

Sygn. akt II Ca 141/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 lipca 2014 r.

Sąd Okręgowy w Krakowie, Wydział II Cywilny - Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący:	SSO Beata Kurdziel (spr.)
Sędziowie:	SO Izabella Stawicka SO Agnieszka Cholewa-Kuchta
Protokolant sądowy:	Piotr Łączny

po rozpoznaniu w dniu 26 czerwca 2014 r. w Krakowie

na rozprawie

sprawy ze skargi wykonawcy Poczty Polskiej Spółki Akcyjnej w W.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 grudnia 2013 r., sygnatura akt KIO 2762/13,

przeciwko zamawiającemu Skarbowi Państwa - Sądowi Apelacyjnemu w Krakowie i Prokuraturze Generalnej w Warszawie

przy interwencji ubocznej po stronie zamawiającego (...) Spółki Akcyjnej w W.

1. oddała skargę,

2. zasądza od skarżącej Poczty Polskiej Spółki Akcyjnej w W. na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa – Sądu Apelacyjnego w Krakowie i Prokuratury Generalnej w Warszawie kwotę 3600 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania ze skargi.

UZASADNIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem wydanym dnia 16 grudnia 2013r., po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez wykonawcę Poczta Polska S.A. w W. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa - Sąd Apelacyjny w Krakowie oraz Prokuratura Generalna w Warszawie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych, przy udziale wykonawcy (...) S.A. w W., oddaliła odwołanie, obciążając kosztami postępowania wykonawcę Poczta Polska S.A. w W..

W uzasadnieniu ww. wyroku Izba wskazała, iż uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca Poczta Polska S.A. wniosła odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako

najkorzystniejszej oferty wykonawcy (...) S.A. w W. oraz zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy, zaniechaniu wykluczenia go z postępowania i zaniechaniu odtajnienia jego oferty w zakresie części 1 i części 2 postępowania.

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

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty (...), która została sporządzona niezgodnie z wymaganiami zamawiającego,
2. art. 89 ust. 1 pkt 3, poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty (...), której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
3. art. 89 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 58 k.c. oraz art. 4, art. 5 oraz art. 178 ust. 1 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe, poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty (...) jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów w związku z niemożliwością realizacji przez tego wykonawcę obrotu zagranicznego,
4. art. 387 § 1 KC w zw. art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jej odrzucenia, ponieważ realizacja zamówienia w oparciu o ofertę (...) jest niemożliwa,
5. art. 90 ust. 1, poprzez zaniechanie wezwania (...) do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
6. art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez zaniechanie wykluczenia (...) z postępowania pomimo złożenia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania,
7. art. 24 ust. 2 pkt 2, poprzez zaniechanie wykluczenia (...) z powodu niewniesienia wadium,
8. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu informacji zawartych w zastrzeżonej części oferty, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
9. art. 7 ust. 1, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców,
10. z ostrożności procesowej: art. 26 ust. 2b, poprzez uznanie, że wykonawca może posłużyć się potencjałem podmiotów trzecich w celu wykazania, że oferowane przez niego usługi spełniają wymagania określone przez zamawiającego, czyli w przypadku tzw. „warunków przedmiotowych”,
11. art. 87 ust. 1, poprzez zaniechanie wezwania (...) do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,
12. art. 26 ust. 4, poprzez zaniechanie wezwania (...) do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych oświadczeń i dokumentów.

W związku z podniesionymi zarzutami wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty i, w konsekwencji tej czynności, odrzucenia oferty złożonej przez (...) S.A., wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej lub nakazanie zamawiającemu dokonania wezwania do złożenia wyjaśnień.

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

Zdaniem odwołującego decyzja zamawiającego o wyborze oferty (...) jest decyzją wadliwą, ponieważ zamawiający zaniechał na etapie badania i oceny ofert respektowania wymagań, które sam określił w SIWZ i wyjaśnieniach

do niej. Wskazał, że udostępnienie SIWZ jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy.

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty (...) z powodu braku sieci placówek na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący podał, że zamawiający w rozdz. IV ust. 3 pkt 6 SIWZ wskazał, że w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają określonym wymaganiom należy przedłożyć oświadczenie wykonawcy, w którym stwierdza, iż:

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

Odwołujący podał, że (...) w swojej ofercie złożyło przedmiotowe oświadczenie, jednak (...) nie spełnia wymagań postawionych przez zamawiającego, bowiem nie posiada i nie posiadał na dzień składania ofert sieci placówek wymaganej przez zamawiającego. W ocenie odwołującego fakt braku sieci placówek potwierdza treść § 6 Regulaminu Świadczenia Usług przez (...) S.A., na co wskazywał sam zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień, w którym wskazał, że za placówki pocztowe nie mogą być uznane urządzenia służące do świadczenia usług pocztowych, czy nadawcze skrzynki pocztowe, ponieważ nie umożliwiają odbioru awizowanych przesyłek listowych nadanych za potwierdzeniem odbioru. Podał, że wymaganie to było przedmiotem zaskarżenia przez (...) sp. z o.o. na etapie publikacji ogłoszenia o zamówieniu i udostępnienia SIWZ, kiedy to (...) wymaganie to kwestionował jako ograniczające konkurencję, uniemożliwiające złożenie ofert innym wykonawcom niż Poczta Polska, jednak zamawiający udowodnił, że jego obiektywne potrzeby uzasadniają stawianie takiego wymagania, a Izba żądanie usunięcia tego wymogu i przeniesienia na etap realizacji umowy uznała za zbyt daleko idące. Zamawiający ma bowiem prawo wymagać, aby świadczona na jego rzecz usługa miała uzasadnione i pożądane cechy gwarantujące utrzymanie pożądanych przez niego standardów już na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Okoliczność ta była znana zamawiającemu.

Odwołujący oświadczył, że treść wyjaśnień złożonych przez (...) na wezwanie zamawiającego z dnia 15 listopada 2013 r. jest mu nieznana, ponieważ została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, jednakże nie ma możliwości, aby wyjaśnienia te pozwalały na stwierdzenie, że (...) spełnia wymagania postawione przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego istotne są następujące okoliczności faktyczne i prawne, które dyskwalifikują ofertę (...):

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

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

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

W ocenie odwołującego, jeśli w utajnionej części oferty (...) powołało się na zasoby podmiotów trzecich, to zasadnym jest wskazanie, że art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie może w ogóle znaleźć zastosowania w takiej sytuacji, bowiem odnosi się on tylko i wyłącznie do warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Na podstawie wskazanych okoliczności odwołujący uznał, że (...) wyjaśniło, że spełnia postawiony warunek, ponieważ faktycznie posiada na dzień składania ofert sieć placówek wymaganą przez zamawiającego, co jest ze złożeniem nieprawdziwych informacji i koniecznością wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, albo (...) S.A. wyjaśniło, że będzie posiadać placówki pocztowe, co jest równoznaczne z niespełnieniem tego warunku na dzień składania ofert i koniecznością odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Powołując się na Raport o stanie rynku pocztowego za rok 2012 r. opublikowany przez Urząd Komunikacji Elektronicznej w maju 2013r., odwołujący podał, że wskazano w nim m.in., iż operatorzy niepubliczni, w przeciwieństwie do Poczty Polskiej, która ma obowiązek świadczenia usług w obrocie krajowym i zagranicznym, mogą świadczyć swoje usługi na terenie kraju, zagranicy (albo kraju i zagranicy), bądź tylko lokalnie (na terenie województwa, powiatu, jednej miejscowości lub nawet jej części). Podał, że z informacji zawartych w sprawozdaniach wynika, że spośród 153 operatorów działających w 2012 roku:

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

Na podstawie powyższych danych odwołujący stwierdził, że większość operatorów prowadzi swoją działalność lokalnie i specjalizuje się w usługach w wybranych obszarach rynku. Wskazał, że tylko spółki należące do Grupy I.pl S.A. ((...) Sp. z o.o. oraz I.pl S.A.), działając na terenie kraju we wszystkich ww. obszarach aspirują do pozycji, jaką ma Poczta Polska, jako operator publiczny działający na terenie całego kraju i oferujący pełen wachlarz usług. Odwołujący podkreślił, że operatorzy niepubliczni, nawet najwięksi jak (...), tj. mający krajowy zasięg działania, skupiają się na świadczeniu usług w dużych ośrodkach miejskich i pomiędzy takimi ośrodkami, a więc nie jest to krajowy zasięg działania w takim rozumieniu, jak w przypadku Poczty Polskiej, która świadczy swoje usługi także na obszarach wiejskich. Dodatkowo odwołujący podał, że placówki pocztowe, którymi dysponuje (...) cechuje duża rotacyjność (częste zmiany lokalizacji placówek), a także niejednolite i niestałe okresy ich funkcjonowania (różne godziny otwarcia), co z uwagi np. na czynności związane z tzw. awizacją czy zwrotami przesyłek pocztowych może utrudniać świadczenie usługi zgodnie z wymogami stawianymi przez zamawiającego. Wskazał także, że placówki (...) mieszczą się często w lokalach prowadzących inną, dalece odbiegającą od pocztowej działalność, z czym wiąże się np. utrudniona identyfikacja placówki pocztowej albo jej niedogodna lokalizacja.

Odnośnie do zaniechania odrzucenia oferty (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 58 k.c. oraz art. 4, art. 5 oraz art. 178 ust. 1 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe odwołujący stwierdziła, że Poczta Polska jako tzw. operator wyznaczony (dawniej: operator publiczny) jest wyłącznym podmiotem zdolnym do samodzielnej obsługi korespondencji wychodzącej, przeznaczonej do doręczenia poza granicami kraju,

co wynika z art. 4, art. 5 oraz art. 178 ust. 1 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529), w myśl których:

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

Odwołujący stwierdził, że przepisami międzynarodowymi, do których odwołują się w/w przepisy, jest m. in. Światowa Konwencja Pocztaowa, będąca załącznikiem do Umowy międzynarodowej - Siódmego protokołu dodatkowego do Konstytucji Światowego Związku Pocztowego, Regulaminu Generalnego Światowego Związku Pocztowego wraz z załącznikiem - Regulaminem wewnętrznym Kongresów, Światowej Konwencji Pocztaowej oraz Porozumienia dotyczącego pocztowych usług płatniczych, sporządzonych w Bukareszcie dnia 5 października 2004 r. (Dz. U. z 2007 r. Nr 206, poz. 1494). Odwołujący podał, że Poczta Polska S.A. jest jedynym krajowym operatorem, oficjalnie wyznaczonym przez Rzeczpospolitą Polską do zapewnienia świadczenia usług pocztowych i wypełniania obowiązków wynikających z w/w aktów Światowego Związku Pocztowego, co oznacza, że jest jedynym krajowym operatorem mogącym być partnerem dla zagranicznych operatorów pocztowych, wyznaczonych w rozumieniu w/w przepisów prawa międzynarodowego. Odwołujący uznał, że fakt współpracy Poczty Polskiej z innymi operatorami pocztowymi w ramach Światowego Związku Pocztowego ma kluczowe znaczenie dla zapewnienia należytego bezpieczeństwa przesyłkom nadawanym przez zamawiającego oraz możliwość skutecznego roszczenia odszkodowawczego za zaginioną przesyłkę poza granicami Polski (Rozdział Jedyny Art. 9 oraz Rozdział II Art. 21 Światowej Konwencji Pocztaowej). Zdaniem odwołującego w sytuacji, gdy zamawiający zleca świadczenie usług pocztowych, polegających na doręczaniu przesyłek w obrocie zagranicznym, mówić należy o usłudze, którą zgodnie z prawem może wykonać samodzielnie jedynie Poczta Polska – tym samym wykonawca, składając ofertę i oświadczając, iż ma wszelkie uprawnienia do świadczenia zamawianej usługi, składa oświadczenie pomijające istotny aspekt sprawy w zakresie przesyłek poza granice kraju. Zdaniem odwołującego takie oświadczenie jest nieprawdziwe i wykonawca także z tego powodu podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto w ocenie odwołującego ofertę taką należy uznać za sprzeczną z ustawą w rozumieniu art. 58 K.c. oraz art. 22 ust. 1 pkt 1, który pozwala ubiegać się o udzielenie zamówienia podmiotom, które spełniają warunki, dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

Odwołując podkreślił również, że (...) nie posiada zawartych jakichkolwiek umów z Poczta Polska, które pozwalałyby jej na nadawanie przesyłek poza granice kraju z jej udziałem, w związku z czym, biorąc pod uwagę interes zamawiającego oraz podtrzymany przez Izbę wymóg żądania wysyłania korespondencji wyłącznie we własnym imieniu przez jednostki organizacyjne zamawiającego (tj. aby były one każdorazowo nadawcami przesyłki - wyrok KIO 2184/13), jedyną możliwością spełnienia wymogów Światowej Konwencji Pocztaowej w zakresie wyegzekwowania odpowiedzialności nadawcy za nadaną paczkę zwykłą przesyłkę poleconą oraz przesyłkę z zadeklarowaną wartością w obrocie zagranicznym oraz pobranie od nadawcy jakichkolwiek ciężących na ww. przesyłkach należnościach, zapewnia nadanie tych przesyłek w placówce operatora wyznaczonego przez jednostki organizacyjne zamawiającego będące nadawcami przesyłek.

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

Odnosnie do zaniechania odrzucenia oferty (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp odwołujący wskazał, że w myśl art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie odwołującego postępowanie (...) jest czynem nieuczciwej konkurencji, ponieważ jest sprzeczne z dobrymi obyczajami

oraz narusza interesy innych wykonawców, jak i zamawiającego - postępowanie (...) nakierowane jest na uzyskanie zamówienia pomimo niespełniania wymagań zamawiającego - sposób, w jaki (...) chce wykazać spełnianie wymagania stanowi naruszenie wskazanych powyżej przepisów prawa, jak i dobrych obyczajów.

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

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

Odnośnie do zaniechania wezwania (...) do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący stwierdził, że ceną rażąco niską jest cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku; o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie konkretnego zamówienia przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne, rażąco niską ceną jest cena oderwana od realiów rynkowych. Odwołujący podkreślił, że obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę służy w szczególności temu, żeby eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny. Wskazał, że podstawowym punktem odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, powiększona o właściwą stawkę podatku VAT, która w przedmiotowym postępowaniu (co wynika z protokołu postępowania) została ustalona w wysokości:

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

Odwołujący stwierdził, że ponieważ podstawą ustalenia wartości przedmiotu zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy (art. 32 ust. 1 ustawy Pzp), to wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego ustalona z należyłą starannością obrazuje poziom cen rynkowych. Odwołujący wskazał nadto, że kolejnym punktem odniesienia w kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej są ceny zawarte w ofertach złożonych przez pozostałych wykonawców w postępowaniu, które odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, ponieważ są kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań zamawiającego, wobec czego na kalkulacje dokonywane przez wykonawców mają wpływ te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku. W przedmiotowym postępowaniu ceny wszystkich ofert złożone w części 1 znacząco przekraczają budżet Zamawiającego.

