

Sygn. akt: KIO 2748/14

## POSTANOWIENIE

z dnia 16 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach**

**Justyna Tomkowska**

**Renata Tubisz**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 16 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2014 r. przez wykonawcę: **Pocztę Polską Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy – **InPost Spółki Akcyjnej z siedzibą w Krakowie, ul. Malborska 130, 30-624 Kraków, (dawniej InPost Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie),** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**postanawia:**

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Pocztę Polską Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie**, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)**, uiszczoną przez wykonawcę: **Pocztę Polską Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Centrum Usług Wspólnych [zwane dalej: „Zamawiającym”], prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla Jednostek Administracji Państwowej, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 października 2014 roku pod numerem 2014/S 198-349989.

Wartość zamówienia jest większa od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w dniu 11 grudnia 2014 roku.

W dniu 22 grudnia 2014 roku wykonawca – Poczta Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie [zwany dalej „Odwołującym”] - wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy InPost Sp. z o. o., zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz wykluczenia go z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty InPost, w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty InPost, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

3. art. 387 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty In Post, w sytuacji, gdy realizacja zamówienia w oparciu o ofertę In Post jest niemożliwa;

4. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie wykluczenia wykonawcy InPost z postępowania, w sytuacji, gdy nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w postaci placówek pocztowych;

5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców;

oraz z ostrożności:

6. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania InPost do uzupełnienia wykazu placówek pomimo, że InPost nie wykazał spełnienia warunku postawionego przez Zamawiającego.

W dniu 23 grudnia 2014 roku wykonawca InPost Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie (obecnie: InPost Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie), zwany dalej: „Przystępującym”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Z informacji z KRS złożonej przez Przystępującego w trakcie posiedzenia w dniu 16 stycznia 2014 roku wynika, że InPost Sp. z o. o. uległa przekształceniu w spółkę akcyjną – obecnie InPost Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie i z dniem 29 grudnia 2014 roku została wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania. Jednocześnie podniósł, że niemalże wszystkie zarzuty, poza zarzutem dotyczącym opłaty za zwrot przesyłki, zostały wniesione po upływie terminu lub też dotyczą tych samych okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę. W dniu 15 stycznia 2015 roku do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Przystępującego, w którym przedstawił on obszerną argumentację na poparcie swojego stanowiska. W trakcie posiedzenia w dniu 16 stycznia 2015 roku Przystępujący zmodyfikował swoje stanowisko i wnosił o odrzucenie odwołania w całości.

W dniu 15 stycznia 2015 roku do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła ponadto odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której wnosił on o odrzucenie odwołania w całości, przedstawiając szeroką argumentację na poparcie swojego wniosku. Zamawiający sformułował też wniosek alternatywny o oddalenie odwołania w całości na wypadek nie podzielenia jego argumentacji przez Izbę co do odrzucenia odwołania w całości.

**Po przeprowadzeniu posiedzenia z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz Uczestnika postępowania, złożonych na posiedzeniu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego, tj. InPost Spółkę Akcyjną z siedzibą w Krakowie (dawniej: „InPost Sp. z o. o.”).

*Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Zamawiający w dniu 23 grudnia 2014 roku przekazał Przystępującemu informację o wniesieniu odwołania oraz wezwał go do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W dniu 23 grudnia 2014 roku Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zostało doręczone pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego od wykonawcy InPost Sp. z o. o. (obecnie: „InPost S.A.”), przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej Strony, jak również załączył on potwierdzenie przesłania Stronom kopii przystąpienia. Na posiedzeniu Strony potwierdziły otrzymanie kopii zgłoszenia przystąpienia.

Wobec powyższego Izba uznała, że zostały spełnione przesłanki wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do kwestii przesłanek odrzucenia odwołania określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiących jednocześnie negatywne przesłanki procesowe, uniemożliwiające rozpoznanie odwołania co do meritum, Izba uznała, że odwołanie wniesione przez Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie podlega odrzuceniu.

