskiej w części I Postępowania, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, podniesiono m.in., że wykonawca Poczta Polska zaproponował w formularzu cenowym dla części I w poz. 127 - 132 ceny jednostkowe za wykonanie poszczególnych usług o wartości „0 zł”. Taka czynność wykonawcy Poczta Polska stanowi, zdaniem Odwołującego, czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, że zaoferowanie wykonania usług z taką wartością wypełnia dyspozycje przepisów części szczególnej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. art. 15 ust 1 pkt 5 oraz art. 15 ust 1 pkt 1. Podkreślono przy tym, że czynem jest już samo stworzenie warunków umożliwiających wymuszanie kontraktowania z przedsiębiorcą.

Odwołujący wskazał, że zaoferowanie wykonania usług bezpłatnie niewątpliwie stworzyło warunki umożliwiające wymuszenie zawarcia umowy z Poczta Polska a dodatkowo poprzez takie działanie ewidentnie miało na celu „zwiększenie” szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Opisanym działaniem Poczta Polska spełnia przesłankę „utrudniania dostępu do rynku”, określoną w art. 15 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W rozumieniu tego przepisu „utrudnianie”¹ polega bowiem na podejmowaniu działań, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy (lub grupie przedsiębiorców) rynkową konfrontację oferowanych przez nich towarów (świadczonych usług), w efekcie czego swoboda prowadzenia działalności gospodarczej ulega ograniczeniu (tak: „Komentarz do Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” pod red. Prof. dr hab. Janusza Szwej i, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2000). Zaoferowanie wykonania usług bezpłatnie praktycznie przesądziło o wyborze oferty Poczta Polska, a co za tym idzie w praktyce „wymusiło” w rozumieniu powyższego przepisu, udzielenie zamówienia Poczcie Polskiej. Tym samym uzyskanie przez pozostałych wykonawców części I Postępowania zostało nie tylko utrudnione (ograniczone), lecz wręcz uniemożliwione.

Powyższe dowodzi, w ocenie Odwołującego, spełnienia dyspozycji powołanych wyżej przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie winno stanowić samoistną przesłankę do odrzucenia oferty.

Odwołujący wskazał następnie – przytaczając brzmienie Rozdziału X ust. 1 SIWZ, treść wzoru umowy (Załącznika nr 6a, 6b do SIWZ) – że Zamawiający będzie według własnych potrzeb zamawiał poszczególne usługi. Usługi będą rozliczane kosztorysowo, (za faktycznie zrealizowaną ilość przesyłek według cen jednostkowych), określono maksymalną wartość umowy (pkt 16 wzoru umowy). Powyższe przesądza o tym, iż podanie cen jednostkowych w oparciu o które będą dokonywane rozliczenia pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym stanowią istotną część oferty oraz uznać je należy za *essentialia negotii* przyszłej umowy. Poczta Polska oferując ceny jednostkowe o wartości „0 zł” dopuściła się czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał – przytaczając poglądy piśmiennictwa – że *„Utrudniać dostęp do rynku to stwarzać przeszkody innym w prowadzeniu działalności gospodarczej na tymże rynku. Działanie to musi być dokonywane przez uczestniczących w obrocie przedsiębiorców w stosunku do innych, chociażby potencjalnych jego uczestników. Utrudnianie dostępu do rynku to szereg działań faktycznych lub prawnych, które mają wpłynąć na zwiększenie wolumenu sprzedaży u przedsiębiorcy. ”*

Odwołujący argumentował również, że działań Poczty Polskiej nie można uznać za zgodne z prawem i dobrymi obyczajami. Służą one wyłącznie bezprawnemu uzyskaniu zamówienia publicznego oraz utrudnieniu Odwołującemu dostępu do rynku w szczególności

rynku zamówień publicznych. Odwołujący wsparł swoje stanowisko w tym zakresie poglądami sądów, przywołując orzeczenia o sygn. akt III CK 15/04, I ACr 204/92).

Ponadto Odwołujący wskazał, iż złożenie oferty, w której niektóre usługi są oferowane za darmo wyczerpuje znamiona czynu opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj.: *„sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców”*. W ocenie Odwołującego, wykonawca Poczta Polska wycenił swoją ofertę na poziomie niegwarantującym należytego wykonania zamówienia, co powoduje, iż oferta Poczty Polskiej winna podlegać odrzuceniu. Istotny jest fakt, iż wykonawca podał cenę „0 zł” nie tyle w poszczególnych pozycjach cen jednostkowych, lecz za cały obszar lub jeden cały zakres usług jakim są zwroty nieodebranych przesyłek. Czynności związane ze zwrotem przesyłek nie sposób połączyć z czynnościami wysyłki listów. Oba rodzaje czynności to jest wysyłka i zwrot są odrębnym rodzajem i nie można uznać, iż cena jednej zawiera się w cenie drugiej. Zwrócić należy uwagę na występujące koszty związane z realizacją obu zakresów, są one różne nie ma możliwości ich skomasować. Wobec czego wykonywanie czynności polegających na nieodpłatnym zwrocie przesyłek, który generuje dodatkowe koszty w postaci jego zwrotu do nadawcy, przesądza o zaoferowaniu usługi poniżej kosztów jej wytworzenia.

Odwołujący podkreślił także, że zgodnie z art. 2 ustawy PZP przez pojęcie zamówienia publicznego należy rozumieć umowy odpłatne. W sytuacji realizacji usług w zakresie zwrotu przesyłek usługi te są usługami nieodpłatnymi. Natomiast zaoferowana cena jednostkowa „0 zł” nie jest wyrażona w jednostkach pieniężnych wraz z podatkiem. Odwołujący podniósł, iż zgodnie z brzmieniem art. 91 ust. 2 ustawy Pzp kryterium oceny ofert jest cena, która jest wartością, jaką zamawiający zapłaci za wykonanie usługi, nie jest natomiast wartością zerową, czyli nieodpłatną. Polski system monetarny nie przewiduje jednostek pieniężnych o nominale 0 zł (tak KIO w wyroku z dnia 23 grudnia 2008 r. w sprawie o sygn. akt KIO /UZP 1434/08, KIO/UZP 1451/08). Cena powinna być wyrażona w złotych i groszach (tak wyrok KIO z dnia 26 listopada 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO /UZP 1622/09, KIO /UZP 1647/09). Gdyby chodziło jedynie o kosztorys jednej łącznej ceny polegający na podaniu cen jednostkowych składowych wówczas możliwe byłoby podanie ceny 0 zł, ujmując te koszty w innych usługach (tak uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 30 listopada 2010 roku w sprawie o sygn. akt KIO/KD 93/10). Tymczasem podane ceny w tym ceny za zwrot przesyłek stanowiąc będą podstawę rozliczenia wykonanych usług.

Odwołujący wskazał następnie, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż powyższy przepis stanowi wskazówkę definicyjną dla czynów uznawanych za nieuczciwe (funkcja definiująca) oraz uzupełnia katalog czynów niedozwolonych wyliczonych w części szczegółowej ustawy w ten

sposób, iż w przypadku, gdy przy wykonywaniu działalności gospodarczej dojdzie do popełnienia czynu nieujętego przepisami, a jednocześnie zakłócającego uczciwe stosunki rynkowe, wówczas podstawę jego oceny stanowić może samodzielnie art. 3 ust. 1 ww. ustawy. Tak więc, nawet gdyby Zamawiający nie uznał zasadności zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust 1 pkt 5 oraz art. 15 ust 2 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to samoistną podstawą określającą złożenie oferty przez Poczta Polska- jako czyn nieuczciwej konkurencji - jest art. 3 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze, złożenie oferty przez Poczta Polska jest niewątpliwie działaniem podjętym w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Po drugie działanie to narusza zarówno normy prawne - poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji - jak i przyjęte w obrocie gospodarczym normy obyczajowe. Zaaferowanie przez Poczta Polska cen jednostkowych za wykonywane usługi „0 zł”, stanowi jaskrawy przykład naruszenia norm uczciwości, zdrowego rozsądku i racjonalności, które winny stanowić kryterium oceny składanych przez wykonawców zobowiązań, przez co godzi w obowiązującą zasadę dobrych obyczajów. Zgodnie z komentarzem do Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji „w stosunku do pojęcia „dobre obyczaje” reprezentowane jest - współcześnie w orzecznictwie i doktrynie europejskiej - podejście określane mianem ekonomiczno-funkcjonalnego. Podkreśla się, że nie chodzi o przestrzeganie dobrych obyczajów w ogóle, lecz o zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej. Istotne z tego punktu widzenia będzie zatem nie kryterium odwołujące się do poglądów uczciwego, przeciętnego członka danej społeczności, lecz oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji przez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów i usług. Stanowisko to zaakceptowane zostało także przez doktrynę polską”. Przedmiotowy czyn wykonawcy Poczta Polska przeczy rzetelnemu i niezafałszowanemu współzawodnictwu, a to właśnie poprzez nierealność złożonego zobowiązania, zarówno z punktu widzenia zasad doświadczenia życiowego oraz w relacji do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

Podsumowując zarzut Odwołujący stwierdził, iż wykonawca Poczta Polska składając ofertę naruszył zasady uczciwej walki konkurencyjnej. Z punktu widzenia zasad właściwych dla prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na straży których ma stać Zamawiający tj. zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także niezbędnego obiektywizmu, działanie Poczty Polskiej winno zostać zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, czego - pomimo spełnienia wszystkich wymaganych przepisami przesłanek - Zamawiający nie uczynił.