Odwołujący podał, że w przedmiotowym postępowaniu w części 1 i 2 (...) złożyło oferty z cenami znacznie niższymi od wartości szacunkowej zamówienia - w zakresie części 1 oferta (...) opiewała na kwotę 460 892 224,03 zł, zaś w części 2-3 6 047 112,36 zł, co oznacza, że oferta tego wykonawcy była tańsza od oferty Poczty Polskiej:

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

W ocenie odwołującego zestawienie to jest dowodem na to, że oferta złożona przez (...) nosi znamiona rażąco niskiej ceny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia oraz znacząco odbiega od cen rynkowych. Odwołujący zauważył, że na cenę oferty składają się w tym postępowaniu, tzw. obiektywne koszty, ponoszone przez wszystkich wykonawców, które powinny być rzetelnie skalkulowane przez wszystkich wykonawców. Za istotny odwołujący uznał fakt, że (...) nigdy nie realizowało chociażby zbliżonego zakresu zamówienia, podczas gdy Poczta Polska dysponuje nieporównywalnie większym doświadczeniem i to zdobytym na rynku lokalnym i krajowym. Za decydujący odwołujący uznał fakt, że (...) nie dysponuje infrastrukturą - siecią placówek, za pomocą których miałyby wykonywać zamówienie i musi tę infrastrukturę zbudować, co generuje konieczność poczynienia olbrzymich nakładów inwestycyjnych z tym związanych, przy czym wskazał, że większość z tych placówek pocztowych będzie nierentowna, ponieważ gros z nich to placówki na obszarach wiejskich. Odwołujący wskazał, że zamawiający zaniechał w tym względzie odrzucenia oferty (...) na podstawie art. 387 § 1 KC w zw. art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

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

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

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

Odnosnie do zaniechania wykluczenia (...) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący podał, że (...) załączyło do oferty gwarancje bankowe (dla każdej z części postępowania odrębną), jednakże w żadnej z nich nie wskazano od kiedy one obowiązują, wskazano w nich jedynie daty końcowe ich ważności. Tymczasem - podniósł odwołujący - rolą wadium jest zabezpieczenie zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą, a w związku z rolą, jaką odgrywa wadium, musi ono być ważne przez cały okres związania ofertą, aby zamawiający miał możliwość zaspokojenia swoich roszczeń przez cały okres związania ofertą, niezależnie od tego, kiedy dokona wyboru oferty najkorzystniejszej, czy innych okoliczności jak np. wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący wskazał, że w treści gwarancji powinien być określony termin jej ważności, który powinien obejmować termin związania ofertą. Ponieważ odwołujący ustalił, że w treści gwarancji bankowych nie określono terminów jej ważności, uznał, że gwarancje te są nieprawidłowe, a wykonawca nie wniósł wadium. Odwołując się do poglądu wyrażonego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2012 (KIO 1683/12) stwierdził, że zamawiający ocenia prawidłowość wniesienia wadium na podstawie dokumentu potwierdzającego jego wniesienie, załączonego do oferty, zaś w razie stwierdzenia, że wadium nie zabezpiecza oferty w wymagany sposób, zamawiający nie ma możliwości opierania się na odmiennych twierdzeniach wykonawcy, czy na innych dokumentach, które nie zostały

na tę okoliczność przedłożone przed upływem terminu otwarcia ofert. Wskazał, że wadliwy dokument gwarancji nie podlega uzupełnieniu po terminie składania ofert w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, nie jest to bowiem dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Stwierdził, że wyjaśnienia złożone przez ubezpieczyciela po terminie składania ofert nie mogą sanować błędnej gwarancji ubezpieczeniowej, nie ma w ustawie Pzp podstaw prawnych pozwalających zamawiającemu na uznanie wyjaśnień ubezpieczyciela za wystarczające do zmiany warunków gwarancji.

Odnośnie do zaniechania odtajnienia oferty (...) odwołujący podkreślił, iż zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym postępowanie jest jawne, nie ujawnia się o udzielenie zamówienia jest jawne, nie ujawnia się informacji o udzielenie zamówienia jest jawne, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wskazał, że na zasadzie unormowania zawartego w art. 96 ust. 3 Pzp protokół postępowania wraz z załącznikami jest jawny i podlega udostępnieniu po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, z kolei przepis § 5 ust. 1 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2010 r., Nr 223, poz. 1458) stanowi, iż zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek. Udostępnienie musi nastąpić niezwłocznie po złożeniu wniosku. Odwołujący podniósł, że tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Podkreślił, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zdaniem odwołującego (...) nie wykazał, iż zastrzeżona część oferty zawiera nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Podniósł, że zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. Podał, że (...) utajnił zdecydowaną większość swojej oferty, jawne pozostały jedynie dokumenty o charakterze formalnym oraz sam formularz oferty i formularz cenowy, z uwagi na ustawowy zakaz utajnienia cen, co świadczy o tym, że utajnienie oferty w pozostałym zakresie nastąpiło niejako „automatycznie” i miało na celu jedynie uniemożliwienie zweryfikowania jej prawidłowości i zgodności z wymaganiami SIWZ przez konkurencję. Odwołujący podniósł, że odmowa zamawiającego udostępnienia tej części oferty (...) nie pozwala mu zweryfikować prawidłowości złożonej oferty, a tym samym skutecznie korzystać ze środków ochrony prawnej. W ocenie odwołującego faktycznym powodem zastrzeżenia oferty przez (...) nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji, w tym odwołującemu, weryfikacji oferty pod kątem zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ. Odwołujący stanął na stanowisku, iż utajnienie części oferty przez (...) nastąpiło pomimo braku podstaw do skorzystania z tego prawa, a zamawiający niesłusznie uznał, że utajnienie oferty jest zasadne. Takie działanie zamawiającego narusza, zdaniem odwołującego, zasady uczciwej konkurencji, stanowiąc tym samym obrazę art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

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

W pierwszej kolejności KIO wskazała, iż odwołujący się wykonawca miał prawo do wniesienia odwołania, gdyż spełniał przesłankę z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - interesu w uzyskaniu zamówienia kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody. W przedmiotowym postępowaniu złożono dwie oferty, a jedynym kryterium ich oceny była cena. Mając na uwadze, że zarzuty odwołania zmierzają do wykluczenia z udziału i odrzucenia oferty przystępującego (...), jego uwzględnienie doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty (...) i ponownej oceny odwołującego, co dałoby mu szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Izba rozpoznając odwołanie dopuściła dowód z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nadto dowody z pisma z dnia 11 grudnia 2013 r. wraz z załącznikami (umowy z trzema podmiotami) złożonego przez przystępującego na posiedzeniu (załączniki zawierają informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa), oświadczeń władz gminnych (561) złożonych przez odwołującą na rozprawie, oferty z dnia 5 listopada 2013 r. na świadczenie usług pocztowych złożonej przez Poczta Polska S.A. w postępowaniu prowadzonym przez (...), oświadczeń z dnia 5 listopada 2013 r. (2) oraz oświadczenia z dnia 9 grudnia 2013 r. wraz z załącznikami złożonych przez przystępującego na rozprawie (dokumenty zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa).

Oceniając poszczególne zarzuty KIO w pierwszej kolejności odniosła się do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty (...) z uwagi na okoliczność nieposiadania na dzień składania ofert sieci placówek wymaganej przez zamawiającego, uznając go za niezaskługujący na uwzględnienie.

W tym zakresie wskazała, że zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zażądał złożenia wraz z ofertą oświadczenia wykonawcy, stwierdzającego posiadanie co najmniej po jednej placówce pocztowej, licząc średnio w skali kraju, przypadającej na 6 tys. mieszkańców na terenie gmin miejskich i gmin miejsko-wiejskich, co najmniej po jednej placówce pocztowej, licząc średnio w skali kraju, przypadającą na 85 km² powierzchni w gminach wiejskich, posiadanie w każdej gminie co najmniej jednej stałej placówki pocztowej, a nadto że wszystkie te placówki czynne będą we wszystkie dni robocze z wyjątkiem sobót, co najmniej 5 dni w tygodniu, a jeżeli w tygodniu przypada dzień ustawowo wolny od pracy, liczba ta może być odpowiednio niższa. Zamawiający opracował wzór takiego oświadczenia. Odpowiadając na zapytanie wykonawców zamawiający wyjaśnił, że dopuszcza złożenie wraz z ofertą potwierdzenia posiadania w rozumieniu możliwości wykorzystania do wykonywania świadczenia, poprzez nadanie w imieniu zamawiającego przesyłek w placówkach pocztowych innych operatorów, placówek, o których mowa w punkcie 3 podpunktu 6 SIWZ należących do innych operatorów pocztowych. Wykonawca (...) złożył oświadczenie wg tego wzoru i odpowiadając na wezwanie zamawiającego wyjaśnił, że posiadane placówki pocztowe to placówki, które wykonawca może wykorzystać na podstawie odpowiednich umów. KIO na podstawie wyjaśnień wykonawcy oraz oświadczeń innych podmiotów złożonych przez (...) jako załączniki do pisma z dnia 11 grudnia 2013 r. ustaliła, że umowy te to umowy zawarte z innym operatorem pocztowym, który udostępnia zasoby własne, jak i zasoby agentów pocztowych na podstawie zawartych z nimi umów.

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

W tym stanie rzeczy KIO stwierdziła, że posiadaniem placówek pocztowych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest możliwość wykorzystania do wykonywania świadczenia placówek należących do innych operatorów pocztowych, przy czym - ze względu na definicję placówki pocztowej - przyjęć należy, że placówką należącą do innego operatora pocztowego jest zarówno jednostka organizacyjna tego operatora, jak i jednostka agenta pocztowego pośredniczącego na rzecz tegoż operatora pocztowego. Sformułowanie natomiast „możliwość wykorzystania do wykonywania świadczenia” ewidentnie referuje do etapu świadczenia usług, nie zaś terminu składania ofert, stąd w ocenie Izby wystarczającym, w świetle wyjaśnienia zamawiającego z dnia 18 października 2013 r., było złożenie oświadczenie o posiadaniu rozumianym jako dysponowanie na dzień składania ofert możliwością wykorzystania od pierwszego dnia świadczenia usług pocztowych, objętych przedmiotowym zamówieniem, odpowiednimi placówkami pocztowymi. Dlatego wykonawca (...) S.A. mógł oświadczyć, że posiada placówki o których mowa w rozdziale IV pkt 3 ppkt 6 lit. a-c SIWZ, albowiem na dzień składania oferty miał, wynikającą z zawartych umów, możliwość wykorzystania do wykonania świadczenia placówek pocztowych w rozumieniu art. 3 pkt 15 ustawy Prawo pocztowe. Ze względu na brzmienie lit. d (Rozdział IV pkt 3 ppkt 6 SIWZ) tj.

posłużeniem się przez zamawiającego czasem przyszłym w odniesieniu do godzin otwarcia placówek pocztowych Izba nie znalazła podstaw, aby wobec złożonego oświadczenia wykonawcy, potwierdzonego w wyjaśnieniach z 20.11.2013r., kwestionować to oświadczenie.

W konsekwencji Izba nie uwzględniła, powiązanego ze wskazanym zarzutem, zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy (...) S.A., której złożenie miało stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Dalej Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniła, że na uwzględnienie nie zasługiwały zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty (...) S.A. z tego powodu, że wykonawca ten nie może realizować obrotu zagranicznego, zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwego oświadczenia co do posiadania uprawnień do świadczenia usług w zakresie dotyczących przesyłek poza granicami kraju oraz zaniechania odrzucenia oferty na skutek zaniechania wykluczenia tego wnioskodawcy jako nie posiadającego uprawnień do wykonywania określonej działalności.

W tym zakresie Izba wskazała, że zgodnie z postanowieniem Załącznika nr 5 do SIWZ pkt 7 zamawiający ustanowił wymóg wysyłania korespondencji przez jednostki sądownictwa i jednostki prokuratury tylko i wyłącznie we własnym imieniu (nadawca przesyłki). Zamawiający zażądał, w odniesieniu do posiadania uprawnień do wykonywania działalności pocztowej na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej oraz zagranicą (Rozdział IV | pkt 2 i 3 ppkt 2 SIWZ) złożenia wraz z ofertą zaświadczenia o wpisie do rejestru operatorów pocztowych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, wydanego przez tego Prezesa, z którego wynika, iż obszar na którym będzie wykonywana działalność pocztowa obejmuje obszar Rzeczypospolitej Polskiej oraz zagranicę.

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

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

Według Izby, z argumentacji odwołującego wynika, że odwołujący nie neguje możliwości wykonania przez (...) S.A. usług pocztowych w obrocie zagranicznym, ale kwestionuje wykonywanie tych usług w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a to ze względu na postawiony przez zamawiającego w załączniku nr 5 pkt 7 wymóg tj. wysyłania korespondencji przez jednostki sądownictwa i prokuratury tylko i wyłącznie we własnym imieniu. W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że jako operator wyznaczony jest wyłącznym podmiotem zdolnym do samodzielnej obsługi korespondencji wychodzącej, przeznaczonej do doręczania poza granicami kraju. Wskazał także, że jest jedynym krajowym operatorem wyznaczonym przez RP do zapewnienia świadczenia usług pocztowych i wypełniania obowiązków wynikających z aktów Światowego Związku Pocztowego, a nadto że (...) S.A. nie posiada z Poczta Polska S.A. zawartych umów, które pozwalałyby jej na nadawanie przesyłek poza granice kraju z udziałem Poczty Polskiej. Wynika zatem, że odwołujący nie kwestionuje wykonywania przez (...) S.A. usług pocztowych w obrocie zagranicznym inaczej niż samodzielnie tj. z udziałem Poczty Polskiej jako operatorem wyznaczonym, nie neguje tym samym także możliwości wywiązania się w takim wypadku przez (...) S.A. z obowiązku zawartego w załączniku nr 5 pkt 7 SIWZ.

W ocenie KIO, fakt wyznaczenia Poczty Polskiej S.A. do wykonywania zadań operatora wyznaczonego niewątpliwie nakłada na Poczta Polska obowiązki wynikające z międzynarodowych przepisów pocztowych, jednak nie oznacza zakazu świadczenia usług pocztowych w obrocie zagranicznym przez innych operatorów pocztowych niż operator wyznaczony. Odwołujący nie wskazał, żadnych przepisów międzynarodowych, które zakazywałyby lub ograniczały takiej działalności operatorom zarejestrowanym w kraju, albo które obliżowałyby operatorów do samodzielnej obsługi korespondencji wychodzącej, przeznaczonej do doręczenia za granicą. Skoro zgodnie z art. 14 pkt 2 ustawy Prawo pocztowe świadczenie usług pocztowych odbywała się na podstawie umów o współpracę zawieranych pomiędzy operatorami pocztowymi, to wykonawca (...) S.A. mógł zawrzeć umowę w celu świadczenia usług pocztowych objętych

przedmiotowym postępowaniem, tj. obrocie zagranicznym z operatorem zagranicznym. Odwołujący ponadto nie wykazał, że z udziałem innego wyznaczonego operatora pocztowego na terenie Unii Europejskiej (...) S.A. nie będzie w stanie skutecznie przeprowadzić postępowania reklamacyjnego.

Izba nie znalazła także podstaw do uznania, że wykonawcę (...) S.A. należy wykluczyć z tego powodu, że nie posiada uprawnień do wykonywania określonej działalności skoro wykonawca złożył wraz z ofertą żądane przez zamawiającego zaświadczenie obejmujące nie tylko obszar RP, ale i zagranicę. W konsekwencji nie znaleziono podstaw do uznania, że wykonawca (...) S.A. złożył nieprawdziwe oświadczenia odnośnie posiadania uprawnień co do możliwości świadczenia usług pocztowych w zakresie dotyczącym przesyłek poza granicami kraju.

Następnie Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że również i zarzut zaniechania wezwania (...) S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny nie zasługiwał na uwzględnienie.

Wobec uwzględnienia przez zamawiającego w wartości szacunkowej zamówienia (w obu częściach) wartości zamówień uzupełniających, uznać należało, że wartość szacunkową zamówienia, do której by można przyrównać złożone w przedmiotowym postępowaniu ceny ofertowe należy pomniejszyć o wartość zamówień uzupełniających i zwiększyć o wartość podatku od towarów i usług - stawka 23% (skoro ceny ofertowe są cenami brutto, a wartość szacunkowa zamówienia nie obejmuje tego podatku). W rezultacie uzyskano następujące wartości zamówienia:

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

Z zestawienia ceny ofertowej (...) S.A. (po poprawieniu przez zamawiającego) z wartością zamówienia (z pominięciem zamówień uzupełniających i uwzględnieniem 23 % stawki podatku VAT) wynika, że cena ta stanowi 72 % wartości zamówienia dla części 1 oraz 50% dla części 2, przy czym cena ofertowa (...) S.A. stanowi 86% ceny Poczty Polskiej S.A. dla części 1 zamówienia i 70% dla części 2.

Podzielając co do zasady pogląd odwołującego, że podstawowym punktem odniesienia przy ustaleniu zaoferowanej ceny pod kątem rażąco niskiego poziomu jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, powiększona o właściwą stawkę VAT, a także że kolejnym punktem odniesienia są ceny ofertowe pozostałych wykonawców, Izba wskazała, że w przedmiotowym postępowaniu nie są one miarodajne. Zamawiający bowiem ustalając wartość zamówienia, opierał się na usługach wcześniej świadczonych, które dotychczas jednak były świadczone wyłącznie przez Poczta Polską S.A. (...) zamówienia była więc szacowana na cenach jednego z dwóch wykonawców stających do przetargu. Ponadto, sytuacja, gdy w przetargu złożone zostały jedynie dwie oferty o odbiegających od siebie wartościach nie pozwala wprost na stwierdzenie, że jedna z nich jest prawidłowa, druga zaś automatycznie wymaga zbadania pod kątem zaoferowanej ceny rażąco niskiej. Dopiero z dniem 1 stycznia 2013 r. nastąpiło uwolnienie rynku usług pocztowych, w związku z czym należy uznać, że obecnie na rynku pocztowym następuje ustalenie rzeczywistego poziomu cen rynkowych tych usług.

Wobec powyższego, w niniejszym stanie faktycznym brak było podstaw do wezwania wykonawcy (...) S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji oddalenia poprzednich zarzutów KIO nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu odrzucenia oferty (...) S.A. z uwagi na to, iż realizacja zamówienia w oparciu o złożoną przez tego wykonawcę ofertę nie jest możliwa, ani do uznania, że zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także że oferta wykonawcy wymagała uzupełnień na podstawie art. 26 ust. 2b oraz art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Na uwzględnienie zdaniem Izby nie zasługiwał również zarzut zaniechania odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zawartych w dokumentach złożonych wraz z ofertą przez wykonawcę (...) S.A. oraz w wyjaśnieniach. W tym zakresie Izba stwierdziła, że nie można zgodzić się z odwołującym,

że (...) S.A. utajniła zdecydowaną większość swojej oferty. Oferta ta to 106 stron, z których część zastrzeżona to strony 98-106, zatem łącznie 9 stron. Nie znajduje potwierdzenia także wniosek o „automatycznym” i mającym na celu jedynie uniemożliwienie zweryfikowania jej prawidłowości i zgodności z wymaganiami SIWZ przez konkurencję. Odwołujący istotnie kwestionuje prawidłowość zastrzeżenia przez (...) S.A. jedynie tych dokumentów, które odnoszą się do kwestii posiadania placówek zgodnie z wymaganiami SIWZ, a także możliwości świadczenia usług pocztowych w obrocie zagranicznym. Izba przyjęła zatem, że odwołujący zakwestionował jedynie prawidłowość zastrzeżenia informacji zawartych w oświadczeniu o oddaniu do dyspozycji (...) zasobów wiedzy i doświadczenia, w tym udostępnienie w formule podwykonawstwa (str. 102).

Kluczową kwestią było rozstrzygnięcie charakteru informacji zastrzeżonych w znajdującym się na stronie 102 oferty (...) S.A. oświadczeniu. W ocenie KIO informacje te, jak i informacje zawarte w wyjaśnieniach (...) S.A. z dnia 20 listopada 2013 r. stanowią w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, inne informacje posiadające dla tego przedsiębiorcy wartość gospodarczą, ponieważ są to informacje dotyczące organizacji przez (...) S.A. świadczenia usług pocztowych dedykowanej temu postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Mając na względzie fakt, że przedmiotowe postępowanie jest pierwszym konkurencyjnym postępowaniem na obsługę polskiego sądownictwa i prokuratur w zakresie usług pocztowych oraz skalę tego postępowania, ochrona informacji dotyczących organizacji świadczenia usług w ramach tego postępowania jest tym bardziej uzasadniona. Z charakteru informacji zawartych w treści oświadczenia (zobowiązania) wynika również, że nie mają one waloru informacji powszechnie dostępnych. Sposób zabezpieczenia informacji w ofercie, jak i wyjaśnieniach (wyraźne zastrzeżenie co do poufności dokumentów zawierających informacje) wskazuje, że (...) S.A. podjął właściwe i wystarczające kroki w celu zachowania tych informacji w poufności.

Nie było zatem podstaw do uznania, że w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniały przesłanki do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przez (...) S.A. informacji zawartych w oświadczeniu - zobowiązaniu do oddania do dyspozycji zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia.

KIO wreszcie wyjaśniła, że wobec faktu, iż odwołujący cofnął zarzut zaniechania wykluczenia (...) z uwagi na argumentowany wcześniej brak wniesienia wadium, zarzut ten został pozostawiony bez rozpoznania.

O kosztach postępowania KIO orzekła stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Skargę na powyższy wyrok wniósł wykonawca Poczta Polska S.A. podnosząc następujące zarzuty:

A) naruszenia przepisów prawa materialnego, tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne uznanie, że oferta (...) S.A. nie podlega odrzuceniu, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ wykonawca ten nie spełnił wymagania zamawiającego dotyczącego posiadania/dysponowania odpowiedniej sieci placówek pocztowych, w rezultacie czego oddalony został zarzut odwołania w tym zakresie, podczas gdy z całokształtu materiału dowodowego jednoznacznie wynika, że na dzień składania ofert (...) S.A. nie dysponowała taką siecią, ponieważ w znacznej ilości przypadków wymagane placówki pocztowe w ogóle nie istniały;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 58 Kodeksu cywilnego, oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust 2b ustawy Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne uznanie, że oferta (...) S.A. nie podlega odrzuceniu, a także poprzez bezprawne i bezzasadne uznanie, że (...) S.A. nie podlega wykluczeniu z postępowania, pomimo tego, że wbrew przepisom ustawy Pzp oraz wyraźnym postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, (...) S.A. nie udowodniła, iż będzie dysponowała zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, a tym samym nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu;

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne uznanie, że oferta (...) S.A. nie podlega odrzuceniu, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

4. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Skarżącemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów złożonych wraz z ofertą przez (...) S.A., jak również złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień, pomimo że informacje zawarte w zastrzeżonej części oferty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w wyniku uznania, że zamawiający prowadził postępowanie z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców, w rezultacie czego oddalone zostały zarzuty odwołania, podczas gdy nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty (...) S.A. i zaniechanie odtajnienia informacji zawartych w zastrzeżonej części oferty doprowadziło na naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, co jest tożsame z naruszeniem art. 7 ustawy Pzp;

6. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. warunki zamówienia oraz zawarta w wyniku postępowania umowa jest niezgodna z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym z art. 139 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego.

B) naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na treść orzeczenia, tj.:

1. art. 190 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, art. 233 § 1 K.p.c. w zw. z art. 185 ust 7 ustawy Pzp w zw. z 13 § 2 K.p.c. poprzez:

- brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i pominięcie dowodów powołanych przez skarżącą (oświadczenia władz samorządowych), zgłoszonych na okoliczność, że usługi oferowane przez (...) S.A. nie spełniają wymagania zamawiającego dotyczącego posiadania/dysponowania odpowiedniej sieci placówek pocztowych;
- sprzeczność istotnych ustaleń z treścią materiału dowodowego, polegającą na uznaniu, że (...) S.A. posiada/dysponuje na dzień składania ofert siecią placówek pocztowych wymaganą przez zamawiającego, w sytuacji, gdy w znacznej ilości przypadków placówki takie w ogóle nie istniały w tym dniu, co wynika niezbitcie z oświadczeń władz samorządowych przedłożonych na rozprawie a także stanowiska zaprezentowanego podczas rozprawy przez samą (...) S.A.,
- nierozpoznanie istoty sprawy i niezwyfikowanie oświadczeń (...) S.A. pomimo kwestionowania ich przez skarżącą, dotyczących posiadania/dysponowania odpowiednią siecią placówek pocztowych zdolną do obsługi zamówienia;
- w konsekwencji powtórzenie w wyroku argumentacji (...) S.A. i przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, polegające na poczynieniu ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia bez uwzględnienia okoliczności mających istotne znaczenie w przedmiotowej sprawie, co doprowadziło do błędnego uznania, iż (...) S.A. potwierdziła spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego i złożyła ofertę niepodlegającą odrzuceniu;

2. art. 196 ust. 4 ustawy Pzp poprzez skonstruowanie niepełnego uzasadnienia wyroku, stanowiącego niewystarczające uzasadnienie powodów, dla których odwołanie nie zostało uwzględnione i oparcie rozstrzygnięcia na rozważaniach wyłącznie w przedmiocie rozumienia pojęcia „posiadanie” placówki pocztowej, bez weryfikacji, czy placówki, na których posiadanie/dysponowanie powołuje się (...) S.A. w ogóle istnieją, co skarżący właśnie kwestionował.

3. art. 189 ust 5, ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 1183 K.p.c. w zw. z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp poprzez utajnienie części akt postępowania odwoławczego, w tym złożonych w trakcie postępowania dowodów przez (...) S.A., a następnie oparcie zaskarżonego wyroku na tych dowodach, bez przyznania skarżącemu prawa do ustosunkowania się do nich, co pozbawiło skarżącego prawa do obrony i naruszyło zasadę równości stron.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wniósł na podstawie art. 198c w zw. z art. 198f ust. 2 ustawy Pzp, o uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie odwołania z dnia 29 listopada 2013 r., unieważnienie umowy zawartej pomiędzy (...) S.A. a zamawiającym, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji wykluczenie (...) z postępowania, odrzucenie oferty złożonej przez (...) S.A. oraz dokonanie wyboru oferty skarżącego jako najkorzystniejszej. Na wypadek nie uwzględnienia powyższych wniosków skarżący wniósł o unieważnienie postępowania, względnie o stwierdzenie naruszenia przepisów prawa. Równocześnie wniesiono o zasądzenie na rzecz skarżącego od przeciwnika skargi kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, z uwzględnieniem kosztów związanych z rozpoznaniem odwołania przez KIO w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, w tym kosztów wynagrodzenia.

Ponadto skarżący wniósł o odmowę zastosowania przez Sąd art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w zakresie, w jakim przepis ten przewiduje maksymalną opłatę od skargi na orzeczenie KIO w wysokości 5.000.000 zł z uwagi na jego niezgodność z art. 2, art. 31 ust. 3, art. 45 ust. 1, art. 77 ust. 2, art. 78 Konstytucji oraz art. 6 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej oraz art. 2 ust. 9 ak. pierwszej dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. Ewentualnie skarżący wniósł o zawieszenie postępowania do czasu rozpoznania przez Trybunał Konstytucyjny skarg konstytucyjnych o sygn. SK 25/11 i SK 26/11 w przedmiocie niezgodności z Konstytucją przedmiotowego przepisu art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. Na wypadek nieuwzględnienia i tego wniosku skarżąc wnosiła o zwolnienie od opłaty sądowej w części przekraczającej 100.000zł (uiszczając opłatę sądową w wysokości 100.000zł).

Poczta Polska S.A. uzasadnienie podniesionych zarzutów rozpoczęła od podstawowego w jej ocenie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty (...) S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec faktu niespełniania przez tego wykonawcę wymagania zawartego w rozdziale IV ust. 3 pkt 6 SIWZ, gdzie zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia, iż oferowane usługi odpowiadają wymaganiom zamawiającego należy przedłożyć oświadczenie stwierdzające posiadanie określonych w tym punkcie szczegółowo placówek pocztowych. Podniosła, że rozstrzygnięcie w tym przedmiocie przez KIO jest błędne z dwóch powodów. Po pierwsze, KIO oceniła spełnienie przez (...) S.A. warunków na podstawie dowodów (oświadczeń osób trzecich) przedstawionych na etapie postępowania odwoławczego podczas, gdy powinny były one zostać przedstawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a zaniechanie to winno skutkować odrzuceniem oferty (...) S.A. Po drugie, (...) S.A. na dzień składania ofert nie spełniała opisanego warunku zamówienia. KIO jednak nie rozstrzygnęła istoty sporu i nie ustaliła, czy rzeczywiście, na dzień składania ofert (...) S.A., dysponowała placówkami pocztowymi istniejącymi w każdej gminie i pominęła przedstawione przez skarżącego na okoliczność przeciwną dowody, z których wprost wynikało, że (...) S.A. ani żaden inny operator pocztowy z wyjątkiem Poczty Polskiej S.A. nie spełnia warunków zamówienia.

Skarżący za istotną dla rozstrzygnięcia wskazanej kwestii uznał definicję placówki pocztowej, zawartą w art. 3 pkt 15 Prawa pocztowego, oraz podkreślił, że stosownie do wyjaśnień udzielonych do przedmiotowego punktu SIWZ zamawiający potwierdził, że wymagana sieć placówek powinna być zbudowana w oparciu o placówki pocztowe operatorów pocztowych, dopuszczając jedynie możliwość powołania się na placówki pocztowe innych operatorów pocztowych. (...) S.A., jak wykazało postępowanie odwoławcze, chcąc wykazać spełnienie przedmiotowego warunku oparło się na zasobach innych podmiotów, co w świetle wyjaśnień zamawiającego było dopuszczalne. Istotnie jednak dowody na okoliczność korzystania z placówek pocztowych innych podmiotów przedstawiła dopiero na etapie postępowania odwoławczego, jako załącznik do pisma z dnia 11 grudnia 2013 r. Dokumenty te powinny być zostać przedstawione na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego wszelkie potwierdzenia możliwości dysponowania placówkami pocztowymi powinny być złożone wraz z ofertą.

Wymaganie takie znajduje potwierdzenie, zdaniem skarżącej, także w przepisach ustawy Pzp. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, za każdym razem, gdy wykonawca pragnie skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego, obowiązany jest wykazać (udowodnić), że będzie posiadał taką możliwość. KIO, opierając swoje rozstrzygnięcie na dokumentach dostarczonych na etapie postępowania odwoławczego i uznając, że na dzień zamknięcia rozprawy (...) S.A. wykazała, że dysponuje siecią placówek, podważyła sens postępowania o udzielenie zamówienia. Istotne jest bowiem, aby decyzja zamawiającego o wyborze wykonawcy była uzasadniona w świetle zgromadzonych w toku postępowania dokumentów. Tymczasem, zamawiający na dzień wyboru oferty (...) S.A. nie miał żadnych podstaw, aby twierdzić, że (...) S.A. dysponuje odpowiednią siecią placówek niezbędną do realizacji zamówienia.

Dalej skarżący podkreślił, że każdy warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien być spełniony najpóźniej na dzień składania ofert. (...) S.A. na dzień 5 listopada 2013 r. warunku tego nie spełniła, ponieważ w znacznej liczbie gmin placówki pocztowe po prostu nie istniały. Na dowód tego skarżąca w trakcie rozprawy przed KIO przedstawiła oświadczenia władz samorządowych, z których wynika jednoznacznie, że w 561 gminach istnieją wyłącznie placówki pocztowe Poczty Polskiej, a nie żadnego innego operatora. Oznacza to, że nie został spełniony warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale IV punkt 3 podpunkt 6 SIWZ, zgodnie z którym wykonawca: „w każdej gminie posiada co najmniej jedną stałą placówkę pocztową”. (...) S.A. tego warunku obiektywnie nie spełnił. Co więcej, sam przystępujący temu nie zaprzeczył. W gminach tych istnieją oczywiście placówki pocztowe skarżącej, ale (...) S.A. nie zawarła umowy ze skarżącą, na podstawie której mogłoby z nich skorzystać. Okoliczność, iż (...) S.A. nie dysponowała siecią placówek potwierdza Regulamin Świadczenia Usług przez (...) S.A. w którym w § 6 wskazano, że usługi przez ten podmiot świadczone są jedynie na wybranym obszarze terytorium Polski, a nadto to, że wymaganie to było przedmiotem odwołania wniesionego przez innego wykonawcę (...) sp. z o.o. W następstwie rozpoznania tego odwołania KIO (sprawa KIO 2184/13) stwierdziła, że zamawiający udowodnił, że jego obiektywne potrzeby uzasadniają stawianie takiego wymagania.

Skarżąca argumentuje zatem, że skoro (...) S.A. wykazuje spełnienie warunku poprzez możliwość wykorzystania do wykonywania świadczenia placówek innych operatorów pocztowych, to ten inny operator pocztowy powinien taką placówkę posiadać, bo inaczej nie ma czego udostępnić. Warunkiem udziału w postępowaniu nie jest natomiast możliwość wykorzystania placówek, ale ich posiadanie (dysponowanie) i tej istoty nie zmieniły wyjaśnienia udzielone przez zamawiającego. Parametrem usługi nie była także możliwość wybudowania sieci. Zarówno zatem treść ustawy Pzp, jak i cel wprowadzenia instytucji warunku przedmiotowego dyskwalifikuje pogląd przedstawiony w zaskarżonym wyroku, jakoby udzielone przez zamawiającego wyjaśnienia referowały do etapu realizacji zamówienia. Wykonawca od 1 stycznia 2014 r. miał rozpocząć świadczenie usługi doręczania przesyłek, a elementem tej usługi w żadnej mierze nie było budowanie sieci placówek - ona powinna istnieć. Podkreśliła, że wymaganie dotyczyło posiadania, po pierwsze, placówek pocztowych, a po drugie, należących do operatora pocztowego. Nie było więc możliwe posługiwanie się jakimikolwiek jednostkami, np. sprzedaży prasy, które w przyszłości być może uzyskają status placówek pocztowych.