W odniesieniu do nieuprawnionego zaniechania odrzucenia oferty ze względu na nieważność na podstawie innych ustaw, Odwołujący wskazał m.in., że zaoferowana cena zero złotych jest niezgodna z definicją ceny określoną w art. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych, zgodnie z którym przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach.

Zamawiający wyraźnie wymagał podania cen jednostkowych, oznacza, że wykonawca naruszył wskazane przepisy ustawy oraz ustawy o cenach. Liczba "0" nie stanowi wartości, która można wyrazić w jednostkach pieniężnych i nie może być traktowana jako cena w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o cenach.

Ponadto w przypadku świadczenia usług za darmo podmiot na rzecz którego świadczone są usługi obowiązany jest do zapłacenia podatku od przychodu uzyskanego z tzw. „nieodpłatnych świadczeń”. Takowy podatek od przychodów również winien być wliczony do wartości oferty, gdyż cena oferty musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją przyszłego zamówienia. W ocenie Odwołującego niemożliwe jest ponoszenie dodatkowych niewliczonych w wartość oferty kosztów przez Zamawiającego. Tymczasem w niniejszej sprawie wykonawca Poczta Polska w ocenie Odwołującego nie doliczył podatku od „nieodpłatnych świadczeń”. Zamawiający nie ma uprawnienia do samodzielnego doliczenia podatku, gdyż byłaby to niedozwolona zmiana treści oferty. Nadto Odwołujący zwrócił uwagę, iż w przypadku rozliczenia się Wykonawcy z Zamawiającym na podstawie cen jednostkowych według faktycznego wykonania, nie jest wiadomym, jaką kwotę faktycznie zapłaci Zamawiający wraz z należnym podatkiem. Odwołujący przywołał w tym miejscu poglądy przedstawione w wyroku z dnia 5 lipca 2005 r. w sprawie o sygn. akt. UZP/ZO/0-1611/05 oraz wyroku z dnia 25 kwietnia 2007 r. w sprawie o sygn. akt. UZP/ZO/0-467/07).

Odwołujący argumentował także, że hipotetycznie przyjmując, iż wykonawca Poczta Polska podpisze umowę z Zamawiającym, to zgodnie z zaoferowanymi w niniejszym postępowaniu cenami, z podatkowego punktu widzenia nie sposób będzie wystawić faktur VAT z wyszczególnieniem poszczególnych pozycji rozliczeniowych wskazując wartość 0 zł. Usługi te nie są ani zwolnione z VAT ani nie są objęte zerową stawką VAT.

Odwołujący podniósł również, że Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu winien również kierować się koniecznością wyboru oferty wykonawcy, który gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Ma to szczególnie istotne znaczenie w odniesieniu do niniejszego Zamawiającego, który jako jednostka sektora finansów publicznych winien dokonywać swoich wydatków, zgodnie z art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. 2009 nr 157 poz. 1240).

W odniesieniu do zaniechania odtajnienia formularza cenowego oraz wyjaśnień Poczty Polskiej dotyczących elementów oferty, które w ocenie Poczty Polskiej wypełniają przesłanki uprawniające do zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący – wskazując definicję z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – podniósł m.in., że określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie, gdy łącznie zaistnieją trzy przesłanki, tj.: informacja taka ma charakter techniczny, technologiczny,

organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą; nie została ujawniona do wiadomości publicznej; podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności (porównaj wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00).

Odwołujący podniósł w tym zakresie, że jawność działań zamawiającego i wykonawców to podstawowa zasada prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz jeden z mechanizmów kontroli mających na celu ograniczenie ewentualnych nadużyć. Umożliwia on uczestnikom postępowania wzajemną kontrolę, jednocześnie zwiększając konkurencyjność postępowania. Poczta Polska w nieuprawniony zaś sposób dokonała zastrzeżenia, jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, treści formularza cenowego w odniesieniu do niektórych pozycji oraz treści swoich wyjaśnień dotyczących elementów oferty stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować dowolności działań wykonawców w tym zakresie. Jednocześnie Zamawiający zaniechał uzyskania wyjaśnień od Poczta Polska wskazujących na przesłanki uprawniające do zastrzeżenia pisma w zakresie wyjaśnień. Zamawiający dla zapewnienia realizacji nadrzędnej zasady jawności postępowania, a przy tym także realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców ma natomiast obowiązek każdorazowego weryfikowania zastrzeżenia tajności złożonych przez wykonawców dokumentów. Odwołujący podzielił w tym zakresie pogląd zawarty w wyroku KIO z dnia 31 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 338/09.

Odwołujący wskazał także, że zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp nie można zastrzec informacji o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp, który odnosi się do „informacji dotyczących ceny”. Przepis nie wskazuje jedynie iż chodzi o cenę łączną, cenę brutto lecz wszystkie informacje dotyczące ceny. Wobec czego interpretować należy to szeroko jako wszystkie informacje w tym informacje o poszczególnych pozycjach formularza cenowego.

Odwołujący przytoczył w tym miejscu opinię „Tajemnica Przedsiębiorstwa”, zgodnie z którą: *„Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów, treść przepisów szczególnych, a w szczególności definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, za tajemnicę taką należy uznać np. dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu (postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r., sygn. akt XVII Amz 1/96). Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą natomiast być uznane w szczególności następujące dokumenty (informacje): (...) kosztorys, ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny na roboty budowlane”.*

Skuteczne zastrzeżenie informacji dotyczących ceny może więc, jak podkreślił Odwołujący, dotyczyć elementów cenotwórczych, mających wartość gospodarczą, nie może jednak dotyczyć składników ceny, takich jak cena jednostkowa, wysokość VAT. Stanowisko to znalazło również odzwierciedlenie w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej np. wyroku KIO z dnia 9 lipca 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 797/09. Cena jednostkowa nie jest więc czynnikiem

cenotwórczym, który mógłby podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Określenie ceny jednostkowej w postępowaniu publicznym, w którym Zamawiający będzie rozliczał się z wykonawcą w oparciu o tę cenę jednostkową oraz ilość faktycznie zrealizowanych przesyłek nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż na dalszym etapie to jest na etapie wykonania umowy będzie on musiał być ujawniony.

Ponadto Odwołujący argumentował, że nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniem zawartym w piśmie Poczty Polskiej z dnia 24 września 2014 r. w którym wskazano, iż cena jednostkowa oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż została skalkulowana indywidualnie dla Zamawiającego. Każdy z wykonawców w niniejszym postępowaniu kalkulował bowiem cenę konkretnie do tego postępowania i dla tego Zamawiającego. W uzasadnieniu zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa znajduje się wewnętrzna sprzeczność. Z jednej strony wykonawca wskazuje, iż cena poszczególnych pozycji została skalkulowana indywidualnie dla Zamawiającego, natomiast w dalszej części Wykonawca wskazuje, iż oferuje w niektórych pozycjach 0 zł, co jest zgodne ze stosowanym przez niego cennikiem. Wobec czego wywieść należy, że ceny w ofercie Wykonawcy zostały podane zgodnie z cennikiem nie są natomiast kalkulacją indywidualną i szczególną dla tego Zamawiającego. Dodatkowo, sam fakt, iż wykonawca uznał, że pozycje cennika od 1 do 12 oraz od 73 do 84 i 145 są usługą niepowszechną nie uprawnia go do utajniania elementów cen jednostkowych. To czy w ocenie danego wykonawcy coś jest usługą powszechną bądź nie, nie może przesądzać o fakcie spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób zgodzić się również z wywodem, iż podanie cen jednostkowych jest sposobem budowania ceny oraz metodą jej kalkulacji, wszak są to ceny składowe. Za sposób kalkulacji należy uznać sam proces oraz metodologię po zastosowaniu której końcowym wynikiem jest owa cena jednostkowa w dalszej konsekwencji sumująca się na cenę łączną. Wszak Wykonawca nie był obowiązany do podania swoich kosztów, marży, skalkulowanych ryzyk, które to w ocenie Odwołującej należy uznać za sposób kalkulacji. Nie sposób także uznać iż upublicznienie cen jednostkowych ma jakąkolwiek wartość gospodarczą dla wykonawcy, wszak ewentualne inne oferty składane innym zamawiającym czy kontrahentom nie mają związku z niniejszym postępowaniem. Niniejsze postępowanie jest postępowaniem publicznym. Każdy z wykonawców może zastrzegać elementy składające się na cenę w odniesieniu do ofert dla podmiotów prywatnych w sposób dowolny.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. Strony nie zgłosiły opozycji w tym zakresie, a Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Na posiedzeniu Zamawiający, wnosząc o oddalenie odwołania, podniósł jednocześnie, że zarzut dotyczący nieujawnienia informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, został zgłoszony po terminie. Odwołujący stwierdził natomiast, że termin winien być liczony od momentu wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż od tego momentu wiadomo było, iż Zamawiający uznał zastrzeżenie tajemnicy za skuteczne. Wskazał, że nie posiadał wcześniej wiedzy, iż Zamawiający po przeprowadzeniu badania wyjaśnień Przystępującego, uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne. Odwołujący cofnął na posiedzeniu zarzut dotyczący zaniechania wyjaśnień złożonych przez Przystępującego.