Skarżący zaznaczył, że kwestia rozumienia warunku posiadania określonej sieci placówek była przedmiotem rozstrzygnięcia w wyroku KIO 2184/13, który zachował swoją aktualność, gdyż zamawiający nie zmieniał jego treści. Ze względu na specyfikę spraw odwoławczych, umieszczenie w sentencji wyroku wiążących dla zamawiających nakazów, a w szczególności ocen co do przeprowadzanych czynności przekraczałoby ramy sentencji wyroku. Z tej przyczyny wiążąca jest nie tylko sentencja wyroku Izby, ale także oceny i nakazy zawarte w treści uzasadnienia wyroku. Tymczasem oceny KIO w zaskarżonym wyroku są zupełnie inne i pozostają w sprzeczności z ocenami zawartymi w orzeczeniu w sprawie KIO 2184/13.

Skarżący podniósł, że na zamawiającym spoczywał wynikający z przepisów prawa obowiązek zapewnienia w jak największym stopniu skuteczności doręczeń, a dla spełnienia tego wymogu fundamentalne znaczenie ma dostępność do placówek pocztowych operatora świadczącego usługi na rzecz zamawiającego, którego działalność obejmuje terytorium całego kraju. Zamawiający miał zatem prawo badać potencjał wykonawców i udzielić zamówienia temu, który daje rękojmię należytego jego wykonania.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego błędnego rozstrzygnięcia przez KIO sformułowanego w odwołaniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty (...) S.A. i wykluczenia (...) S.A. z uwagi na okoliczność, iż wykonawca ten nie był uprawniony do realizowania usług pocztowych w obrocie zagranicznym, skarżący podniósł, iż KIO uznała, że (...) S.A. może świadczyć takie usługi opierając się wyłącznie na złożonym przez przystępującego do przetargu oświadczeniu. Skarżący stwierdził zatem po pierwsze, że usługi zagraniczne mogą być świadczone wyłącznie przez operatorów wyznaczonych, a takim operatorem jest Poczta Polska S.A., nie zaś (...) S.A., która zatem nie posiada uprawnień, aby świadczyć usługi w obrocie zagranicznym samodzielnie, w roli operatora pocztowego. (...) S.A. mogłaby co najwyżej nadać przesyłki pocztowe za granicę po skorzystaniu z usług Poczty Polskiej, ale to nie spełniałoby ustalonych przez zamawiającego warunków, zgodnie z którymi nadawcą przesyłki musi przez cały czas pozostać dany sąd lub jednostka prokuratury. Po drugie, niezależnie od powyższego, (...) S.A. nie wykazała, że posiada uprawnienie do świadczenia usług w obrocie zagranicznym. (...) S.A. chciała polegać w zakresie usług zagranicznych na zasobach innych operatorów w celu wykazania spełnienia warunków, miała obowiązek na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wykazać taką możliwość na etapie postępowania o udzielenie zamówienia za pomocą odpowiednich dowodów. (...) S.A. takiego dowodu nie przedstawiła, ponieważ takiego dowodu nie ma. Skarżący zakwestionował prawną możliwość zawarcia umowy z jakimkolwiek operatorem wyznaczonym, na podstawie której (...) S.A. zyskałaby możliwość przyjmowania przesyłek poza granice kraju. Za dowód na taką okoliczność nie może zostać uznane oświadczenie samego wykonawcy, jak i sam fakt zawarcia z operatorem wyznaczonym na terenie Unii Europejskiej umowy na doręczanie przesyłek, która nie daje uprawnień w zakresie świadczenia usług pocztowych w obrocie zagranicznym.

Skarżący podniósł, że KIO błędnie stwierdziła, że odwołujący nie wskazał na przepisy ustawy, które zakazywałyby pozostałym operatorom pocztowym świadczenia usług w obrocie zagranicznym. Zakaz taki wynikać ma, zdaniem skarżącego z przepisów Światowej Konwencji Pocztovej w związku z przepisami Prawa pocztowego, na które powoływał się już w odwołaniu. Podkreślił, że należy rozróżnić możliwość świadczenia usług zagranicznych w roli operatora pocztowego (taką możliwość ma wyłącznie Poczta Polska), od możliwości faktycznego nadawania przesyłek poza granice kraju za pośrednictwem uprawnionego wyznaczonego operatora. Tą drugą możliwość ma każdy podmiot, lecz w takim wypadku (...) S.A. nie pełniłaby roli operatora pocztowego, ale sama byłaby nadawcą przesyłki, co jednak nie spełnia warunków zamówienia.

Nadto skarżący zauważył, że (...) S.A. wraz z ofertą złożyła jedynie oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i zaświadczenie o wpisie do rejestru operatorów pocztowych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, wydane przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, z którego wynika, że obszar, na którym może być wykonywana przez (...) S.A. działalność pocztowa obejmuje obszar Rzeczypospolitej Polskiej i zagranicę. Wpis do rejestru nie stanowi jednak potwierdzenia, że (...) S.A. może wykonywać działalność poza granicami kraju.

Zdaniem skarżącego nie jest także wystarczające objęte tajemnicą przedsiębiorstwa oświadczenie zamieszczone w treści pisma z dnia 20 listopada 2013 r., potwierdzone na rozprawie z 11 grudnia 2013 r., że usługi pocztowe w obrocie zagranicznym (...) S.A. będzie świadczyła na podstawie umowy o współpracę zawartej z operatorem wyznaczonym na terenie Unii Europejskiej. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca, który polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Na wypadek gdyby Sąd uznał inaczej - nieprzedstawienie takiej umowy na etapie postępowania i tak powinno skutkować wykluczeniem (...) S.A. z dalszego udziału w postępowaniu.

W tych okolicznościach Poczta Polska wskazała, że (...) SA powinna była być wykluczona z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Na podstawie art. 24 ust. 4 ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (w rezultacie zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę (...) SA jako złożoną przez

wykonawcę, który powinien być wykluczony z udziału w postępowaniu). Niezależnie od powyższego, oferta (...) SA podlegała odrzuceniu jako sprzeczna z treścią SIWZ, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Skarżący podniósł w następnej kolejności zarzut, iż zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty (...) S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż analiza stanu faktycznego w niniejszym postępowaniu pozwala stwierdzić, że działanie tego wykonawcy stanowiło naruszenie przepisów prawa, a także dobrych obyczajów, bowiem nakierowane jest na uzyskanie zamówienia pomimo niespełniania wymagań zamawiającego.

Ponadto, w toku postępowania o udzielenie zamówienia, jak i w toku postępowania odwoławczego doszło do naruszenia zasady jawności. Po pierwsze, zamawiający bezpodstawnie utajnił część oferty oraz składanych przez (...) S.A. dokumentów, uniemożliwiając tym samym zweryfikowanie przez Skarżącego ich poprawności. Po drugie, również KIO na etapie postępowania odwoławczego utajniła nowe dowody przedstawione przez (...) SA, pozbawiając skarżącego prawa do ustosunkowania się do tych dokumentów. W konsekwencji, doszło do rażącego naruszenia prawa skarżącego do obrony i zasady kontradyktoryjności postępowania. Błędym jest stanowisko KIO, która uznała, że niektóre z dokumentów przedstawionych przez (...) S.A. zostały prawidłowo utajnione, albowiem zawarte są w nich inne informacje posiadające dla (...) wartość gospodarczą, gdyż są to informacje dotyczące organizacji przez (...) S.A. świadczenia usług pocztowych dedykowanej postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to sformułowanie hasłowe, za którym nie wiadomo co się kryje. Ponadto sposób organizacji przez wykonawców świadczenia usług w tym postępowaniu reguluje sam zamawiający w SIWZ. Jeżeli pod wskazanym przez KIO pojęciem należy rozumieć sposób ukształtowania współpracy pomiędzy (...) S.A. a innymi podmiotami, to należy mieć na względzie, że jest to oświadczenie o oddaniu do dyspozycji (...) S.A. zasobów, w tym udostępnianie w formule podwykonawstwa. Zatem sposób organizacji jest już chociażby na tej podstawie znany - (...) S.A. skorzystało z potencjału podmiotu trzeciego, który będzie podwykonawcą. Co więcej znany jest również sam podmiot udostępniający - dokumenty dotyczące tego podmiotu zostały przedstawione w części jawnej oferty. W takiej sytuacji trudno znaleźć jakiegokolwiek informacje w tym zakresie, które stanowiłyby tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zaniechanie odtajnienia oferty (...) S.A. nie pozwala skarżącej zweryfikować prawidłowości złożonej oferty, a tym samym skutecznie korzystać ze środków ochrony prawnej. W jej ocenie faktycznym powodem zastrzeżenia oferty przez (...) S.A. nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji weryfikacji jej oferty pod kątem zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ.

W zakresie natomiast zarzutu utajnienia postępowania odwoławczego, skarżący podniósł, że KIO nie udostępniła mu akt sprawy, w tym dokumentacji przetargowej. O ile udostępnieniu nie podlegają informacje stanowiącą tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów, to jednak KIO powinna była samodzielnie podjąć decyzję, na ile dany dokument jest taką tajemnicą objęty. Tymczasem brak było podstaw do uznania, że dokumentacja przetargowa jest w zakresie oferty (...) S.A. jest taką tajemnicą objęta. KIO, zdaniem skarżącego, bezpodstawnie utajniła dokumentację złożoną w toku postępowania odwoławczego. Dnia 11 grudnia 2013 roku na posiedzeniu przed (...) S.A. złożyła pismo procesowe, w którym (...) S.A. oświadczyła, że posiada wymaganą sieć placówek pocztowych na podstawie umów zawartych z innymi operatorami pocztowymi. Na dowód tego, (...) S.A. dołączyła do pisma procesowego umowy zawarte z tymi operatorami pocztowymi. Umowy te nie zostały jednak przedstawione drugiej stronie postępowania odwoławczego — skarżącemu. Skarżący nie miał więc żadnej możliwości zweryfikowania i ustosunkowania się do treści tych umów. Pomimo tego, KIO oparła swoje rozstrzygnięcie właśnie na tych umowach.

Skarżąca podniósł, że przewidzianym w art. 189 ust. 5 ustawy Pzp środkiem ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa jest wyłączenie jawności rozprawy dla osób trzecich. Również przepis § 23 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r., który przekazuje decyzję w przedmiocie udostępnienia stronom i uczestnikom postępowania treści dokumentacji zawierających tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów, nie może być tak rozumiany, jako możliwość zdecydowania o całkowitym pozbawieniu drugiej strony dostępu do składanych dokumentów. KIO może bowiem podjąć decyzję np. o anonimizacji dokumentów objętych taką tajemnicą.

W rezultacie w toku postępowania odwoławczego skarżący został całkowicie pozbawiony prawa do obrony, a naruszenie to - w świetle związania sądu zarzutami odwołania i skargi - nie może być konwalidowane na obecnym etapie postępowania. Sąd wydając rozstrzygnięcie powinien więc pominąć wszelkie dowody, na których oparł się KIO, a w stosunku do których skarżący została pozbawiona prawa do obrony. KIO nie może opierać się na dokumentach, w stosunku do których skarżący nie miał możliwości przedstawienia swojego stanowiska i zarzutów.

W zakresie sformułowanych zarzutów dotyczących naruszenia przepisów postępowania Poczta Polska S.A. podniosła, że w zaskarżonym wyroku nie rozstrzygnięto istoty sporu, bowiem KIO nie rozstrzygnęła czy placówki udostępnione przez innych operatorów muszą istnieć w dniu składania ofert, czy też nie. Nadto uzasadnienie wyroku powinno stanowić wyjaśnienie stanowiska składu orzekającego, umożliwiające stronom postępowania weryfikację ich stanowisk, zaś instancji odwoławczej - kontrolę instancyjną. Tymczasem uzasadnienie zaskarżanego wyroku w ogóle uniemożliwia zapoznanie się z motywami rozstrzygnięcia. Wobec tego należy uznać, że uzasadnienie wyroku zostało skonstruowane w sposób niepełny. Rozstrzygnięcie oparto wyłącznie na rozważaniach w przedmiocie rozumienia pojęcia „posiadanie” placówki pocztowej, bez weryfikacji, czy placówki na których posiadanie/dysponowanie powołuje się (...) S.A. w ogóle istnieją.

W uzasadnieniu pominięto dowody złożone przez skarżącego - oświadczenia władz gminnych. Nie ulega wątpliwości, że miały one kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu. Zaskarżony wyrok cechuje zatem brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego oraz sprzeczność istotnych ustaleń z treścią materiału dowodowego. Argumentacja zawarta w uzasadnieniu wyroku ogranicza się do powtórzenia argumentacji (...) S.A. i stanowi przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, polegające na poczynieniu ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia bez uwzględnienia okoliczności mających istotne znaczenie w przedmiotowej sprawie.

Skarżący wreszcie wskazał, iż doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo istnienia do tego podstaw, które wiążą się z dodatkowymi nieprawidłowościami związanymi z prowadzeniem postępowania oraz określeniem warunków zamówienia. Poczta Polska S.A. wyjaśniła, że chodzi o zapis z pkt 3 ust. 3 pkt d) SIWZ, zgodnie z którym placówki pocztowe mają być czynne we wszystkie dni robocze z wyjątkiem sobót. Zdaniem skarżącej placówki pocztowe powinny być otwarte we wszystkie dni tygodnia, poza dniami ustawowo wolnymi od pracy, w których nie mogą kończyć swojego biegu terminy sądowe. Stanowisko to uzasadnione jest faktem, iż zamknięcie placówki pocztowej w dzień, który nie jest dniem ustawowo wolnym od pracy, uniemożliwia stronie postępowania sądowego skorzystanie ze swoich uprawnień. Może dochodzić do skrócenia terminu na odebranie przesyłki. Sytuacja taka będzie miała miejsce w szczególności, jeżeli koniec terminu na odebranie przesyłki przypadnie w sobotę. Jest to możliwe, jeżeli zawiadomienie zostało doręczone w piątek, ale kolejny piątek jest dniem ustawowo wolnym od pracy (co w 2014 roku będzie miało miejsce m.in. 15 sierpnia oraz 26 grudnia). Wówczas koniec siedmiodniowego terminu na odebranie przesyłki minie w sobotę, ale pomimo tego jej odebranie nie będzie możliwe z uwagi na zamknięcie placówki pocztowej - co zostało dopuszczone przez zamawiającego. Wobec tego zamawiający powinien był unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia. Powyższa wada postępowania miała bowiem charakter nieusuwalny. Zmiana warunków SIWZ poprzez nałożenie obowiązku otwarcia placówek pocztowych w sobotę spowoduje wzrost kosztów usługi i zapewnienie odpowiedniego potencjału techniczno-organizacyjnego, co przełoży się na cenę oferty. Zmiana warunków SIWZ w tym zakresie powoduje więc konieczność przeprowadzenia całego postępowania o udzielenie zamówienia od nowa. Powyższej wady postępowania nie będzie sanowała również ewentualna zmiana indywidualnej umowy pomiędzy (...) SA a zamawiającym. Stanowiłoby to bowiem obejście obowiązku zorganizowania przetargu w celu udzielenia zamówienia. Bez znaczenia dla skuteczności podniesionego zarzutu jest fakt, że nie został on sformułowany w odwołaniu. Skoro bowiem SIWZ jest sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, to nie może ono wiązać strony, nawet jeśli tego postanowienia nie zaskarżyła.

(...) Grupa (...) w złożonej w dniu 24 stycznia 2014 r. **odpowiedzi na skargę** wniosła o odrzucenie skargi Poczty Polskiej S.A. w zakresie odnoszącym się do zamówienia udzielanego przez Prokuraturę Generalną w Warszawie oraz oddalenie skargi Poczty Polskiej S.A. w pozostałym zakresie, ewentualnie o oddalenie skargi w całości. (...) S.A.

wniosła oddalenie wniosków skarżącej dotyczących odmowy zastosowania art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, zawieszenia postępowania i zwolnienia od kosztów. (...) S.A. wniosła również o zasądzenie od skarżącej na swoją rzecz kosztów postępowania toczącego się wskutek wniesienia skargi według norm przepisanych.