Na rozprawie, Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w pisemnym odwołaniu.

Zamawiający, wnosząc o oddalenie odwołania, podniósł m.in., że nie można zgodzić się z twierdzeniem, iż nie jest możliwe realizowanie usługi tylko z uwagi na fakt, że w niektórych pozycjach wskazano „0 zł”. Podkreślono, że w tym postępowaniu wynagrodzenie jest wynagrodzeniem kosztorysowym. Odwołując się do wyroku KIO o sygn. akt KIO 34/07, podniesiono, że zaoferowanie stawki „0 zł” w niektórych pozycjach nie powoduje, że umowa traci walor odpłatności. Wspierając się poglądem zawartym w wyroku KIO o sygn. akt 1642/10, Zamawiający argumentował, że podanie stawki „0 zł”, świadczy o tym, że wykonawca wycenił daną pozycję.

Ponadto, Zamawiający wskazał, że czynności z poz. 121-132 formularza cenowego nigdy nie wystąpią samodzielnie – są bowiem konsekwencją usługi nadania listu – zaś otrzymane wyjaśnienia Poczty Polskiej S.A., potwierdzają, że wykonawca ten będzie realizował usługę w całości. Odnośnie twierdzeń o realizowaniu usługi poniżej jej kosztów Zamawiający uznał, że jest to zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny, co nie zostało objęte treścią odwołania. W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferty z treścią SIWZ podniesiono, że Odwołujący nie wskazał konkretnie, z którym zapisem SIWZ miałyby być niezgodna oferta Przystępującego. Podkreślono także brak przedstawienia przez Odwołującego dowodów dla wykazania zasadności stawianych zarzutów. W kwestii informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający podtrzymał wcześniejszą ocenę, jak również wskazał, iż konsekwencją na etapie realizacji umowy, będzie to, że także faktury VAT, nie będą ujawniane do publicznej wiadomości.

Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania, podniósł m.in., że Odwołujący błędnie wywodzi, że czynność zwrotu przesyłki jest odrębną usługą. Podniesiono, że z art. 32 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe, wynika, iż operator ma obowiązek zwrotu nedoręczzonej przesyłki. Dysponuje przy tym prawem, ale nie obowiązkiem pobrania za tę czynność opłaty. Przepis ten wskazuje, że czynność zwrotu jest immanentną częścią usługi pocztowej, a nie odrębną usługą. Konsekwencją tego jest sposób sformułowania SIWZ, gdzie

Zamawiający stworzył odrębną pozycję dla zwrotu przesyłek dla wykonawców, którzy zdecydowali się na pobranie opłaty za tę czynność. Przystępujący podkreślił także, że powszechną praktyką jest stosowanie stawki 0 zł za czynność zwrotu przesyłki, na którą to okoliczność złożył dowody w postaci formularzy ofertowych z innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Argumentowano jednocześnie, że stawka 0 zł nie została skalkulowana na potrzeby niniejszego postępowania i jest stosowana przez Przystępującego w określonych sytuacjach (dla określonej grupy klientów) – na okoliczność którą przedstawiono „Regulamin świadczenia usługi pocztowej niepowszechnej przesyłka firmowa w obrocie krajowym”. W odniesieniu do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podniesiono także, że po stronie Odwołującego brak jest interesu w uzyskaniu informacji o cenach jednostkowych i jest to jedynie interes biznesowy. Wskazano przy tym, że z uwagi na specyficzną pozycję Poczty Polskiej S.A. na rynku, informacje o tego rodzaju cenach, które zostały wypracowane w ramach wewnętrznych procedur, stanowią narzędzie konkurencji i posiadają bardzo istotną wartość gospodarczą.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Urzędu Miasta Szczecin. Zamówienie zostało podzielone na dwie części:

„Część I – świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Urzędu Miasta Szczecin w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek listowych oraz ich ewentualnych zwrotów do zamawiającego po wyczerpaniu możliwości ich doręczenia lub wydania adresatowi.

Część II – świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Urzędu Miasta Szczecin w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek listowych w trybie ustawy Ordynacja podatkowa oraz ich ewentualnych zwrotów do Zamawiającego po wyczerpaniu możliwości ich doręczenia lub wydania adresatowi”.

(Rozdział XV SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, pkt 1).

W Opisie przedmiotu zamówienia dla Części I wskazano: świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Urzędu Miasta Szczecin w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek listowych oraz ewentualnych zwrotów do Zamawiającego po wyczerpaniu możliwości ich doręczenia lub wydania adresatowi. Wykaz przesyłek stanowi formularz cenowy dla części I – załącznik nr 1A do SIWZ. Ilość przesyłek w ramach świadczonych usług jest szacunkowa i może ulec zmianie w zależności od potrzeb Zamawiającego, na co wykonawca wyraża zgodę. Zamawiający zastrzega sobie prawo do

niewykorzystania ilości wskazanych przesyłek. Określone rodzaje i ilości poszczególnych przesyłek w ramach świadczonych usług mogą ulec zmianie w zależności od potrzeb Zamawiającego. Zmniejszenie lub zwiększenie ilości przesyłek nie stanowi zmiany umowy. Wybrany wykonawca ma obowiązek dostarczyć Zamawiającemu projekt umowy zawierający wszystkie istotne postanowienia umowy zawarte w załączniku nr 6a do SIWZ – Istotne postanowienia umowy dla części I. Usługi pocztowe, które są przedmiotem zamówienia będą realizowane na zasadach określonych w powszechnie obowiązujących przepisach prawa, m.in. w ustawie z dnia 23 listopada 2013 r. Prawo pocztowe.

Zamawiający określił sposób obliczenia ceny oferty dla części I i II. W odniesieniu do części I Zamawiający przyjął, że wykonawca ustali cenę brutto oferty dla całego zakresu przedmiotu zamówienia w oparciu o Formularz cenowy (załącznik nr 1A do SIWZ). Formularz cenowy służy do porównania ofert złożonych w postępowaniu. Liczby wpisane w kolumnie nr 3 formularza cenowego stanowią szacunkową ilość przesyłek planowanych dla nadawania przez Zamawiającego. Ceny jednostkowe, które Wykonawca wpisze w kolumnie nr 4, stanowiąc będą podstawę do rozliczeń z Wykonawcą po podpisaniu umowy. Cenę należy obliczyć w następujący sposób: w formularzu cenowym w kolumnie nr 4 należy podać ceny jednostkowe brutto. Wartość brutto (kolumna nr 5) należy obliczyć mnożąc przewidywaną ilość przesyłek przez cenę jednostkową brutto. Następnie podsumować wszystkie „wartości brutto” i tak powstałą kwotę wpisać w rubryce „SUMA”. Kwotę z pozycji „SUMA” należy przenieść do formularza oferty cenowej (załącznik nr 1 do SIWZ). Tak ustalona cena brutto będzie brana pod uwagę podczas oceny ofert zgodnie z kryterium oceny ofert określonym w SIWZ. Cena musi być wyrażona w złotych polskich niezależnie od wchodzących w jej skład elementów. Tak obliczona cena będzie brana pod uwagę przez komisję przetargową w trakcie wyboru najkorzystniejszej oferty (Rozdział X SIWZ – Sposób obliczenia ceny, pkt 1 i 4).

Zamawiający zastrzegł, że jedynym kryterium oceny ofert jest cena (Rozdział XII SIWZ – Wybór najkorzystniejszej oferty)

Zamawiający określił Istotne postanowienia umowy dla części I, wskazując m.in., że wykonawca zobowiązuje się do świadczenia usługi odbioru z siedziby Zamawiającego przesyłek nadawanych przez Zamawiającego, przemieszczania i dostarczania ich adresatom na obszarze całego kraju i zagranicę. W ramach zasad dokonania rozliczeń Zamawiający zobowiązał się do uiszczania miesięcznej należności w formie opłaty z dołu za świadczenie usług pocztowych; faktury VAT z tytułu należności wynikających z realizacji umowy wystawiane będą w terminie 7 dni od zakończenia okresu rozliczeniowego; podstawą obliczenia należności będzie suma opłat za przesyłki faktycznie nadane lub zwrócone z powodu braku możliwości ich doręczenia w okresie rozliczeniowym, potwierdzona na podstawie dokumentów nadawczych lub oddawczych, przy czym obowiązywać będą ceny jednostkowe podane w załączniku cenowym (formularz cenowy z oferty wykonawcy), a w

przypadku ich zmiany zgodnie z dokumentem zatwierdzającym te zmiany. Ceny określone przez Wykonawcę w ofercie ulegną automatycznemu obniżeniu w toku realizacji zamówienia w przypadku, gdy opłaty pocztowe wynikające ze standardowego cennika lub regulaminu Wykonawcy będą niższe od cen wynikających z przedłożonej oferty. Wykonawca ma obowiązek wówczas stosować względem Zamawiającego, z dniem wejście w życie standardowego cennika lub zmiany regulaminu obniżone opłaty pocztowe, dla usług, wynikające ze swojego aktualnego cennika lub regulaminu (Załącznik nr 6A do SIWZ).