W uzasadnieniu swojego stanowiska (...) S.A. stwierdziła w pierwszej kolejności, iż zamawiającymi były dwa podmioty- Sąd Apelacyjny w Krakowie oraz Prokuratura Generalna w Warszawie, które działały przez pełnomocnika – Centrum Zakupów dla Sądownictwa (...) w W.. Zgodnie z art. 198b ust. 1 ustawy Pzp, skargę wnosi się do sądu okręgowego właściwego dla siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego. Tym samym sądem właściwym do rozpoznania skargi dotyczącej zamówienia Prokuratury Generalnej w Warszawie nie jest Sąd Okręgowy w Krakowie lecz Sąd Okręgowy w Warszawie.

(...) S.A. podniosła, iż skarżąca sformułowała w skardze błędne wnioski, albowiem nawet w przypadku jej hipotetycznego uwzględnienia, biorąc pod uwagę zawarcie umowy z dnia 18 grudnia 2013 r. między zamawiającym a (...) S.A. oraz treść art. 192 ust. 3 pkt 3 w zw. z art. 198f ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp - możliwym jest jedynie stwierdzenie naruszenia przepisów Pzp.

Oceniając natomiast zarzuty merytoryczne skargi (...) S.A. w pierwszej kolejności odniosła się do zarzutu braku wykazania posiadania placówek pocztowych. Wskazała, że w treści punktu IV ust. 3 pkt 6 SIWZ zamawiający zawarł wymaganie w zakresie przedmiotowych warunków udziału w postępowaniu dotyczący placówek pocztowych. Wymaganie to wykonawcy spełniali jedynie na podstawie składanego przez nich oświadczenia, co wynika z treści warunku. (...) S.A. takie oświadczenie w przetargu złożył. Zamawiający miał jedynie możliwość żądania przedłożenia przez wykonawcę wyjaśnień treści oświadczenia i dokumentów i z takiej możliwości skorzystał. Skarżący podnosił, że (...) S.A. miało obowiązek przedłożenia oświadczenia podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przy czym pominął jednoznacznie treść tego przepisu odnoszącą się do tzw. podmiotowych warunków udziału w postępowaniu. Wobec tego (...) S.A. podkreśliło, że oświadczenia podmiotów trzecich w sprawie placówek pocztowych nie były wymagane. Skarżący w toku postępowania odwoławczego nie wykazał nieprawdziwości oświadczenia (...) S.A.

W zakresie zarzutu braku posiadania placówek pocztowych zgodnie z wymaganiami zamawiającego (...) S.A. wskazała, że zamawiający formułując wymagania w zakresie otwarcia placówek wprost posłużył się czasem przyszłym, mówiąc, że oczekuje, iż placówki „będą czynne”, a nie np. „są i będą czynne”. Oczywistym jest, że wymagane placówki winny być czynne najpóźniej w dacie rozpoczęcia świadczenia usług. (...) S.A. wskazała, że dysponowała w dacie składania ofert siecią placówek pocztowych własnych oraz należących do innych operatorów pocztowych. Zarzuciła, że złożywszy ofertę mniej korzystną niż (...) S.A. skarżący - wbrew brzmieniu SIWZ oraz wbrew stanowisku zamawiającego - dokonuje wykładni treści dokumentacji w sposób ograniczający konkurencyjność postępowania.

Dalej ustosunkowała się do zarzutów skarżącego związanych z brakiem uprawnień (...) S.A. do wykonywania usług pocztowych poza granicami kraju. W tym zakresie podniosła, że skarżący twierdząc, że (...) S.A. nie przedstawiła dowodu na możliwość wykonywania usług w tym zakresie, co jest nowym zarzutem, wadliwie utożsamia ze sobą określone w art. 26 ust. 2b Pzp zasady korzystania z zasobów podmiotów trzecich przy spełnianiu warunków udziału w postępowaniu z wyjaśnieniami wykonawcy na temat sposobu realizacji świadczeń objętych przedmiotem zamówienia. Informacja (...) S.A. na temat współpracy z zagranicznym operatorem pocztowym odnosiła się do wymagań zamawiającego określonych w opisie przedmiotu zamówienia. Nie była natomiast przedstawiana w związku z opisem warunków udziału w postępowaniu. Obowiązek składania przez (...) S.A. jakichkolwiek dokumentów odnoszących się do sposobu wykonywania świadczeń mógłbym mieć miejsce wyłącznie, gdyby takie żądanie zostało zawarte w SIWZ. Niezłożenie dokumentu lub oświadczenia nie wymaganego przez zamawiającego, co do zasady nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne. Skarżący zatem, jak podkreśla (...) S.A., po raz kolejny domaga się składania przez (...) S.A. niewymaganych ustawą i SIWZ dokumentów, powołując się przy tym na przepisy nie znajdujące zastosowania w danych okolicznościach.

(...) S.A. argumentowała następnie bezpodstawność zarzutów niezasadnego utajnienia części własnej oferty. Stwierdziła, iż wskazywane w wykazie usług doświadczenie obejmuje realizacje wykonywane wyłącznie na rzecz podmiotów niepublicznych. Co więcej, informacje te są przez przystępującego chronione w związku ze złożeniem w tym zakresie zobowiązania podmiotowi udostępniającemu zasoby (zobowiązanie do zachowania poufności przekazanych danych), co stanowi samodzielną podstawę do uznania zasadności zastrzeżenia tajemnicy. Podobnie uzasadnionym jest zastrzeżenie informacji na temat posiadanych przez podmiot trzeci środków finansowych udostępnionych (...) S.A. (...) S.A. stwierdziła, również, iż obecnie badanie zasadności lub też braku zasadności objęcia oferty (...) S.A. wraz z wyjaśnieniami tajemnicą przedsiębiorstwa pozostaje bez wpływu na ważność zawartej przez strony umowy, albowiem wadliwość zastrzeżenia takiej tajemnicy nie mieści się w żadnej przesłance z art. 146 ustawy Pzp.

(...) S.A. odniosła się także do zarzutu skarżącego dotyczącego wadliwości opisu przedmiotu zamówienia w zakresie systemu doręczeń pocztowych, stwierdzając, że nie zasługuje na uwzględnienie z trzech powodów. Po pierwsze, jest to zarzut nowy, zaś w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania, ani występować z nowymi żądaniami. Po drugie, samo żądanie unieważnienia postępowania należy uznać za niedopuszczalne. W związku z zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia i zawarciem w dniu 18 grudnia 2013 roku umowy w sprawie realizacji zamówienia, nie jest obecnie „możliwym unieważnienie samego postępowania o udzielenie zamówienia”. Po trzecie, pominięcie w treści opisu przedmiotu zamówienia obowiązku funkcjonowania placówek w sobotę nie mogło być przesłanką unieważnienia postępowania, o której mowa w przywołanym w skardze art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp („postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”). Ustawa odwołuje się w powyższym zakresie do przesłanek unieważniania umowy zawartych w 146 Pzp. Są to najpoważniejsze naruszenia procedury, takie jak nieopublikowanie ogłoszenia o zamówieniu, wadliwość wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki czy zawarcie umowy przed upływem terminu na wnoszenie środków odwoławczych. Dodatkową przesłanką jest dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie dokonania czynności z naruszeniem przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć na wynik postępowania. By unieważnić postępowanie, najpierw trzeba wykazać wadę postępowania, a następnie wykazać, że wada ta skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy (samego braku możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu nie można zatem poczytywać jako wady postępowania).

(...) S.A. odniosła się także w złożonej odpowiedzi na skargę do wniosków formalnych skarżącej, argumentując, iż sąd powszechny nie może odmówić stosowania przepisu ustawy, skarżąca w żaden sposób nie wykazała spełnienia przesłanek zwolnienia jej od kosztów sądowych, zaś wnioski o zawieszenie postępowania stały się bezprzedmiotowe, gdyż wskazywane przez skarżącą sprawy przed Trybunałem Konstytucyjnym zostały zakończone.

Skarżący pismem z dnia 6 lutego 2014 r. ustosunkował się do stanowiska (...) S.A. przedstawionym w odpowiedzi na skargę. W pierwszej kolejności podniósł, iż skarga została skierowana do właściwego sądu i została wniesiona w terminie. Skarga została doręczona jej pełnomocnikowi w dniu 30 grudnia 2013 r. (na wykazanie daty doręczenia odpisu wyroku skarżący wniósł o dopuszczenie dowodu z formularza zwrotnego potwierdzenia odbioru wyroku KIO, znajdującego się na k. 50 akt sprawy XII Ga 31/14 prowadzonych przez Sąd Okręgowy w Krakowie, na okoliczność numeru przesyłki pocztowej, w której znajdował się przedmiotowy wyrok oraz dowodu z odpisu notarialnego zbiorowego dowodu odbioru nr 1 z dnia 30 grudnia 2013 r.) i Poczta Polska wysłała skargę do Prezesa KIO za pośrednictwem operatora wyznaczonego dnia 7 stycznia z zachowaniem ustawowego terminu. Ponieważ zgodnie z pkt 1. SIWZ zamawiającym jest Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa- Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie, sądem właściwym do rozpoznania skargi jest Sąd Okręgowy w Krakowie. Nawet gdyby przyjąć, iż zamawiającym w tej sprawie jest również Prokuratura Generalna w Warszawie, to właściwe do rozpoznania skargi dotyczącej jednego niepodzielnego postępowania przetargowego byłyby dwa sądy i skarżącej przysługiwałoby prawo do wyboru jednego z nich na podstawie odpowiednio stosowanego art. 43 K.p.c.

Pismem z dnia 23 kwietnia 2014 r. skarżący podniósł, iż dnia 15 kwietnia 2014 r. Trybunał Konstytucyjny w sprawie SK 12/13 orzekł, że art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 77 ust. 2 i art. 78 Konstytucji. Zgodnie z art. 190 Konstytucji, przepis art. 34 ust. 2 utraci moc z dniem ogłoszenia i, jak uznał Trybunał, od tej pory w sprawach zamówień publicznych będą pobierane opłaty stałe zgodnie z art. 34 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych. Sąd zatem ustalając wysokość opłaty powinien wziąć pod uwagę stan rzeczy istniejący w chwili wydania orzeczenia.

Pismem z dnia 16 czerwca 2014 r. skarżący uzupełnił swoje stanowisko, podtrzymując wszystkie dotychczasowe twierdzenia i wnioski przedstawione w skardze i kolejnych pismach procesowych oraz ustosunkował się do twierdzeń przedstawionych przez uczestnika. Wniósł także o dopuszczenie dowodu z wymienionych w treści tego pisma dokumentów.

Skarżący podniósł, iż (...) S.A. nie zakwestionowała zarzutu skarżącego, iż (...) S.A. na dzień złożenia ofert nie posiadała odpowiedniej sieci placówek, twierdząc jedynie, że postanowienia SIWZ nie zawierały takiego wymagania. Postanowienie SIWZ, na które powołuje się (...) S.A. niewątpliwie dotyczyły sposobu organizacji pracy placówek, a nie tego, czy placówki mają istnieć na dzień składania ofert. Z samego tylko językowego sposobu sformułowania tego postanowienia nie sposób wyciągać tak dalekich wniosków, jak czyni to uczestnik. Nadto skarżący ponownie wskazał, że kwestia, czy placówki mają istnieć na dzień składania ofert, czy dzień wykonywania umowa została już rozstrzygnięta w wyroku KIO z dnia 7 października 2013 r., sygn. KIO 2184/13. Wbrew twierdzeniom (...) S.A. również na etapie realizacji zamówienia uczestniczka nie spełnia przedmiotowego wymogu, o czym świadczą wyniki zweryfikowania listy placówek (...) podanej na jej stronie internetowej (skarżący wskazał na 3 adresy, pod którymi wbrew informacją takie placówki nie istnieją) oraz oświadczenia niektórych gmin, z których wynikać ma, iż na dzień wykonywania umowy nie było tam uruchomionych placówek żadnych innych operatorów niż Poczta Polska S.A. Skarżący wskazał na fakt istnienia utrudnień w funkcjonowaniu systemu doręczeń sądowych obsługiwanego przez (...) S.A, co obrazować miały przedstawione przez niego dane statystyczne i informacje o innych stwierdzonych nieprawidłowościach.

Skarżący podtrzymał także zarzut, że (...) S.A. nie spełniła warunku udziału w zamówieniu i nie wykazała na etapie ubiegania się o zamówienie, że dysponuje odpowiednią liczbą placówek. W przypadku wykorzystywania do wykonywania świadczenia placówek innych operatorów zamawiający wprowadził wprost do warunków zamówienia wymaganie wykazania na dzień składania oferty faktu możliwości wykorzystania tych placówek. (...), usiłując wykazać spełnienie warunku dotyczącego posiadania placówek pocztowych (w rozumieniu zgodnym z wyjaśnieniami z 18 października 2013 roku), powołała się m.in. na rzekome udostępnienie zasobów innych operatorów pocztowych ((...) oraz (...) S.A.). Bezsporne jest jednak, że (...) nie potwierdziła wraz z ofertą z 4 listopada 2013 roku, iż może dysponować placówkami innych operatorów pocztowych. Dopiero w piśmie z dnia 20 listopada 2013 roku (...) S.A. wyjaśniła, że zamierza korzystać z placówek innych podmiotów, ale stosowne dokumenty w postaci oświadczeń podmiotów trzecich o oddaniu swoich zasobów do dyspozycji (...) (a nie, jak wskazuje KIO, "umów"), uczestnik przedstawił dopiero na etapie postępowania odwoławczego, a więc już po terminie składania ofert i po dokonaniu wyboru oferty (...) przez zamawiającego. Skarżący podniosła, że treść niektórych z tych oświadczeń może budzić wątpliwości, gdyż z oświadczenia (...) wynika, że udostępnienie placówek nastąpiło przed terminem składania ofert (5 listopada 2013 r.), tymczasem większościowy udziałowiec tej spółki - (...) S.A. opublikował na swoich stronach informację o podpisaniu w dniu 18 grudnia 2013 r. umowy o współpracy z (...) S.A., mającej m.in. regulować zasady udostępniania potencjału organizacyjnego i osobowego spółki.

Z akt postępowaniu odwoławczego (z którymi skarżący mógł zapoznać się dopiero po wniesieniu skargi) oraz oświadczeń i dokumentów złożonych przez (...) wynika, że aby spełnić wymaganie posiadania placówki pocztowej w każdej gminie (...) zamierzała skorzystać z jednostek organizacyjnych spółki, niebędącej operatorem pocztowym - co było niezgodne z postanowieniami SIWZ. Chodzi o placówki spółki (...) S.A., która nie jest operatorem pocztowym. W związku z tym, zdaniem skarżącego, ocena czy uczestnik dysponował wymaganą w zamówieniu siecią placówek nie

może brać pod uwagę jednostek organizacyjnych udostępnionych przez I., a w 59 gminach w (...) S.A. dysponowała wyłącznie taki placówkami.

(...) S.A. nie spełnia także wymogów SIWZ, nie wykazując posiadania odpowiedniego doświadczenia usług pocztowych w obrocie zagranicznym. (...) S.A. była wzywana przez zamawiającego do wyjaśnienia, w jakim zakresie przedstawione przez (...) S.A. były usługami zagranicznymi, jednak uczestnik na to pytanie nie odpowiedział, stwierdzając że zamawiający nie domagał się posiadania doświadczenia w obrocie zagranicznym. Skarżący podtrzymał również twierdzenie, iż (...) S.A. nie posiada możliwości świadczenia usług w obrocie zagranicznym samodzielnie, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Skarżący podtrzymał także zarzut nieważności postanowień SIWZ, w zakresie w jakim przewidują, że placówki pocztowe nie muszą być czynne w soboty. Takie sformułowanie postanowień SIWZ było nieusuwalną wadą, prowadzącą do nieważności postępowania (poprzez niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy).

Na **rozprawie w dniu 26 czerwca 2014 r.** strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska w sprawie. Ponadto, (...) S.A. wniosła o odrzucenie skargi jako wniesionej po terminie, nie ma bowiem pewności, że odpis wyroku KIO doręczony został skarżącemu w dniu 30 grudnia 2013r., a ponadto skarga została nadana jako przesyłka służbowa, pieczęć placówki pocztowej została umieszczona nie na kopercie, lecz na naklejce, a zatem nie został zachowany wymóg złożenia przesyłki u operatora wyznaczonego. Wniosła także o pominięcie zarzutów opierających się na okolicznościach związanych ze sposobem wykonywania zawartej z zamawiającym umowy jako niezwiązanych z przedmiotem sprawy, pominięcie zarzutu niewykazania przez uczestnika doświadczenia w świadczeniu usług pocztowych w obrocie zagranicznym oraz zarzutu nieważności postanowień SIWZ w zakresie kwestii braku obowiązku otwarcia placówek w soboty, z uwagi na fakt, iż zarzuty te nie były przedmiotem odwołania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługiwała uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, wobec zarzutów (...) S.A., złożonych na rozprawie w dniu 26 czerwca 2014 r. dotyczących kwestii odbioru przez skarżącego odpisu wyroku z dnia 16 grudnia 2013r. oraz sposobu nadania skargi przez Poczta Polska S.A. uzasadniających w ocenie (...) S.A. odrzucenie skargi, Sąd Okręgowy wyjaśnia, iż przyjął jako datę doręczenia odpisu ww. wyroku pełnomocnikowi skarżącego dzień 30 grudnia 2013 r. Jak wynika z potwierdzenia odbioru (k. 50 akt XII Ga 31/14) przesyłka zawierająca odpis wyroku z dnia 16.12.2013r. została ekspediowana do pełnomocnika skarżącego w dniu 20.12.2013r., przy czym na dowodzie doręczenia brak jakiegokolwiek adnotacji o odbiorze przesyłki przez adresata. Na dowodzie tym znajduje się jednak oznaczenie numeru przesyłki: (00) (...). Z kolei, jak wynika ze zbiorowego dowodu odbioru (k. 384), przesyłka o nr (...) została doręczona do Kancelarii (...) spółka Komandytowa w K. (tj. kancelarii pełnomocnika skarżącego na etapie postępowania odwoławczego) w dniu 30 grudnia 2013r., co potwierdził pełnomocnik odbiorcy własnoręcznym podpisem. Nadto, z przedłożonego przez pełnomocnika (...) na rozprawie w dniu 26 czerwca 2014r. wydruku dotyczącego śledzenia przesyłek pocztowych wynika, że przesyłka o ww. numerze została przekazana do doręczenia w UP K. właśnie w dniu 30 grudnia 2013r. Uwzględniając datę ekspedycji przesyłki, fakt, iż była ona wysyłana do K. (z W.) oraz okres świąteczny, jaki nastąpił po dniu ekspedycji przesyłki, okoliczność, iż doręczenie przesyłki nastąpiło w dniu 30 grudnia 2013r. nie budzi żadnych wątpliwości i brak podstaw do kwestionowania wiarygodności adnotacji na zbiorowym dowodzie doręczeń. Podkreślenia wymaga również fakt, że zamawiający również otrzymał odpis wyroku KIO w dniu 30 grudnia 2013r. Termin do wniesienia skargi, określony w art. 198b ust. 2 Pzp upływał zatem dla skarżącego w dniu 7 stycznia 2014 r. (6.01.2014r. był dniem ustawowo wolnym od pracy). Nie ma również żadnych podstaw do przyjęcia, iż ww. termin nie został zachowany z uwagi na nadanie przez stronę skarżącą przesyłki w trybie innym niż został przewidziany w art. 165 § 2 K.p.c., co skutkowałoby koniecznością przyjęcia, iż datą jej złożenia był data faktycznego wpływu do Sądu nie zaś data nadania. Należy zauważyć, że Poczta Polska przedmiotową skargę nadała w jednej ze swoich placówek w dniu 7 stycznia 2014 r., co wprost potwierdza odcisk stempla pocztowego uczyniony na kopercie, w której pismo to zostało wysłane (k. 208). Bez jakiegokolwiek znaczenia pozostaje przy tym fakt, iż na kopercie tej zamieszczono

również adnotację „sprawa służbowa wolna od opłaty pocztowej”. Adnotacja taka odnosi się wyłącznie do kwestii poboru opłaty za usługę jej doręczenia i ani nie prowadzi do wniosku, że przesyłka ta była doręczana z pominięciem czynności jej nadania, do której odnosi się art. 165 § 2 K.p.c., ani też w żaden sposób nie podważa okoliczności, którą ma potwierdzać odcisk stempla pocztowego, tj. jej nadania w dniu 7 stycznia 2014 r. Podkreślić należy także, że skarga wpłynęła do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2014 r., co w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego potwierdza w sposób nie budzący wątpliwości, iż przesyłka obejmująca skargę została faktycznie nadana w dniu 7 stycznia 2014 r.

W ocenie Sądu Okręgowego nie budzi również wątpliwość, iż strona skarżąca dopełniła wymagań formalnych i doręczyła odpisy sporządzonej skargi pozostałym stronom postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, co potwierdzają dołączone do skargi dowody nadania. Waloru wiarygodności nie pozbawia tych potwierdzeń fakt, iż nie został na nich umieszczony podpis osoby przyjmującej przesyłkę, a zostały one opatrzone jedynie pieczęcią pocztową. Sąd Okręgowy na rozprawie w dniu 26 czerwca 2014 r. odebrał od pełnomocników interwenta ubocznego oraz przeciwnika skargi oświadczenia, w których potwierdzili oni, że odpisy przedmiotowej skargi zostały im doręczone. W tej sytuacji nie zachodzi jakakolwiek wątpliwość, iż strona skarżąca nadała przesyłki do pozostałych stron postępowania.

Na uwzględnienie nie zasługiwał także podniesiony przez interwenienta ubocznego zarzut niewniesienia w terminie do właściwego sądu skargi, w zakresie w jakim odnosiła się ona do części nr 2 zamówienia - świadczenia usług pocztowych na rzecz powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury. Dla oceny zasadności tego zarzutu istotna jest treść przepisu art. 16 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz. Z możliwości, jaką daje wskazany przepis Sąd Apelacyjny w Krakowie i Prokuratura Generalna w Warszawie skorzystały, zawierając w dniu 24 sierpnia 2013 porozumienie nr (...) w zakresie wspólnego przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia publicznego. Na mocy postanowienia zawartego w § 3 ust. 1 tego porozumienia strony wyznały jako zamawiającego upoważnionego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz udzielania zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz, Sąd Apelacyjny w Krakowie. Prokuratura Generalna w § 3 ust. 2 porozumienia równocześnie udzieliła Sądowi Apelacyjnemu wszelkich pełnomocnictw w zakresie niezbędnym do realizacji porozumienia, przy czym w ust. 3 tego paragrafu sprecyzowano, iż pełnomocnictwa te obejmują m.in. możliwość reprezentowania strony w charakterze zamawiającego w postępowaniu odwoławczym i skargowym, w tym przed Krajową Izbą Odwoławczą i sądami powszechnymi. Ponadto w specyfikacji istotnych warunków zamówienia to Sąd Apelacyjny w Krakowie został wskazany jako podmiot zamawiający. Aczkolwiek w ocenie Sądu Okręgowego brak podstaw do przyjęcia, aby porozumienie zawarte na podstawie ww. art. 16 ust. 1 P.z.p. kreowało – zwłaszcza na etapie postępowania sądowego - jednego zamawiającego, służy ono bowiem określeniu wzajemnych stosunków między zamawiającymi (tak również Stefan Babiarz w Komentarz Prawo zamówień publicznych Lexis Nexis Warszawa 2011), to na etapie dokonywania czynności związanych z zamówieniem zamawiających reprezentował Sąd Apelacyjny w Krakowie. Siedziba ww. podmiotu wyznaczyła zatem właściwość sądu do rozpoznania skargi na podstawie art. 198b ust. 1 P.z.p. Zarzuty ukierunkowane na wywołanie skutku w postaci odrzucenia skargi w części nie zasługiwały zatem na uwzględnienie.

W następnej kolejności należy wyjaśnić, iż nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty wykonawcy (...) S.A. dotyczące kwestii braku uiszczenia przez stronę skarżącą opłaty od skargi we właściwej wysokości, ustalonej w oparciu o przepis art. 34 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. Poczta Polska S.A. wnosząc skargę uiszczała opłatę w wysokości 100.000 zł, z jednej strony argumentując, iż wskazany przepis ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych jest niezgodny z Konstytucją RP, co winno w jej ocenie prowadzić Sąd Okręgowy do odmowy jego zastosowania, z drugiej zaś, na wypadek nie przyjęcia wskazanego stanowiska przez Sąd, złożyła formalny wniosek o zwolnienie jej od kosztów sądowych w postaci opłaty od skargi w części przynoszącej uiszczoną kwotę. W obecnej chwili, wniosek o zwolnienie od kosztów stał się bezprzedmiotowy, albowiem uznać należało, iż należna opłata została przez stronę skarżącą uiszczona. Stanowisko to wiąże się z faktem, iż wyrokiem z dnia 15 kwietnia 2014 r., sygn. akt SK 12/13, Trybunał Konstytucyjny orzekł, że wskazany art. 34 ust 2 ustawy o kosztach

sądowych w sprawach cywilnych jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3, art. 77 ust. 2 i art. 78 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. W konsekwencji przepis ten stracił moc w dniu 28 kwietnia 2014 r. Okoliczność, iż przedmiotowy wyrok zapadł już po wniesieniu skargi, i tym samym już po tej chwili nastąpił skutek w postaci utraty mocy prawnej przepisu art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych, wbrew argumentacji interwenienta ubocznego spółki (...) S.A. nie może prowadzić do wniosku, iż wskazane orzeczenie nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy i Sąd winien najpierw wezwać stronę skarżącą do uiszczenia brakującej części opłaty i w przypadku jej nie uiszczenia skargę odrzucić. Należy wyjaśnić, iż aktualnie w orzecznictwie sądów administracyjnych dominuje pogląd wyrażony przez Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 6 lutego 2008 r. (syg. akt II OSK 1475/07), iż przepis uznany przez Trybunał Konstytucyjny za niekonstytucyjny ma taki charakter od samego początku, tj. od dnia jego wejścia w życie. Ku temu pogładowi skłania się również orzecznictwo Sądu Najwyższego (wyr. z dnia 20 maja 2009 r., I CSK 379/08). Sąd Odwoławczy podziela powyższy pogląd i wobec faktu, iż kwestia pozbawiania mocy art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach nie prowadzi w żaden sposób do naruszenia zasady ochrony praw słusznie nabytych stwierdził, iż przepis ten nie może zostać zastosowany w niniejszej sprawie. Wysokość należnej opłaty należało ustalić przy zastosowaniu art. 34 ust. 1 ustawy o kosztach, który to przepis stanowi, że od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych pobiera się opłatę stałą w wysokości pięciokrotności wpisu wniesionego od odwołania w sprawie. Ponieważ w niniejszej sprawie wpis wniesiony od odwołania do KIO wynosił 15.000 zł, należna opłata od skargi wynosiła 75.000 zł i tym samym została przez stronę skarżącą uiszczona.

Merytoryczną ocenę zarzutów sformułowanych we wniesionej skardze należy rozpocząć od wskazania na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla jednostek sądownictwa i jednostek prokuratury w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych. W rozdziale IV tej specyfikacji, zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu” wskazane zostało, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W punkcie drugim rozdziału IV SIWZ zawarty został opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Kolejno zostało zatem wyszczególnione, że w zakresie pierwszego z postawionych wymagań, dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada uprawnienia do wykonywania działalności pocztowej na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej oraz za granicą, tzn. jest wpisany do rejestru operatorów pocztowych, prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, zgodnie z art. 6 ustawy Prawo pocztowe. Odnośnie wymogu posiadania wiedzy i doświadczenia wskazano, że warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie czterech ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej dwie usługi polegające na świadczeniu usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym przez okres co najmniej 12 miesięcy każda, o wartości nie mniejszej niż: dla części 1- 1.000.000. zł brutto, dla części 2 – 1.000.000 zł brutto. Co do warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamawiający nie określił szczegółowo sposobu oceny spełnienia tego warunku w postępowaniu, wymagając w tym zakresie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy, zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ. Odnośnie spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę posiadania środków finansowych i zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż: dla części 1-10.000.000 zł, dla części 2- 1.000.000zł. Zamawiający ponadto wskazał, że wykonawca może polegać na wiedzy i

doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nim stosunków, przy czym w takiej sytuacji wykonawca został zobowiązany do udowodnienia zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia- zgodnie z art. 26 ust. 2b P.z.p.

Z kolei w pkt 3 rozdziału IV SIWZ określono dokumenty wymagane od wykonawcy w celu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 2. Wśród istotnych z punktu widzenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy należy wymienić dokumenty w postaci: oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, zaświadczenie o wpisie do rejestru operatorów pocztowych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, z którego ma wynikać, że obszar, na którym będzie wykonywana działalność pocztowa obejmuje obszar Rzeczypospolitej Polskiej oraz zagranicę, wykaz wykonanych i wykonywanych usług, informacja banku o posiadanych środkach finansowych lub zdolności kredytowej. W podpunkcie 6 pkt 3 rozdziału IV SIWZ zaznaczono, że w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego należy przedłożyć oświadczenie wykonawcy, w którym stwierdza, iż:

- a) posiada co najmniej po jednej placówce pocztowej, licząc średnio w skali kraju przypadającej na 6.000 mieszkańców na terenie gmin miejskich i miejsko-wiejskich;
- b) posiada co najmniej jedną placówkę pocztową, licząc średnio w skali kraju przypadającą na 85 km² powierzchni w gminach wiejskich;
- c) w każdej gminie posiada co najmniej jedną stałą placówkę pocztową, przy czym ww. placówki pocztowe czynne będą we wszystkie dni robocze, z wyjątkiem sobót, co najmniej 5 dni w tygodniu, a jeżeli w tygodniu przypada dzień ustawowo wolny od pracy, liczba ta może być odpowiednio niższa.

W niniejszej sprawie nie budzi żadnych kontrowersji okoliczność, iż wykonawcy zgłaszający swoje oferty winni przedłożyć wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty wraz z ofertą. Jak wynika ze złożonej w toku postępowania w przedmiocie zamówienia oferty (...) S.A., wykonawca w celu spełnienia ww. wymagań, przedłożył m.in.:

- oświadczenie (...) S.A. z dnia 30 października 2013 r., iż wykonawca ten posiada placówki pocztowe wyszczególnione w rozdziale IV pkt 3 ppkt 6 SIWZ, które to oświadczenie zostało złożone w formie zgodnej ze wzorem stanowiącym załącznik nr 10 SIWZ;

- zaświadczenie Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 4 lutego 2011 r., z którego wynika, że w rejestrze operatorów pocztowych wpisano (...) S.A. określając zakres działalności pocztowej jako działalność pocztowa niewymagająca zezwolenia oraz obszar działalności: Rzeczpospolita Polska i zagranica;

- oświadczenie z dnia 30 października 2013 r. (...) sp. z o.o. z siedzibą w K., dotyczące oddania do dyspozycji wykonawcy (...) S.A. zasobów niezbędnych przy wykonywaniu zamówienia publicznego udzielanego przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych.

Jak wynika z powyższego (...) S.A. przedłożyła wymagane przez zamawiającego oświadczenia dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi od wykonania zamówienia. Co więcej, kierując się wymogiem określonym w rozdziale IV pkt 2 ppkt 6 złożone zostało także oświadczenie podmiotu trzeciego- spółki (...) o oddaniu do dysponowania wykonawcy (...) S.A. zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia.