Zamawiający wskazał, że w sytuacji, gdy wykonawca zastrzeże w ofercie informacje, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych lub odrębnych przepisów, informacje te będą podlegały udostępnieniu na takich samych zasadach, jak pozostałe niezastrzeżone dokumenty (Rozdział IV SIWZ – Jawność postępowania, pkt 9).

Termin składania ofert upłynął w dniu 16 września 2014 r., o godz. 10:30 (Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego – pkt 7).

Do upływu terminu składania ofert wpłynęły dwie oferty: 1) Poczty Polskiej S.A. z cenę brutto dla części I – 1.648.832,25 zł, dla części II – 582.610,00 zł; 2) konsorcjum Unizeto Technologies S.A. i Polska Grupa Poczтовая S.A. z ceną brutto dla części I – 1.676.381,28 zł, dla części II – 713.850,00 zł (Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego – pkt 9).

Wykonawca Poczta Polska S.A. zastrzegł w treści oferty, że zawiera ona informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Informacje te zawarte zostały w Załączniku nr 1A i Załączniku nr 1B do SIWZ – formularze cenowe dla części I i II. Formularz cenowy dla części I zawierał 146 pozycji. Tajemnicą przedsiębiorstwa objęte zostały poz. 1-6; 7-12; 73-84; 145.

W dniu 17 września 2014 r., Odwołujący na podstawie art. 96 ust. 3 Pzp zwrócił się do Zamawiającego o niezwłoczne udostępnienie protokołu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego wraz z załącznikami, w tym ofertami innych wykonawców oraz możliwość skopiowania ww. dokumentów (pismo z dnia 17 września 2014 r., nr WP/00043/Szczecin/17/09/2014).

Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumentację postępowania. Wykonawca zapoznał się z następującymi dokumentami: oferta Poczty Polskiej, koperty – potwierdzenie wpływu, oferta Unizeto (notatka służbowa z udostępnienia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 17 września 2014 r.). Wykonawca nie uzyskał wglądu w informacje zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa (okoliczność bezsporna).

Pismem z dnia 22 września 2014 r., Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Poczty Polskiej S.A., wskazując, iż w związku z zastrzeżeniem w ofercie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa formularza cenowego dla części I oraz formularza cenowego dla części II,

zwraca się o przedstawienie informacji dotyczących tego, jaki charakter mają zastrzeżone informacje, jakie działania podjął wykonawca w celu zachowania poufności tych informacji, jaką szkodę może spowodować ujawnienie tych informacji. Jednocześnie, Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty wskazując, że w załączniku nr 1A do SIWZ – formularz cenowy dla części I, wykonawca w pozycjach 121 do 132 wskazał wartość brutto „0,00 zł”. W związku z powyższym Zamawiający wezwał do potwierdzenia, że wyżej wymienione pozycje zostaną wykonane za podaną cenę „0” zł, zgodnie z przedmiotem zamówienia (pismo z dnia 22 września 2014 r., znak: BZP-S.271.173.15.2014.KSD).

W odpowiedzi, pismem z dnia 24 września 2014 r., wykonawca Poczta Polska S.A., wyjaśnił, że art. 5 pkt 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej dopuszcza ograniczenie informacji publicznej ze względu na tajemnicę przedsiębiorcy. Zastrzeżono, że ceny przedstawione w części I i II dotyczą usługi umownej i są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnieniem powyższego faktu jest, że opłaty, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, mają charakter ceny jednostkowej za poszczególną usługę składającą się na treść oferty, zostały indywidualnie przygotowane wyłącznie dla potrzeb Klienta umownego Poczty Polskiej i nie są one podawane do publicznej wiadomości. Wskazano, że cena jednostkowa podana w ofercie nie stanowi podstawy oceny oferty, zgodnie natomiast z art. 43 ust. 3 Pzp, cena zawarta w ofercie podawana jest do publicznej wiadomości po otwarciu ofert. W rozpatrywanym przypadku, ceny jednostkowe nie podlegały ocenie, a jedynie całkowita cena oferty. Ponadto wskazano, że informacji o cenach jednostkowych zawartych w ofercie nie można uzyskać w zwykłej drodze z uwagi na jej nieupublicznianie przez wykonawcę oraz podjęcie niezbędnych czynności mających na celu zachowanie wskazanych informacji w tajemnicy. W konsekwencji brak jest również podstaw do uznania, że ceny jednostkowe wskazane w ofercie stanowią cenę podaną przez Zamawiającego do wiadomości po otwarciu ofert w rozumieniu art. 43 ust. 3 Pzp. Istnieje zatem uzasadnienie dla stwierdzenia, że informacje, o których mowa zawarte w ofercie, winny zostać uznane przez Zamawiającego za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, co należy wnosić a contrario z treści art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podkreślono przy tym, że jest to informacja niezwykle istotna z punktu widzenia funkcjonowania operatora pocztowego i posiada istotną wartość gospodarczą, a jej ujawnienie zagraża interesom Poczty. Ujawnienie cen objętych tajemnicą może doprowadzić do utraty znacznej ilości przychodów. Wskazano także, że Poczta Polska podjęła niezbędne działania w celu zachowania poufności tych informacji, tak by osoby mogące być zainteresowane, w toku normalnych zdarzeń, bez specjalnych starań z ich strony, nie mogły dotrzeć do tych informacji. Oferta została przygotowana w oparciu o indywidualne potrzeby prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, a cennik jest znany tylko wybranym pracownikom ze względu na zachowanie

poufności – zgodnie z wewnętrznymi procedurami w tym zakresie, mającymi na celu uniemożliwienie dotarcia informacji do osób postronnych. Ponadto, podniesiono, że wedle utrwalonego poglądu judykatury przyjmuje się, że utajnieniu mogą podlegać informacje dotyczące sposobu budowania ceny oraz metod jej kalkulacji. Konstruowanie ceny oferty opiera się bowiem poprzez ustalenie na podstawie przeprowadzonej kalkulacji cen jednostkowych na elementach ściśle związanych z działaniem wykonawcy, jako przedsiębiorcy na rynku, takich jak: stosowana marża, warunki współpracy z dostawcami czy sposób wykonywania oferowanych usług. Wykonawca wskazał także, że w pozycjach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa zastosowano ulgę niepowszechną skalkulowaną indywidualnie dla Urzędu Miasta Szczecin. Wyjaśniono także, że pozycje od 121-132 dotyczą zwrotu do nadawcy po wyczerpaniu możliwości doręczenia lub wydania odbiorcy przesyłek krajowych, czyli przesyłek skalkulowanych dla Państwa indywidualnie. Wskazana cena jest właściwa i zgodna z cennikiem wewnętrznym usługi umownej, która została zastosowana w przedmiotowej ofercie. Reasumując, wykonawca wskazał, że za czynności związane ze zwrotem przesyłek w obrocie krajowym nie będzie pobierał opłaty. Tak została przygotowana oferta w oparciu o usługę umowną z indywidualnie ustaloną cenę (pismo z dnia 24 września 2014 r., znak: BKBI/RSP12-RSK/0700/154/5/14).

Pismem z dnia 24 września 2014 r., Odwołujący na podstawie art. 96 ust. 3 Pzp, zwrócił się do Zamawiającego z kolejnym wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia wraz z załącznikami, w tym ofertami innych wykonawców (pismo nr WP/00056/Szczecin/24/09/2014).

W dniu 25 września 2014 r., Odwołującemu udostępniono dokumentację postępowania. Wykonawca zapoznał się z następującymi dokumentami: jawna część oferty Poczty Polskiej S.A., notatką służbową z udostępnienia dokumentacji z dnia 17 września 2014 r. (Notatka służbowa z udostępnienia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 25 września 2014 r.).

Pismem z dnia 1 października 2014 r., Odwołujący na podstawie art. 96 ust. 3 Pzp, ponownie wystąpił o udostępnienie protokołu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia wraz z załącznikami dotyczącymi oferty złożonej przez wykonawcę Poczta Polska S.A., wszelkiej korespondencji, która nastąpiła pomiędzy Polską Poczta S.A., a Zamawiającym po otwarciu ofert (pismo nr WP/00014/Szczecin/01/10/2014).