W tym stanie rzeczy istota podniesionego w skardze zarzutu sprowadza się w pierwszej kolejności do rozstrzygnięcia, czy wykonawca (...) S.A. był uprawniony do złożenia oświadczenia co do spełniania warunków SIWZ i czy rzeczywiście

spełnia wymagania postawione przez zamawiającego. W przypadku niespełniania warunków jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji wykonawca ten winien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Rozstrzygając tę kwestię niezbędnym jest wskazanie, iż w toku postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego zamawiający sprecyzował warunki zamówienia w ramach procedury wyjaśnień udzielanych w związku ze składanymi przez wykonawców pytaniami co do treści poszczególnych warunków SIWZ. W piśmie z dnia 9 września 2013 r. (...) sp. z o.o. złożyła wniosek o wyjaśnienie treści wymagania zawartego w pkt 3 ppkt 6 rozdziału IV poprzez wskazanie, czy w przypadku zamiaru skorzystania przez wykonawcę w trakcie realizacji umowy z możliwości wykonywania części świadczeń przez podmioty trzecie, dopuszczalne jest złożenie wraz z ofertą potwierdzenia posiadania, rozumianego jako możliwość wykorzystania do wykonywania świadczenia poprzez nadanie w imieniu zamawiającego przesyłek w placówkach pocztowych innych operatorów, placówek, o których mowa w punkcie 3 ppkt 6 SIWZ należących do innych operatorów pocztowych. Odpowiedź na to pytanie została udzielona pismem z dnia 18 października 2013 r. Zamawiający, powielając sformułowania zawarte w pytaniu, dopuścił „złożenie wraz z ofertą potwierdzenia posiadania (w rozumieniu możliwości wykorzystania do wykonywania świadczenia poprzez nadanie w imieniu Zamawiającego przesyłek w placówkach pocztowych innych operatorów) placówek, o których mowa w pkt 3 podpunktu 6 SIWZ należących do innych operatorów pocztowych, z zastrzeżeniem, że przedmiot zamówienia będzie świadczony przez Wykonawcę wybranego w zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a odpowiedzialność za należyte wykonanie umowy spoczywać będzie na wybranym wykonawcy”.

Tak skonstruowana odpowiedź w swej istocie dotyczyła nie tyle kwestii wykonywania części świadczeń przez osoby trzecie, lecz wyjaśnienia pojęcia „posiadania placówek”, w przedmiocie którego deklaracji oczekiwał zamawiający. Zgodnie z udzieloną odpowiedzią zamawiający przyjął sposób jego rozumienia przedstawiony przez wykonawcę, czyli jako możliwość wykorzystania do wykonywania świadczenia placówek należących do innych operatorów pocztowych. Takie rozumienie tego pojęcia, które zresztą jak najbardziej koreluje z semantycznym zakresem terminu „posiadanie”, prowadzi do wniosku, że wykonawca był uprawniony do złożenia wymaganego oświadczenia o posiadaniu placówek wyszczególnionych w przytoczonych powyżej warunkach SIWZ nie tylko w sytuacji, gdy na dzień składania ofert prowadził usługi pocztowe w działających placówkach, lecz także gdy miał na tym etapie zapewnioną możliwość wykorzystania takich placówek do realizacji świadczeń będących przedmiotem prowadzonego postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia. W ocenie Sądu Okręgowego, przy tak określonym i sprecyzowanym przez zamawiającego rozumieniu postawionego wymagania posiadania określonych placówek pocztowych, wykonawca (...) S.A. w toku postępowania przetargowego wykazał go w sposób zgodny z warunkami SIWZ, przedkładając, po pierwsze, wymagane oświadczenie według wzoru określonego w załączniku nr 10 do SIWZ, oraz po drugie, oświadczenie osoby trzeciej, zgodnie z wymogiem zawartym w rozdziale IV pkt 2 ppkt 6. Dokumenty te były wystarczające dla stwierdzenia przez zamawiającego, iż wykonawca (...) S.A. spełnia wymagania SIWZ w zakresie posiadania na dzień składania ofert sieci placówek wymaganej przez zamawiającego.

W tym miejscu należy odnieść się do treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, do którego nawiązuje zapis postanowień rozdziału IV ust. 2 ppkt 6 SIWZ. Powyższy przepis art. 26 Pzp dotyczy warunków podmiotowych, które muszą spełnić wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia i w ust. 2b stanowi, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, jednak wówczas udowodnienie, że wykonawca będzie dysponował takimi zasobami ma nastąpić poprzez przedstawienie pisemnych zobowiązań podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów. Wobec sformułowanego w skardze zarzutu staje się koniecznym wyjaśnienie, że wykonawca (...) S.A. uczynił zadość temu obowiązkowi już na etapie złożenia oferty. Za spełniające bowiem wymogi przedmiotowego przepisu należy uznać dołączone do złożonej oferty (...) S.A. oświadczenie spółki (...) sp. z o.o. (k. 102 dokumentacji dot. zamówienia) w przedmiocie oddania do dyspozycji (...) S.A. niezbędnych zasobów obejmujących doświadczenia i wiedzę, w tym udostępnienie do korzystania odpowiednich placówek. Skarżący skutek w postaci udowodnienia dysponowania wymaganymi przez zamawiającymi placówkami pocztowymi wiąże dopiero z faktem przedłożenia przez (...) S.A. dokumentów na etapie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Takie twierdzenia skarżącego

nie są jednak zasadne. Jak wynika z protokołu rozprawy przeprowadzonej przed Izbą w dniu 11 grudnia 2013 r. wykonawca przedłożył wówczas pisma zawierające oświadczenia (...) S.A. w W. oraz (...) S.A., w których stwierdzono, iż ww. podmioty są stosownie do umowy zawartej z (...) sp. z o.o. z dnia 31 października 2013 r. agentami pocztowymi w rozumieniu art. 3 pkt 3 ustawy Prawo pocztowe oraz, iż do dyspozycji spółki (...) sp. o.o. oddane są istniejące jednostki organizacyjne agenta pocztowego, w których można zawrzeć umowę o świadczenie usługi pocztowej lub które doręczają adresatom przesyłki pocztowe, lub inne wyodrębnione i oznaczone przez operatora pocztowego miejsca, w których można zawrzeć umowę o świadczenie usługi pocztowej lub odebrać przesyłkę pocztową. Do ww. oświadczeń (w formie załącznika) dołączona została lista gmin, w których zagwarantowana jest co najmniej jedna placówka pocztowa, a dodatkowo w oświadczeniach wskazana została liczba placówek pocztowych w gminach miejskich i gminach miejsko-wiejskich oraz w gminach wiejskich (odnośnie spółki (...) S.A.: liczba placówek w gminach miejskich i miejsko-wiejskich- 39, w wiejskich- 251, zaś odnośnie (...) S.A.: w gminach miejskich i miejsko-wiejskich- 3.354, w gminach wiejskich- 2.051). W przedmiotowych oświadczeniach zostało ponadto wskazane, że (...) sp. z o.o. jest uprawniona do wykorzystywania placówek do świadczenia usług pocztowych na rzecz innych operatorów, w tym (...)S.A.

Podkreślenia zatem wymaga, że przedmiotowe oświadczenia w żaden sposób nie uzupełniały złożonej już przez (...) S.A. oferty, bowiem w ocenie Sądu Odwoławczego stanowią one dokumenty, które zostały złożone celem potwierdzenia prawdziwości oświadczenia (...) sp. z o.o., które wykonawca przedłożył wraz z ofertą z dnia 4 listopada 2013 r., a w którym to oświadczeniu (...) potwierdzał fakt oddania posiadanych zasobów do dyspozycji (...) S.A. W szczególności ich celem nie było wykazanie, że wykonawca ten ma możliwość skorzystania z zasobów dodatkowych i innych, niż te, na które mógł się powołać na etapie składania ofert. Tym samym nie budzi wątpliwości, że wymagane przepisem art. 26 ust. 2b P.z.p. udowodnienie dysponowania zasobami podmiotów trzecich, niezbędnymi do realizacji zamówienia nastąpiło poprzez złożenie stanowiącego załącznik do oferty oświadczenia (...) sp. z o.o., którego zresztą zamawiający, po odebraniu od wykonawcy wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 20.11.2013r., nie zakwestionował.

Na uwzględnienie nie zasługiwał zarzut skarżącego dotyczący nie spełniania wymagania posiadania przez (...) S.A. placówek pocztowych zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, opierający się na twierdzeniu Poczty Polskiej S.A., iż (...) S.A. nie może w tym zakresie powoływać się na fakt udostępnienia mu jednostek organizacyjnych przez (...) S.A., albowiem spółka ta nie ma statusu operatora pocztowego i w konsekwencji jednostki te nie są wymaganymi placówkami pocztowymi operatora pocztowego. Ocena tego zarzutu wymaga przytoczenia definicji placówki pocztowej, zamieszonej w art. 3 pkt 15 ustawy Prawo pocztowe. Zgodnie z tym przepisem, placówką pocztową jest jednostka organizacyjna operatora pocztowego lub agenta pocztowego, w której można zawrzeć umowę o świadczenie usługi pocztowej lub która doręcza adresatom przesyłki pocztowe lub kwoty pieniężne określone w przekazach pocztowych, albo inne wyodrębnione i oznaczone przez operatora pocztowego miejsce, w którym można zawrzeć umowę o świadczenie usługi pocztowej lub odebrać przesyłkę pocztową lub kwotę pieniężną określoną w przekazie pocztowym. W ocenie Sądu Okręgowego brak jest jakichkolwiek podstaw do dokonywania wykładni pojęcia placówki pocztowej, użytego w postanowieniach SIWZ w sposób odmienny niż wynikający z treści przytoczonej definicji legalnej i wyłączenia z jego zakresu placówki pocztowej agenta pocztowego, przyjmując, iż chodzi wyłącznie o placówki pocztowe operatora pocztowego. W takiej sytuacji niezbędnym staje się wskazanie, że stosownie do treści art. 3 pkt 3 Prawa pocztowego agentem pocztowym jest przedsiębiorca pośredniczący na rzecz operatora pocztowego w zawieraniu z nadawcami umów o świadczenie usług pocztowych lub zawierający je w imieniu operatora pocztowego. Świadczenie usług pocztowych poprzez agenta jest zatem świadczeniem usług na rzecz lub w imieniu operatora pocztowego. Odwołując się do celu zamówienia, jakim było przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek pocztowych oraz zwrot przesyłek niedoręczonych, nie budzi wątpliwości Sądu, iż do placówek pocztowych danego operatora muszą być zaliczone placówki pocztowe przedsiębiorców, którzy są agentami pocztowymi tych operatorów, bowiem usługi świadczone w tych placówkach są dokonywane, co należy podkreślić- w imieniu i na rzecz operatora. Tym samym, będące przedmiotem zamówienia usługi mogą być realizowane przy wykorzystaniu tego typu placówek z poszanowaniem wymagań zamawiającego. W tym kontekście istotne staje się wskazanie, iż jednostki organizacyjne (...) S.A., która jak wynika z oświadczenia z 5 listopada 2011 r. na mocy umowy z (...) sp. z o.o. stała się agentem pocztowym, należy traktować jako placówki pocztowe operatora pocztowego.

Skarżący swoje stanowisko co do braku spełnienia przez wykonawcę (...) S.A. wymagań SIWZ w zakresie posiadania określonej w warunkach zamówienia sieci placówek, które jego zdaniem miały być czynne już na dzień składania ofert, argumentował twierdząc, iż takie rozumienie warunków SIWZ zostało potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 października 2013 r. w sprawie o sygn. KIO 2184/13, w której rozpoznawane było odwołanie spółki (...) sp. z o.o. od postanowień SIWZ. W ocenie Sądu Okręgowego stanowisko skarżącej jest w tym przedmiocie błędne, bowiem ze wskazanego orzeczenia bynajmniej nie wynika, że wykonawca musiał wykazać się posiadaniem czynnych placówek pocztowych na etapie złożenia oferty. Spółka (...) we wskazanym postępowaniu odwoławczym domagała się m.in. nakazania zamawiającemu całkowitego wykreślenia z SIWZ zapisów dotyczących posiadania określonej ilości placówek. Izba oddalając odwołanie w części dotyczącej tego żądania wskazała, że zamawiający ma uzasadniony interes w sformułowaniu warunku odnoszącego się do liczby, rozmieszczenia, lokalizacji i sposobu funkcjonowania placówek- zamawiający wskazywał bowiem w tym zakresie, iż brak określonej liczby placówek nakłada na adresatów korespondencji nieuzasadnione obowiązki poniesienia znacznych kosztów dotarcia do oddalonych lokalizacji. Izba uwzględniając zasadność takiej argumentacji, wyjaśniła w uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia, że wymóg taki zawiera racjonalny warunek, aby wykonawca posiadał wystarczającą liczbę placówek w określonych lokalizacjach, gęstość rozmieszczenia oraz preferowany czas ich otwarcia, przy czym wymóg ten może być sformułowany w opisie przedmiotu zamówienia, bowiem zamawiający ma prawo wymagać, aby świadczona na jego rzecz usługa miała uzasadnione i pożądane cechy gwarantujące utrzymanie pożądanych przez niego standardów już na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić jednak należy, że Krajowa Izba Odwoławcza w przedmiotowym wyroku nie odniosła się do rozumienia pojęcia „posiadanie” placówek pocztowych, które jak już wyżej wyjaśniono, ma w ocenie Sądu Okręgowego zasadnicze znaczenie. Posiadanie, bowiem to nie tylko bieżące korzystanie z placówek pocztowych, lecz również możliwość ich wykorzystania. Taką zaś możliwość wykonawca (...) S.A. wykazał w sposób zgodny z wymaganiami SIWZ oraz przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, składając stosowne oświadczenie własne oraz spółki (...) sp. z o.o. Odnośnie zaś samych godzin otwarcia placówek, to tak jak wskazane zostało w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, zapisy postanowień SIWZ wyraźnie przewidywały, że placówki „będą” czynne w określone dni, a nie „są” czynne w momencie składania ofert, co jednoznacznie wskazuje, iż zapewnienie otwarcia placówek przez odpowiedni czas było wymagane dopiero z chwilą przystąpienia do świadczenia usług.

Na uwzględnienie nie zasługiwały także zarzuty skarżącego oparte na twierdzeniu, iż wykonawca (...) S.A. nie spełniał wymagań SIWZ w zakresie możliwości realizowania zamówienia w zakresie, w jakim ma ono polegać na doręczaniu przesyłek w obrocie zagranicznym, a złożone w tym przedmiocie oświadczenie wykonawcy jest niezgodne z rzeczywistymi możliwościami tego operatora.

W tym zakresie należy zaznaczyć, iż Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisko przedstawione przez Krajową Izbę Odwoławczą, której skarżąca we wniesionej skardze nie zdołała podważyć. W pierwszej kolejności koniecznym jest stwierdzenie, iż wbrew argumentacji Poczty Polskiej S.A., z powołanych przez nią w odwołaniu przepisów prawa, zarówno krajowego, jak i międzynarodowego, nie wynika, iż usługi w międzynarodowym obrocie pocztowym, w kształcie w jakim został narzucony wymaganiami zamawiającego, może realizować wyłącznie operator wyznaczony. Przepisy te niewątpliwie wskazują na szczególną pozycję wyznaczonego operatora pocztowego, na którym spoczywają obowiązki ustanowione w międzynarodowych przepisach pocztowych, wprost jednak nie wyłączają możliwości bezpośredniego działania w takim obrocie innych operatorów w wyniku zawarcia porozumień z operatorami wyznaczonymi z innych krajów, czego strona skarżąca nie dostrzegła. KIO zatem prawidłowo wskazała, że odwołująca nie wykazała, aby (...) S.A. nie mogło zrealizować usługi z zachowaniem wymogów SIWZ, w szczególności postanowieniem pkt 7 załącznika nr 5 do SIWZ, w którym sformułowano wymóg, aby jednostki sądownictwa i prokuratury wysyłały korespondencję tylko i wyłącznie we własnym imieniu i aby taka właściwa jednostka figurowała jako nadawca na przesyłce. Oczywiście na etapie przygotowania skargi Poczta Polska S.A. nie miała wiedzy odnośnie sposobu, w jaki wykonawca (...) S.A. przygotowując swoje ofertę zamierzał realizować zamówienie w zakresie usług w obrocie zagranicznym, zaś na chwilę obecną, w związku z wyborem oferty (...) S.A. oraz faktycznym jej realizowaniem jawną, jako informacja publiczna, stała informacja, iż usługi w tym zakresie wykonawca realizuje we współpracy z partnerem zagranicznym B.. Sądowi jest nadto z urzędu wiadomym, że przesyłki zagraniczne są realizowane z zachowaniem przytoczonego wyżej wymogu SIWZ w zakresie sposobu określania nadawcy na

doręczanych przesyłkach. Istotnie jednak również w toku postępowania o udzielanie zamówienia brak było podstaw do stwierdzenia przesłanek do wykluczenia wykonawcy (...) S.A. z przetargu czy też odrzucenia jego oferty. Krajowa Izba Odwoławcza trafnie wskazała, że zamawiający zażądał w odniesieniu do posiadania uprawnień do wykonywania działalności pocztowej na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej oraz zagranicą złożenia wraz z ofertą zaświadczenia o wpisie do rejestru operatorów pocztowych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, wydanego przez tego Prezesa, z którego miało wynikać, że obszar, na którym będzie wykonywana działalność pocztowa obejmuje obszar Rzeczypospolitej Polskiej oraz zagranicę (Rozdział IV pkt 3.1.2 SIWZ). Do złożonej oferty wykonawca (...) S.A. dołączył wydane przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej Zaświadczenie o wpisie do Rejestru operatorów pocztowych z dnia 4 lutego 2011 r., w którym jako obszar, na którym będzie wykonywana działalność pocztowa wskazano: „Rzeczpospolita Polska” oraz „zagranica”. Zostały zatem spełnione w tym zakresie wymagania SIWZ. Należy także odnotować, że (...) S.A. w złożonych w piśmie z dnia 20 listopada 2013 r. wyjaśnieniach oświadczył, co zostało następnie potwierdzone na rozprawie przed KIO, że usługi pocztowe w obrocie zagranicznym będzie świadczył na podstawie umowy o współpracy zawartej z operatorem wyznaczonym na terenie Unii Europejskiej, który jest członkiem Światowego Związku Pocztowego. W świetle tych wyjaśnień ani zamawiający, ani Krajowa Izba Odwoławcza nie miała podstaw do uznania, iż wykonawca ten nie posiada możliwości realizacji usługi w części dotyczącej obrotu zagranicznego. Skoro bowiem zgodnie z art. 14 pkt 2 ustawy Prawo pocztowe świadczenie usług odbywa się na podstawie umów o współpracę zawieranych pomiędzy operatorami pocztowymi, to wykonawca (...) S.A. mógł zawrzeć taką umowę w celu świadczenia usług pocztowych objętym przedmiotowym postępowaniem- obrocie zagranicznym z operatorem zagranicznym.