W dniu 2 października 2014 r., Zamawiający przesłał scany protokołu i korespondencji. Zamawiający udostępnił Odwołującemu wyjaśnienia udzielone przez Poczta Polska S.A. w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa (okoliczność bezsporna).

Izba rozpoznając niniejsze odwołanie w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do jego odrzucenia, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając podniesione w odwołaniu zarzuty Izba kierowała się zasadą wynikającą z art. 190 ust. 1 Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania, zgodnie z zasadą kontradiktoryjności władającą postępowaniem odwoławczym, są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania.

W pierwszej kolejności, Izba nie znalazła podstaw do uznania, by w niniejszym postępowaniu doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Należy wskazać, że wiarygodność i zasadność tego rodzaju zarzutu podważa na wstępie wykazanie okoliczności, że podmiot stawiający zarzut stosuje w swojej działalności tożsame praktyki. W niniejszej sprawie Przystępujący przedłożył m.in. ofertę przetargową Polskiej Grupy Pocztovej S.A., datowaną na 4 listopada 2013 r., złożoną w postępowaniu na „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych”, przeprowadzonym przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucji Gospodarki Budżetowej w Krakowie, w której oferent wskazał dla całego obszaru „Zwroty przesyłek listowych krajowych” ceny jednostkowe brutto: 0,00 zł (poz. 200-205). Izba uznała w pełni wartość dowodową złożonej oferty. Odwołujący nie kwestionował tego faktu, ani tego, iż na podstawie powyższej oferty realizuje obecnie przedmiotowe zamówienie.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, można w świetle normy ogólnej odmówić uznania za czyn nieuczciwej konkurencji zachowania, które aczkolwiek formalnie wskazuje na naruszenie zasad uczciwej konkurencji, ale trudno uznać je, w danych okolicznościach faktycznych, za sprzeczne z dobrymi obyczajami, gdy podmiotowi podnoszącemu zarzut można postawić zarzut *venire contra factum proprium* (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 24 maja 2007 r., sygn. akt V Aca 328/07). Powyższe zostało przytoczone dla podkreślenia, że (hipotetycznie) nawet w sytuacji uznania, kwestionowanego przez Odwołującego działania Przystępującego, za czyn nieuczciwej konkurencji – ku czemu brak

jest jednak w tej sprawie podstaw faktycznych i prawnych – odwołanie nie zasługiwałoby na uwzględnienie, gdyż nie zasługuje na ochronę prawną, ten kto sam praktykuje tego rodzaju działania (*venire contra factum proprium nemini licet* – nie wolno występować przeciwko temu, co wynika z własnych czynów).

Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby, działaniu Poczty Polskiej S.A., nie można przypisać znamion czynu nieuczciwej konkurencji, ani w oparciu o art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ani w oparciu o art. 15 ust. 1 pkt 1 i art. 15 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy. Popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji, będącego poważnym złamaniem podstawowej reguły działalności gospodarczej, podważającym renomę danego przedsiębiorcy, wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość zaistnienia wszystkich przesłanek warunkujących przypisanie wykonawcy tego rodzaju działania. W niniejszej sprawie Odwołujący nie sprostął temu obowiązkowi, a okoliczności sprawy nie potwierdziły stawianych w tej materii zarzutów.

Odnosząc się do zarzutu popełnienia czynu z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należy wskazać, że w myśl tego przepisu czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Użyte w tym przepisie sformułowanie „w celu” wskazuje, że czyn nieuczciwej konkurencji musi być popełniony świadomie i z winy umyślnej (por. wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 708/13). Wykonawcy powinno być udowodnione, że zaniżenia ceny dokonał celowo i z zamiarem wyeliminowania innych wykonawców. Kwestie te nie zostały wykazane przez Odwołującego.

Co istotne, w okolicznościach niniejszej sprawy, brak jest podstaw do przyjęcia, że została spełniona podstawowa przesłanka do zastosowania ww. przepisu – niezależnie od kwestii braku wykazania „celowości” i „chęci” wyeliminowania Odwołującego z rynku. Nie można bowiem uznać, że z uwagi na fakt podania wartości zerowej w poz. 127-132 Formularza cenowego (Załącznik nr 1A do SIWZ), Przystępujący sprzedaje usługę poniżej kosztów jej świadczenia. Należy zwrócić uwagę, że poz. 127-132 dotyczą zwrotu do nadawcy po wyczerpaniu możliwości doręczenia lub wydania odbiorcy przesyłek krajowych o gabarycie B. W przypadku powstania obowiązku zwrotu przesyłki czynności z tym związane powinny być traktowane, jako kontynuacja usługi podstawowej, tj. usługi doręczenia przesyłki. Jak słusznie argumentował Przystępujący usługa podstawowa „wydłuża się” wówczas o dodatkowy element, tj. zwrot przesyłki. Nie jest to natomiast usługa odrębna i nigdy nie może być realizowana samodzielnie – dla powstania ewentualnego obowiązku zwrotu przesyłki należy bowiem wpierv realizować usługę jej doręczenia.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz.U.2012.1529), usługę pocztową stanowi, wykonywane w obrocie krajowym lub

zagranicznym, zarobkowe:

- 1) realizowane łącznie lub rozdzielnie przyjmowanie, sortowanie, doręczanie przesyłek pocztowych oraz druków bezadresowych;
- 2) przemieszczanie przesyłek pocztowych oraz druków bezadresowych, jeżeli jest wykonywane łącznie z przynajmniej jedną spośród czynności, o których mowa w pkt 1;
- 3) przesyłanie przesyłek pocztowych przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej, jeżeli na etapie przyjmowania, przemieszczania lub doręczania przekazu informacyjnego przyjmują one fizyczną formę przesyłki listowej;
- 4) prowadzenie punktów wymiany umożliwiających przyjmowanie i wymianę korespondencji między podmiotami korzystającymi z obsługi tych punktów;
- 5) realizowanie przekazów pocztowych.

Powyższy przepis nie wymienia, jako odrębnej usługi – zwrotu przesyłek po wyczerpaniu możliwości jej doręczenia, co potwierdza, iż także ustawodawca traktuje te czynności, jako element bezpośrednio związany (i wynikający) z usługi doręczenia przesyłki. Krytycznie należało odnieść się do twierdzeń Odwołującego, iż literalna wykładnia brzmienia pkt 1 OPZ, gdzie zawarto sformułowanie „oraz ich ewentualnych zwrotów” nakazuje przyjęcie, iż czynności z tym związane zostały wyodrębnione przez Zamawiającego, jako odrębna usługa. Pomijając fakt, iż do świadczenia usług w tym postępowaniu zastosowanie znajdują przepisy Prawa pocztowego, co wskazano także w treści SIWZ, można przytoczyć, iż w treści Istotnych postanowień umowy (załącznik nr 6A do SIWZ, pkt 3), Zamawiający określił, że wykonawca zobowiązuje się do świadczenia usługi przemieszczania i dostarczania przesyłek nadawanych przez Zamawiającego. Nie wyodrębniono tu „ewentualnych zwrotów”, co świadczy o tym, że Zamawiający nie traktował czynności zwrotu, jako odrębnej usługi, lecz jako element usługi doręczania przesyłek.

Należy następnie wskazać, że w myśl art. 32 ust. 1 Prawa pocztowego, przesyłkę pocztową, której nie można doręczyć adresatowi, operator pocztowy, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, zwraca nadawcy. Za czynności związane ze zwrotem przesyłki operator ten może żądać uiszczenia opłaty w wysokości określonej w cenniku usług pocztowych albo w cenniku usług powszechnych albo w umowie.

Z powyższej regulacji wynika, iż zwrot przesyłki, której nie można doręczyć jest ustawowo nałożonym obowiązkiem operatora pocztowego. Ustawodawca przewidział, iż w takiej sytuacji operator może – ale nie musi – żądać opłaty za wykonanie tej czynności. Do własnej decyzji operatora pozostawiono więc, czy określi dla tych czynności stosowne opłaty – czy to w cenniku usług, czy też w umowie. Przyjęcie stanowiska Odwołującego – kwestionującego podanie w ofercie Przystępującego stawek 0 zł za zwrot przesyłek – pozostawałoby w sprzeczności z powyższą regulacją. Nie można uznać, że wykonawca obowiązany był do przewidzenia odpłatności za te czynności, skoro sama ustawa przewiduje

(arg. *a contrario*), że operator nie musi żądać w tym przypadku opłat. Z faktu, iż Zamawiający przewidział w Formularzu cenowym oddzielne miejsce dla wskazania cen jednostkowych za zwrot przesyłek nie można – w kontekście powyższej regulacji – wywodzić, że wykonawca nie mógł zrezygnować z możliwości wyceny tej części oferty, poprzestając na wskazaniu wartości 0 zł. Odwołujący w sposób nieuzasadniony wywodził przy tym, że skoro ceny jednostkowe będą podstawą rozliczenia przyszłej umowy, to tym samym Zamawiający, w związku z wyodrębnieniem oddzielnych pozycji, wymagał wyceny czynności zwrotu przesyłek. Skoro bowiem dokonał ich wyodrębnienia w Formularzu ofertowym to oznacza, iż było to działaniem celowym, zmierzającym do uzyskania od oferenta konkretnych stawek, które będą następnie podstawą realizacji i rozliczenia zamówienia. Zamawiający w sposób rzeczowy wskazał jednak, że wyodrębnienie przedmiotowych pozycji miało na celu stworzenie możliwości wyceny czynności zwrotu przesyłek – ale dla tych wykonawców, którzy zdecydowali się na skalkulowanie cen za zwrot przesyłek. W innym przypadku, wykonawcy którym ustawa Prawo pocztowe (art. 32 ust. 1) daje prawo do dodatkowego wynagrodzenia za te czynności, nie mieli by możliwości ujęcia w Formularzu ofertowym wyceny czynności zwrotu przesyłek. Jest logicznym, iż wykonawcy, którzy z tego prawa nie zamierzali korzystać (co znajduje oparcie w przytoczonym art. 32 ust. 1 Prawa pocztowego) mogli w tym przypadku wskazać wartość 0 zł, a koszt realizacji czynności zwrotu przesyłek skalkulować w ramach usługi doręczenia przesyłki, dla której to usługi – jak wskazano wcześniej – czynność zwrotu jest dodatkowym (ewentualnym) elementem.

Mając powyższe na uwadze nie zasługiwały na akceptację twierdzenia Odwołującego, iż podanie stawki 0 zł w poz. 127-132 Formularza cenowego, świadczy o sprzedaży usługi poniżej kosztów jej świadczenia. W świetle regulacji ustawy Prawo pocztowe wykonawca nie był bowiem w ogóle obowiązany do ujęcia w cenie oferty wynagrodzenia/opłat za zwrot przesyłek, których nie można było doręczyć, a ponadto koszty związane z koniecznością wypełnienia tego ustawowego obowiązku mogły zostać skalkulowane w cenie realizacji usługi doręczenia przesyłki. Odwołujący błędnie wywodził w tym zakresie, że podanie wartości 0 zł dla czynności zwrotu przesyłek nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia, jak również, że czynności związane ze zwrotem przesyłek nie sposób połączyć z czynnościami wysyłki listów.

Brak było podstaw do uznania, by powyższe działanie Przystępującego (zrezygnowanie z wynagrodzenia za czynność zwrotu przesyłek) miało w niniejszym postępowaniu na celu wymuszenie na Zamawiającym wybór jego oferty. Nie zasługiwał na akceptację tym samym zarzut naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przede wszystkim, nie sposób przyjąć, by korzystanie z możliwości przewidzianych przepisami prawa – w tym przypadku możliwości odstąpienia od pobierania opłat za zwrot przesyłek (arg. *a contrario* z art. 32 ust. 1 Prawa pocztowego) – mogło zostać uznane za formę nieuczciwego

wymuszenia określonego zachowania Zamawiającego. W tym przypadku strategia budowania ceny stanowiła element dopuszczalnej gry rynkowej pomiędzy konkurującymi między sobą przedsiębiorcami, a nie działanie zmierzające do wymuszenia zawarcia umowy. Przystępujący wykazał jednocześnie, że zastosowanie stawki 0 zł za czynności zwrotu przesyłek, nie stanowiło działania nie praktykowanego w relacjach z innymi podmiotami. Także w kontekście tej okoliczności brak było podstaw do uznania, że zaoferowanie stawki 0 zł za zwrot przesyłek było w tej sprawie działaniem wyjątkowym, nakierowanym na wymuszenie uzyskania zamówienia. Przystępujący przedstawił rzeczowe argumenty i dowody na okoliczność, iż w odniesieniu do niektórych klientów Poczta Polska S.A. rezygnuje z pobierania opłat za zwrot przesyłki. Wskazano przykładowo na Regulamin świadczenia usługi pocztowej niepowszechnej przesyłka firmowa w obrocie krajowym, który jest dokumentem jawnym i powszechnie dostępnym (Decyzja Nr 133/2013/PRUP). Zgodnie z § 19 ust. 4 przedmiotowego regulaminu, w przypadku nieodebrania przesyłki firmowej poleconej w terminie, o którym mowa w ust. 3, przesyłkę zwraca się do nadawcy bez pobierania opłat za zwrot przesyłki. Izba w pełni uznała wartość dowodową złożonego regulaminu. Przedmiotowy dowód w sposób należyty potwierdził, że odstąpienie od pobierania opłaty za zwrot przesyłek jest stosowane przez Przystępującego wobec określonej kategorii klientów i jest to dopuszczalne narzędzie konkurencyjne, a nie działanie, które w tym postępowaniu miałooby na celu wymuszenie uzyskania zamówienia.

Ponadto, należy wskazać na szacunkowe ilości ujęte przez Zamawiającego w poz. 127-132 (po 1 szt.). Nawet objęcie analizą innych pozycji (nie wskazanych w odwołaniu), gdzie szacowane ilości wynoszą 43 130; 12; 250, 1; 1; 1, nie daje podstaw do zaakceptowania twierdzeń, iż z powodu podania wartości 0 zł na Zamawiającym zostało wymuszone zawarcie umowy z Przystępującym. Mając na względzie różnicę cenową między ofertą Przystępującego i Odwołującego nie można bowiem uznać, by ta jedyna okoliczność przesądziła niejako o wyborze oferty. Wycena przedmiotowych pozycji na poziomie minimalnie przekraczającym 0 zł – przykładowo 0,1 zł, którego to założenia nie wyłącza treść odwołania, gdyż Odwołujący wywodził jedynie niedopuszczalności ceny 0 zł – nie powodowałyby, że cena oferty Odwołującego byłaby korzystniejsza.

Krytycznie należało ocenić także twierdzenia Odwołującego, iż samoistną podstawą do uznania oferty Poczty Polskiej S.A. za czyn nieuczciwej konkurencji stanowi art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wbrew wywodom Odwołującego nie można uznać, by kwestionowane działanie Przystępującego naruszało normy prawne lub dobre obyczaje i mogło jednocześnie zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jak wskazano wcześniej, skoro art. 32 ust. 1 Prawa pocztowego przewiduje jedynie możliwość pobrania opłaty za zwrot przesyłki, to tym samym nie sposób uznać, by nie skorzystanie z tej możliwości naruszało przepisy prawa. Ponadto, Przystępujący przedstawił dowody na

potwierdzenie okoliczności, iż odstąpienie od wynagrodzenia za zwrot przesyłek jest praktyką szerzej stosowaną, przez różne podmioty działające na rynku. Na tę okoliczność Przystępujący złożył przykładowe oferty, w których w odniesieniu do zwrotu przesyłek oferenci podawali wartość 0 zł. W sposób rzeczowy Przystępujący wykazał, iż tego rodzaju działanie jest praktyką stosowaną na rynku przy ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym nie sposób uznać, by naruszone zostały w tym przypadku dobre obyczaje, normy uczciwości, zdrowego rozsądku i racjonalności – dla których oceny punktem wyjściowym są, w kontekście art. 3 ust. 1 ww. ustawy, właśnie realia i zasady stworzone przez samych uczestników rynku.

Podsumowując powyższe, nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty dotyczące popełnienia przez Poczta Polska S.A., czynu nieuczciwej konkurencji. Działanie tego wykonawcy nie wypełniło ani znamion przedmiotowych, ani podmiotowych, pozwalających na przypisanie czynu z art. 3 ust. 1, art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Jako chybione należało również uznać twierdzenia o niezgodności z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, jako potwierdzających, iż zaoferowana cena nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba nie uwzględniła zarzutów nakierowanych na wykazanie nieważności oferty Przystępującego, mającej znajdować swoje źródło w naruszeniu zasady odpłatności umów zawieranych między zamawiającym a wykonawcą oraz w naruszeniu przepisów definiujących pojęcia ceny (art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług w zw. z art. 2 pkt 1 Pzp oraz art. 2 pkt 13 Pzp). Należy jednocześnie zauważyć, iż podnosząc zarzut naruszenia zasady odpłatności, a więc sprzeczność z definicją zamówienia publicznego zawartą w art. 2 pkt 13 Pzp, Odwołujący dowodził w istocie podstawy odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. W podstawie prawnej odwołania przepis ten nie został jednak powołany. Wskazano natomiast na nieważność oferty na podstawie odrębnych przepisów (art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp).

Na wstępie należy zauważyć, że przepisy, do których nawiązał Odwołujący (ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, a obecnie ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług) nie stanowią o sankcji nieważności czynności polegającej na zastosowaniu ceny 0 zł. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp wyraźnie natomiast określa, że podstawą jego zastosowania jest sytuacja, gdy oferta jest nieważna na podstawie odrębnym przepisów. Owe odrębne przepisy powinny więc zawierać, w sposób wyraźny, określenie podstawy materialnej oraz przesądzenie, iż w sytuacji zaistnienia tej podstawy, jej prawną konsekwencją jest

nieważność określonej czynności prawnej (wpływającej na nieważność oferty, jako całości). Tego rodzaju podstawy, ani sankcji nie zawierają przepisy ww. ustawy.