Ustosunkowania się Sądu Okręgowego wymaga także w tym miejscu twierdzenie strony skarżącej, iż fakt zawarcia przedmiotowego porozumienia w przedmiocie współpracy nie mógł zostać uznany ani przez zamawiającego ani przez KIO dla oceny spełnienia wymagań SIWZ przez (...) S.A., ponieważ wykonawca ten, wobec treści art. 26 ust. 2b ustawy P.p.z. był zobowiązany przedłożyć już na etapie składania ofert oświadczenie operatora pocztowego zagranicznego lub też stosowną umowę, którą (...) S.A. udowodniłoby, iż będzie dysponowała zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Takie stanowisko strony skarżącej opiera się jednak na błędnym przekonaniu, iż umowa zawartą przez (...) S.A. z B., w oparciu o którą stający do przetargu wykonawca chciał realizować usługi w części dotyczącej obrotu zagranicznego, stanowiła opisaną w dyspozycji art. 26 ust. 2b P.z.p. sytuację, w której wykonawca ma zamiar polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonywania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów. Przedmiotowa umowa została tymczasem przewidziana w art. 35 ustawy Prawo pocztowe, zgodnie z którym operator pocztowy, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, może po przyjęciu przesyłki pocztowej powierzyć dalsze wykonywanie usługi innemu operatorowi pocztowemu na podstawie umowy o współpracę zawieranej w formie pisemnej. Zawarcie tego typu umowy zmierza zatem do zapewnienia możliwości realizacji przez operatora pocztowego usługi pocztowej w prawnie dopuszczalnej w powszechnym obrocie pocztowym kooperacji z innym operatorem pocztowym, na co istotnie nie jest wymagana zgoda podmiotów zlecających taką usługę. Zawarcie takiej umowy różni się zatem od sytuacji polegania na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym innych podmiotów, podobnie zresztą jak sytuacja, w której operator wyznaczony realizowałby przesyłki zagranicznie we współpracy z operatorem wyznaczonym w innym kraju na zasadach określonych w przepisach regulujących międzynarodowy obrót pocztowy. Wobec tego brak było podstaw do twierdzenia, iż oświadczenie zagranicznego operatora publicznego winno być złożone wraz ofertą (...) S.A.

Strona skarżąca, w zakresie kwestii spełnienia wymogów SIWZ przez wykonawcę (...) S.A. w zakresie związanym z obrotem zagranicznym sformułowała zarzut, iż (...) S.A. nie legitymowała się wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem w świadczeniu usług w takim obrocie. Przedmiotowy zarzut został podniesiony dopiero w piśmie procesowym strony z dnia 16 czerwca 2014 r. złożonym na etapie postępowania sądowego i w szczególności nie był on przedmiotem ani odwołania rozpoznawanego przez KIO, ani skargi od wyroku Izby. Ponieważ zgodnie z treścią art. 198d P.z.p. w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami, Sąd Okręgowy nie mógł uwzględnić przedmiotu bez względu na jego ewentualną zasadność. Należy podkreślić, iż zakres kognicji sądu w sprawie ze skargi na orzeczenie KIO wyznaczają określone

w odwołaniu zarzuty dotyczące podjęcia lub zaniechania czynności zamawiającego w konkretnych i precyzyjnie określonych okolicznościach faktycznych.

W tej sytuacji tylko na marginesie Sąd Okręgowy odniesienie się do tego zarzutu, wskazując, że i tak nie mógłby on zostać uznany za zasadny. Zgodnie z treścią rozdziału IV pkt 2 SIWZ zamawiający w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wskazał, iż warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej dwie usługi polegające na świadczeniu usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym przez okres co najmniej 12 miesięcy każda, o wartości nie mniejszej niż: dla części 1- 1.000.000 zł brutto, dla części 2- 1.000.000 zł brutto. (...) S.A. złożyła wymagany wykaz usług, przy czym w wyjaśnieniach udzielonych na pytanie zamawiającego, w piśmie z dnia 20 października 2013 r. wskazała, że wykazane świadczenia obejmują zarówno usługi wykonywane w obrocie krajowym, jak i zagranicznym. Podkreślić należy, zamawiający w treści warunku nie domagał się posiadania doświadczenia w wykonywaniu usług w obrocie zagranicznym o określonej wartości, czy też ilości usług. Warunki SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy (...) S.A. zatem spełniała.

Analogiczne uwagi formalnoprawne można odnieść również do podniesionego dopiero w skardze na wyrok KIO zarzutu polegającego na zaniechaniu unieważnienia przez Izbę postępowania z uwagi na zachodzącą niezgodność postanowień zawartych w pkt 3 ppkt 6 lit. d rozdziału IV SIWZ, w zakresie w jakim zamawiający dopuszcza możliwość, aby placówki pocztowe wykonawcy nie musiały być otwarte w soboty, z jak się wydaje, wskazywanym przez stronę skarżącą prawem do sądu, które w określonych przez nią sytuacjach mogłoby zostać naruszone. Należy wyjaśnić, że wskazywane przez skarżącego wymaganie nie jest ani wprost niezgodne z żadnym przepisem bezwzględnie obowiązującego prawa, ani też - wbrew podniesionej argumentacji - nie można stwierdzić, przy uwzględnieniu całokształtu przepisów regulujących procedury sądowe, aby takie ukształtowanie zapisów SIWZ pozbawiało strony postępowania prawa do sądu, czy też je ograniczało. Strona nie zostanie pozbawiona dostępu do sądu nawet, gdyby doszło do opisywanych w skardze sytuacji tj. gdy koniec terminu na odebranie awizowanej przesyłki upłynie w sobotę, co istotnie już samo siebie ma wyjątkowy charakter (w 2014 r. takie sytuacje mogły hipotetycznie mieć miejsce dwa razy), zaś strona z powodu zamknięcia placówki pocztowej w tym dniu nie będzie mogła odebrać przesyłki (która następnie zostanie zwrócona do sądu). Po pierwsze, nic nie stoi na przeszkodzie, aby strona uzyskała w placówce pocztowej informację o nadawcy awizowanej przesyłki i następnie udała się do sądu lub prokuratury celem zapoznania się z treścią skierowanego do niej pisma. Po drugie, jeżeli rzeczywiście doszłoby w następstwie takiej sytuacji do uchybienia terminowi do dokonania określonej czynności procesowej, to istnieje możliwość skorzystania z instytucji przywrócenia terminu, którą ustawodawca przewidział w procedurach sądowych. Wskazane postanowienia SIWZ nie skutkują zatem pozbawieniem w sposób bezwzględny stron ich uprawnień procesowych. Nie zachodziły zatem podstawy do unieważnienia postępowania.

W ocenie Sądu Okręgowego na uwzględnienie nie zasługiwały także zarzuty dotyczące naruszenia przepisów postępowania.

I tak w pierwszej kolejności należy zauważyć, iż nie można skutecznie zarzucić KIO pominięcia przedstawionych przez stronę skarżącą dowodów w postaci oświadczeń wójtów gmin, dotyczących okoliczności braku istnienia na terenie tych gmin placówek operatorów pocztowych innych niż Poczta Polska S.A. (...) oświadczenia takie są jedynie oświadczeniami wiedzy osób, które co prawda pełniły funkcję organu wykonawczego gmin jednak nie stanowią one wydanego w trybie art. 217 § 1 K.p.a. zaświadczenia, gdyż nie potwierdzają one faktów lub stanu prawnego wynikających z prowadzonych przez gminę ewidencji, rejestrów lub innych danych znajdujących się w posiadaniu gminy (art. 218 § 1 K.p.a.)- gminy bowiem nie zbierają informacji o działających na ich terenie placówkach pocztowych w rozumieniu art. 3 pkt 15 Prawa pocztowego. W konsekwencji oświadczenia te nie mogą zostać uznane za sporządzone przez organy władzy publicznej w przepisanej formie w zakresie ich działania, lecz za dokumenty prywatne, które zgodnie z art. 245 K.p.c. stanowią jedynie dowód tego, iż osoba która je podpisała złożyła takie oświadczenie. Przede wszystkim, należy podkreślić, że dowód z ww. oświadczeń został przez Izbę dopuszczony, co wynika wprost z uzasadnienia wyroku z dnia 16 grudnia 2013r. Oświadczenia te nie podważają zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy oświadczenia (...) w zakresie posiadania sieci placówek wymaganej przez zamawiającego. Jak wskazano bowiem wyżej

pojęcie „posiadanie” rozumiane musi być również jako możliwość wykorzystania do wykonania świadczenia, a taką możliwość – na podstawie umowy z InPostem placówek pocztowych, w tym placówek agentów pocztowych, (...) posiadało na dzień złożenia oferty.

W tym miejscu Sąd Okręgowy pragnie wyjaśnić, iż oddaleniu podlegały także wnioski dowodowe zgłoszone przez stronę skarżącą w piśmie z dnia 16 czerwca 2014 r. dotyczące m.in. 13 analogicznych oświadczeń dotyczących braku funkcjonowania placówek pocztowych operatorów innych niż Poczta Polska S.A. złożonych stan istniejący w pierwszych dniach stycznia 2014 r. oraz innych materiałów (np. pism sądów i prokuratur), które mają potwierdzać nieprawidłowości w wykonywaniu przez (...) S.A. będącej przedmiotem zamówienia usługi. Okoliczności, na które zgłoszone zostały przedmiotowe dowody dotyczą sposobu wykonywania przez spółkę, której oferta została wybrana, zawartej z zamawiającym umowy. Tym samym nie dotyczy one kwestii mających znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, której ramy zamykają się w zbadaniu prawidłowości będących przedmiotem zaskarżenia czynności zamawiającego podjętych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku nienależytego wykonywania przez (...) S.A. zawartej z zamawiającym umowy, zamawiającemu przysługują środki prawne, które umożliwią ochronę jego uzasadnionych interesów. Decyzja w tym przedmiocie pozostaje jednak w gestii zamawiającego. Odnośnie dowodów z informacji prasowej dot. umowy między (...) a (...) oraz z raportu bieżącego spółki (...), które świadczyć miały o zawarciu umów o współpracy z (...) dopiero w drugiej połowie grudnia 2013r., to dowody te w żaden sposób nie podważają prawdziwości dołączonego do oferty oświadczenia InPostu o oddaniu do dyspozycji (...) posiadanych zasobów. Po pierwsze, na podstawie ww. dowodów nie jest możliwe ustalenie treści podpisanych umów, a po drugie, zawierane umowy mogły konkretyzować wcześniej zawarte porozumienia. Wyjaśnienia wreszcie wymaga, iż w toku prowadzonego postępowania przed tut. Sądem dezaktualizacji uległy zarzuty dotyczące nieuzasadnionej zdaniem skarżącej odmowy udostępnienia jej całości oferty złożonej przez (...) S.A. oraz dokumentów przedstawionych przez tego wykonawcę na etapie postępowania odwoławczego wobec uznania, iż utajnione dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wynika to z tej okoliczności, iż strona skarżąca po wpłynięciu do Sądu akt postępowania prowadzonego przed Krajową Izbą Odwoławczą, które zostały włączone do akt postępowania sądowego, zapoznała się z całością dokumentacji, w tym dokumentami wcześniej dla niej niedostępnymi, po czym wniosła pismo procesowe, w którym sformułowała dodatkowe zarzuty. W tym stanie rzeczy stwierdzić należy, że niezależnie od kwestii zasadności odmowy udostępnienia Poczcie Polskiej S.A. niektórych z dokumentów złożonych przez (...) S.A., okoliczność ta ostatecznie nie pozbawiła praw skarżącej spółki, albowiem Sąd Okręgowy nie pominął zarzutów, które mogły być podniesione przez skarżącą dopiero po zapoznaniu się z przedmiotowymi dokumentami (zarzuty sformułowane w piśmie z dnia 16.06.2014r.) i z tej przyczyny nie były podniesione na etapie postępowania odwoławczego przed KIO.

Wreszcie należy wyjaśnić, iż pozbawionych podstaw okazał się zarzut dotyczący sporządzenia uzasadnienia zaskarżonego wyroku KIO w sposób, który miał jak argumentowała strona skarżąca uniemożliwić zapoznanie się z rzeczywistymi motywami rozstrzygnięcia Izby. KIO w uzasadnieniu przedstawionego wyroku odniosła się do wszystkich z podniesionych zarzutów, precyzując istotę rozstrzyganych kwestii. Okoliczność, iż zdaniem skarżącej było to niewystarczające uzasadnienie oddalenia odwołania sama z siebie nie świadczy błędnym sporządzeniu uzasadnienia, lecz przede wszystkim o rozbieżnościach w ocenie poszczególnych kwestii przez Izbę i stronę skarżącą.

Podsumowując powyżej przedstawione rozważania należy stwierdzić, iż nie było podstaw do odrzucenia przez zamawiającego oferty (...) S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (w tym w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 P.z.p. w zw. z art. 26 ust. 2b P.z.p.) ani na podstawie art. Art. 89 ust. 1 pkt 8 P.z.p. (...) S.A. złożyła oświadczenie, że posiada odpowiednią ilość placówek pocztowych- w rozumieniu możliwości ich wykorzystania, i brak było przesłanek do przyjęcia, że oświadczenie to nie było zgodne z prawdą. Wykazanie posiadania nastąpiło w sposób zgodny z wymaganiami SIWZ poprzez złożenie oświadczenia wykonawcy oraz przedłożenie oświadczenia spółki (...) sp. z o.o. Nie można zatem przyjąć, iż oferta (...) S.A. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający zaś prowadził postępowanie z zachowaniem zasady z art. 7 ust. 1 P.z.p., tj. przy zachowaniu zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy oddalił wniesioną skargę jako bezzasadną, działając na podstawie art. 198f ust. 2 zd. 1 P.z.p.

O kosztach postępowania sądowego Sąd Okręgowy rozstrzygnął na podstawie art. 198f ust. 5 P.z.p., zgodnie z którym strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku, zaś sąd określając wysokość kosztów ma również uwzględnić koszty poniesione przez strony w związku z odwołaniem. Ponieważ w niniejszym postępowaniu nie została uwzględniona skarga Poczty Polskiej S.A. skierowanej przeciwko zamawiającemu Skarbowi Państwa- Sądowi Apelacyjnemu w Krakowie oraz Prokuraturze Generalnej w Warszawie, należało od wskazanej spółki zasądzić na rzecz przeciwnika skargi kwotę 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania sądowego, stanowiącą równowartość wynagrodzenia pełnomocnika będącego radcą prawnym, ustalonego w stawce minimalnej na podstawie § 12 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 490).