Niezależnie od powyższego, jak wskazano wcześniej, Izba nie podzieliła oceny Odwołującego, co do traktowania czynności zwrotu przesyłki, jako odrębnej usługi, dla której wykonawca nie mógł zrezygnować z pobierania opłat, a tym samym musiał podać wartość dodatnią w pozycji cen jednostkowych, by wartość ta odpowiadała pojęciu ceny, jako wartości wyrażonej w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić za usługę. W niniejszej sprawie pojęcie ceny, czy zasada odpłatności musi być bowiem odnoszone do całości usługi, a nie jej wybranego elementu. W tym też ujęciu oceniane powinno być, czy wykonawca zaoferował usługę poniżej kosztów jej realizacji. Okoliczność, iż wykonawca zrezygnował z wynagrodzenia za czynność zwrotu przesyłek nie skutkuje, ani sprzecznością z pojęciem ceny, ani nie powoduje, że umowa traci cechę odpłatności. Jak już wcześniej wskazano, Przystępujący był uprawniony do indywidualnego skalkulowania swojej oferty, zrezygnowania z wynagrodzenia za zwrot przesyłek, jak również do ujęcia kosztów tej czynności w kosztach usługi doręczenia przesyłki, dla której dodatkowym (ewentualnym) elementem może być w określonych sytuacjach ustawowy obowiązek zwrotu przesyłki. Czynność zwrotu przesyłki może być bowiem traktowana, jako „wydłużenie” usługi pocztowej, a więc doręczenia przesyłki. Czynność ta pozostaje bowiem immanentnie związana z usługą doręczenia i aktualizuje się w ramach tej usługi, w sytuacji braku możliwości doręczenia przesyłki do adresata.

Należy jednocześnie wskazać, że Zamawiający określił w treści SIWZ, że wykonawca ma ustalić cenę brutto dla całego zakresu przedmiotu zamówienia, a formularz cenowy służy do porównania ofert złożonych w postępowaniu. Skoro to cena z oferty jest ceną, która odnoszona jest do całego zakresu przedmiotu zamówienia, Odwołujący podał tę cenę, jak również potwierdził, że będzie w ramach tej ceny realizował czynności zwrotu przesyłek (co bezpośrednio wynika z wyjaśnień, w których wskazał, że jest to element usługi doręczenia i za te czynności nie będzie pobierał opłaty), to nie można uznać, by jego oferta naruszała przepisy definiujące pojęcie ceny oraz by pozostawała w sprzeczności z zasadą odpłatności umów.

Izba nie podzieliła w tej materii argumentacji Odwołującego dotyczącej kwestii podatkowych. Jeżeli bowiem czynność zwrotu przesyłki realizowana jest w ramach usługi pocztowej, to wynagrodzenie za tę usługę jest podstawą opodatkowania i nie dochodzi w tej sytuacji do nieodpłatnego świadczenia, które jako „dochód” musiałoby zostać opodatkowane podatkiem dochodowym. Odwołujący nie przedstawił przy tym żadnych dowodów, przykładowo w postaci interpretacji podatkowych, które mogłyby potwierdzać tezę o uzyskaniu w tym przypadku przez Zamawiającego „nieodpłatnego świadczenia”. W sposób tożsamy należało ocenić argumentację związaną z podatkiem VAT. Odwołujący nie wykazał, by na gruncie tego podatku, czynność zwrotu przesyłki nie była traktowana, jako element całości, tj.

usługi pocztowej podlegającej dopiero opodatkowaniu. Należy jednocześnie wskazać, że zgodnie z pkt 6 a, b i d Istotnych postanowień umowy (część I) Zamawiający zobowiązał się do uiszczania miesięcznej należności w formie opłaty z dołu za świadczenie usług pocztowych, faktury VAT z tytułu tych należności będą wystawiane w terminie 7 dni od zakończenia okresu rozliczeniowego, zaś podstawą obliczenia należności będzie suma opłat za przesyłki faktycznie nadane lub zwrócone. Faktury VAT dotyczyć więc będą należności wynikającej z sumy opłat – składających się na usługę pocztową. Brak jest podstaw do uznania, by wykonawca miał w świetle tych zapisów obowiązek wystawiania oddzielnych faktur VAT za czynności zwrotu przesyłek. Przedmiotowe czynności, w sytuacji zaistnienia obowiązku ich wykonania, będą mogły zostać wykazane w fakturze VAT, jednak podstawą opodatkowania będzie kwota należności wynikająca z sumy ww. opłat za świadczenie usług pocztowych.

Jako chybiony należało także ocenić zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty Poczty Polskiej S.A., z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. Należy na wstępie zauważyć, iż w toku rozprawy Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż wynagrodzenie za wykonanie zamówienia ma charakter kosztorysowy. Tymczasem w treści odwołania Odwołujący sam stwierdził – cytując – usługi będą rozliczane kosztorysowo (za faktycznie zrealizowaną ilość przesyłek według cen jednostkowych). Trafnie argumentował Zamawiający, iż Odwołujący nie wskazał konkretnego zapisu SIWZ, z którym w sprzeczności miałaby pozostawać oferta Przystępującego. Na rozprawie Odwołujący podniósł, że zarzucana niezgodność wynika z tego, iż Przystępujący zaoferował usługę niezgodną, co do zasad realizacji umowy, określonych w SIWZ, gdyż nie możliwe będzie rozliczenie cen jednostkowych 0 zł. Podniesiono, że Zamawiający wymagał właśnie podania ceny jednostkowej, by wiedzieć, jaki jest koszt tej usługi.

Powyższe zarzuty oparte zostały na błędnym potraktowaniu czynności zwrotu przesyłki, jako odrębnej usługi. Tracą one na wartości w świetle przedstawionego już stanowiska, co do konieczności potraktowania przedmiotowych czynności, jako elementu całej usługi pocztowej związanej z doręczaniem przesyłek. Niezależnie od tego, nie znajduje uzasadnionych podstaw ocena, że podane stawki 0 zł powodują brak możliwości rozliczenia umowy według cen jednostkowych, a tym samym prowadzą do niezgodności całej usługi z oczekiwaniami i zasadami przyjętymi przez Zamawiającego w treści SIWZ. Należy zauważyć, że w treści SIWZ Zamawiający nie wymagał podania w cenach jednostkowych wartości dodatnich. Stanowisko Odwołującego, co do intencji Zamawiającego oraz braku możliwości rozliczenia usługi, wynika z własnej subiektywnej interpretacji treści SIWZ, która nie znajduje jednak oparcia w całościowej analizie okoliczności niniejszej sprawy. Przywołane wcześniej zasady rozliczeń, określone w Istotnych postanowieniach umowy wskazują, że formą rozliczenia jest miesięczna opłata, uiszczana z dołu, stanowiąca sumę opłat za przesyłki faktycznie nadane lub zwrócone. W świetle tych zapisów nie sposób uznać, by poprzez zaoferowanie wartości 0 zł za czynności

zwrotu przesyłek, nie było możliwym dokonanie miesięcznego rozliczenia lub by okoliczność ta powodowała niezgodność usługi, co do zasad realizacji umowy.

Warto odwołać się w tym miejscu do poglądu zawartego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1902/13, w którym wskazano, że podanie w jednej pozycji kosztorysu wartości 0 zł nie wywołuje skutku w postaci niezgodności oferty z treścią SIWZ, szczególnie gdy zamawiający określając postanowienia SIWZ nie zawęzał możliwości określenia cen jednostkowych wyłącznie do wartości dodatnich i nie zastrzegł w SIWZ skutku w postaci odrzucenia oferty z powodu podania wartości 0 zł. W wyroku tym wskazano również pogląd, podzielany przez skład orzekający w niniejszej sprawie, że o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, w ten sposób że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami zamawiającego. Oferta Przystępującego zapewnia natomiast całościową realizację zamówienia, w tym Przystępujący potwierdził, że będzie wykonywał czynności dotyczące zwrotu przesyłek.

Należy także zauważyć, że w Istotnych postanowieniach umowy Zamawiający zastrzegł, że ceny określone przez wykonawcę w ofercie ulegną automatycznemu obniżeniu w toku realizacji zamówienia w przypadku, gdy opłaty pocztowe wynikające ze standardowego cennika lub regulaminu wykonawcy będą niższe od cen wynikających z przedłożonej oferty. Teoretycznie, w sytuacji wybrania wykonawcy, który zaoferował pobieranie opłat za zwrot przesyłek, a następnie w toku realizacji zamówienia zrezygnował z tej możliwości w ramach standardowego cennika lub regulaminu, w miejsce cen jednostkowych podanych w ofercie – na gruncie powyższego zastrzeżenia – zaktualizowałyby się obowiązki stosowania zasady niepobierania opłat także wobec Zamawiającego. Trudno uznać, by wówczas doszło do nieważności oferty, jej sprzeczności z treścią SIWZ, lub czynu nieuczciwej konkurencji.

W odniesieniu do zarzutów związanych z zastrzeżeniem przez Przystępującego cen jednostkowych w Formularzu cenowym, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym niewłaściwym zastosowaniem przez Zamawiającego art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i uznaniem, że ceny jednostkowe stanowią w tym wypadku tajemnicę przedsiębiorstwa oraz naruszeniem art. 8 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania z wyłączeniem zasady jawności pomimo braku przesłanek ku temu, przejawiające się w zaniechaniu odtajnienia zaoferowanych w formularzu cenowym cen jednostkowych, Izba stwierdziła, że przedmiotowe zarzuty należało uznać za spóźnione.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (ust. 2). Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio (ust. 3).

Z brzmienia powołanych przepisów wynika dla zamawiającego zakaz ograniczania dostępu do informacji, jeżeli nie zachodzą ku temu ustawowe przesłanki. Z przedmiotowym zakazem skorelowany jest obowiązek udostępniania informacji. W sytuacji, gdy wykonawca poweźmie wiedzę, że przedmiotowy obowiązek nie jest w pełni realizowany, co następuje przykładowo w sytuacji nie udostępnienia mu treści oferty zastrzeżonej, jako tajemnica przedsiębiorstwa, od tego właśnie momentu wykonawca – w ocenie którego zastrzeżenie to nie powinno być uznawane przez zamawiającego za skuteczne, a tym samym, że zamawiający dopuszcza się zaniechania swojego obowiązku prowadzenia postępowania w sposób jawny, w tym wypadku wyrażającego się w nieudostępnieniu wszystkich informacji, będących zdaniem wykonawcy informacjami jawnymi (dopuszcza się naruszenia art. 8 Pzp) – dysponuje już wiedzą o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, jak również dysponuje możliwością zaskarżenia zaniechania, co do którego powziął już przecież wiedzę.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują, jako obligatoryjnego, prowadzenia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego w przedmiocie zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Ewentualne podjęcie przez zamawiającego tego rodzaju działań, jak i późniejsze jego stanowisko, nie sprawia, że wcześniej nie nastąpiło już ograniczenie informacji wobec wykonawcy, któremu nie udostępniono całej treści oferty, a tym samym, że nie nastąpiło już wobec tego wykonawcy zaniechanie wypełnienia przez zamawiającego ustawowego obowiązku prowadzenia postępowania w sposób jawny. Wykonawca, wobec którego zamawiający zajął stanowisko, przykładowo nie udostępniając mu całej oferty, ma od tego momentu prawo zaskarżenia zaniechania zamawiającego. Termin na wniesienie odwołania powinien być w tym przypadku liczony od momentu powzięcia przez wykonawcę wiedzy, co do tego, że wobec niego zamawiający ograniczył już – w jego ocenie w sposób nieuprawniony – zasadę jawności postępowania. Nie można uznać, by termin na wniesienie odwołania „odżywał” w tej sytuacji na nowo na późniejszych etapach postępowania.

Jak wynika z akt sprawy Odwołujący już w dniu 17 września 2014 r. (notatka służbowa) dysponował wiedzą o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa i w tym też dniu nie została mu udostępniona cała oferta Przystępującego. Od tego momentu rozpoczął się bieg terminu na zaskarżenie ograniczenia jawności postępowania i zaniechanie udostępnienia całej treści oferty. W treści SIWZ Zamawiający poczynił uwagę, że w sytuacji, gdy wykonawca zastrzeże informacje, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa będą one podlegały udostępnieniu na takich samych zasadach, jak pozostałe niezastrzeżone informacje. W niniejszej sprawie,

Odwołujący już w dniu 17 września 2014 r., powziął wiedzę, że powyższy obowiązek nie został zrealizowany wobec oferty Przystępującego, która jego zdaniem zawierała informacje podlegające udostępnieniu. Od tego też dnia Odwołujący mógł więc kwestionować zaistniałe – w jego ocenie – zaniechanie Zamawiającego.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem, iż Odwołujący nie wiedział na ówczesny moment, czy zostało już zakończone przez Zamawiającego badanie skuteczności i zasadności poczynionego zastrzeżenia. Fakt ograniczenia dostępu do całej treści oferty stanowił wyraz respektowania dokonanego zastrzeżenia. Trudno uznać, by okoliczność ta nie świadczyła, że stanowisko Zamawiającego ma już na tamtą chwilę formę dokonaną, tym bardziej – gdy weźmie się pod uwagę brak obowiązku prowadzenia postępowania wyjaśniającego, co do zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Inna ocena może mieć miejsce jedynie w sytuacji, gdyby zamawiający dał wyraźny sygnał, że jego stanowisko nie jest jeszcze definitywne, przykładowo gdyby wskazał wykonawcy, że w wyznaczonym terminie podejmie decyzję, czy udostępni całą treść oferty i poinformuje wykonawcę o swoim stanowisku. Tego rodzaju sytuacja nie miała miejsca w niniejszym postępowaniu. Tym samym brak udostępnienia całości oferty Przystępującego już w dniu 17 września 2014 r. powinien być traktowany, jako dokonana forma odmowy odtajnienia informacji. Okoliczność, iż na dalszym etapie postępowania Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienia nie podważa faktu, że już na ten moment Zamawiający zajął wobec Odwołującego jednoznaczne stanowisko, a późniejsze czynności nie powodowały „odżycia” biegu terminu do zaskarżenia zaniechania, którego już wówczas miał dopuścić się Zamawiający.

W związku z powyższym, Izba miała w tym zakresie na uwadze odpowiednio przepis art.189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Należy zwrócić uwagę, że przepis art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp stanowi, że odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Przepis, jako początek biegu terminu wskazuje na powzięcie wiadomości o okolicznościach – co jest pojęciem szerokim i nie powinno być zawężane – w przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – jedynie do pisemnego zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Okoliczności stanowiące o zaniechaniu obowiązku prowadzenia postępowania w sposób jawny mogą bowiem wystąpić już na wcześniejszym etapie postępowania i przybrać przykładowo postać nieudostępnienia całości oferty.

Wskazany art. 189 ust. 2 ustawy Pzp zdanie pierwsze stanowi, że Izba zobowiązana jest z urzędu odrzucić odwołanie, jeżeli stwierdzi m.in., że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego ustawą [ust. 2 pkt 3]. Okoliczności, o których mowa w tym przepisie stanowią negatywną przesłankę procesową, uniemożliwiającą rozpoznanie odwołania, co do jego meritum i tym samym jej zaistnienie skutkuje odrzuceniem odwołania. Powyższy przepis

ma także odpowiednie zastosowanie do zarzutu podniesionego po terminie, jednakże w tym przypadku - co podkreślane jest w orzecznictwie i doktrynie – zarzut taki nie podlega rozpoznaniu przez Izbę. Powyższe, w niniejszej sprawie, ma odpowiednie zastosowanie w odniesieniu do ww. zarzutów odwołania, gdyż – zdaniem Izby - podniesione zostały po upływie terminu określonego przepisem art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO oraz doktrynie, ustawa Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do kwestionowanej czynności - braku uchylecia zakazu ujawnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa – nie zobowiązuje zamawiającego do powiadamiania wykonawców o zastrzeżeniu w ofercie takich informacji i podjętej czynności. Jednocześnie przepisy ustawy Pzp stanowią o jawności postępowania o zamówienie publiczne i zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Tym samym, każdy wykonawca, zachowując należyłą staranność, wiadomość o zastrzeżeniu informacji w ofercie, jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz stanowisko zamawiającego w przedmiocie odmowy ich ujawnienia może powziąć z upływem terminu wyznaczonego na złożenie oferty, bądź - alternatywnie - o ile jest to uzasadnione okolicznościami faktycznymi - w najbliższym terminie, po niezwłocznym złożeniu wniosku o udostępnienie oferty. W niniejszym stanie faktycznym, wykonawca powziął wiedzę o powyższych okolicznościach już w dniu 17 września 2014 r. Tym samym zarzut podnoszony w odwołaniu z dnia 6 października 2014 r., należało uznać za spóźniony.

Należy także wskazać, że w kontekście odmowy uznania zasadności pozostałych zarzutów odwołania, zarzut dotyczący zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, pozostawałby samodzielnie poza dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp, gdyż – jak trafnie argumentował Przystępujący zarzut ten samodzielnie nie miałby, ani nie mógłby mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Odnieść to należy także do zakwestionowania zastrzeżenia informacji w części II – Odwołujący zakwestionował bowiem jedynie wybór w części I postępowania. Jednocześnie, jedynie na marginesie należy wskazać, że okoliczności niniejszej sprawy uzasadniałyby uznanie zastrzeżonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż w tym przypadku, jako spełnione, należałoby uznać przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Konsekwencją powyższej oceny jest odmowa uwzględnienia zasadności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....