Przede wszystkim należy zauważyć, że kwestionowana przez Odwołującego czynność wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, zaniechania odrzucenia tej oferty oraz zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania z dnia 11 grudnia

2014 r. została dokonana w następstwie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 grudnia 2014 roku wydanego w sprawie KIO 2498/14. Wyrokiem tym Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., a dotyczący zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa – formularza cenowego – tj. załącznika nr 1a do SIWZ, a w konsekwencji uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ramach której nakazała Zamawiającemu ponowne zweryfikowanie prawidłowości czynności badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy InPost Sp. z o. o. w części dotyczącej Formularza cenowego – zał. nr 1a do SIWZ i uznała, że wykonawca nie miał podstaw do dokonania takiego zastrzeżenia w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Wyrok ten dotyczył odwołania wniesionego w związku z dokonaniem przez Zamawiającego w dniu 18 listopada 2014 roku wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej oraz podjętej przez Zamawiającego dzień wcześniej decyzji o odmowie ujawnienia części oferty Przystępującego (odwołanie z dnia 27 listopada 2014 roku).

Jak słusznie wskazał Zamawiający zarzuty odwołania można podzielić na zarzuty odnoszące się do formularza cenowego, tj. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zarzut naruszenia art. 387 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, art. 139 ust. 1 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz zarzuty odnoszące się do braku potwierdzenia spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym, tj. zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz zarzut ewentualny naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponadto, Odwołujący sformułował zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców, ale nie uzasadnił go w żaden sposób.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Izba nie miała jakichkolwiek wątpliwości, co do tego, że zarzuty sformułowane przez Odwołującego, nie związane z czynnością odtajnienia formularza cenowego podlegają odrzuceniu.

Za spóźnione i podlegające odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba uznała zarzuty wskazane w pkt 1, 2, 3 odwołania, tj. zarzut naruszenia:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty InPost, w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty InPost, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- art. 387 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, art. 139 ust. 1 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty InPost, w sytuacji, gdy realizacja zamówienia w oparciu o ofertę InPost jest niemożliwa.

Przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp *odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.*

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty InPost, w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Odwołujący podnosił, że Przystępujący nieprawidłowo wycenił pozycję w formularzu cenowym dotyczącą opłaty za zwrot przesyłki terminowej.

Stwierdzić należy, że właśnie powyższy zarzut w zakresie w jakim odnosił się do kwestionowania kwoty, stanowiącej opłatę za zwrot tzw. przesyłek terminowych, budził największe wątpliwości co do oceny czy zarzut ten jest spóźniony, a w konsekwencji czy podlega odrzuceniu.

Nie ulega wątpliwości, że dopiero w związku z odtajnieniem formularza cenowego Przystępującego, na mocy wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 grudnia 2014 roku, wydanego w sprawie KIO 2498/14, Odwołujący powziął informację co do kwot ujętych w poszczególnych pozycjach formularza cenowego. Pozycji tych było 257 i w istocie, żeby móc postawić zarzuty co do konkretnych pozycji, co do zasady trzeba było mieć wiedzę dotyczącą wartości wskazanych w poszczególnych pozycjach. Na skutek wydanego wyroku,

o którym mowa powyżej, Zamawiający w dniu 11 grudnia 2014 roku unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 18 listopada 2014 roku, dokonał ponownego badania i oceny ofert, w wyniku którego podtrzymał decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Przystępującego.

Po zapoznaniu się z argumentacją przedstawioną przez Zamawiającego i Przystępującego, Izba uznała, że zarzut związany z odtajnieniem formularza cenowego w takiej postaci w jaki został postawiony i uzasadniony w treści odwołania, mógł być podniesiony już na wcześniejszym etapie postępowania, tj. w związku z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 18 listopada 2014 roku, zakwestionowanym następnie przez Odwołującego odwołaniem wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 2498/14.

Otóż, Odwołujący, uzasadniając powyższy zarzut, wskazywał, że z odtajnionego formularza cenowego, wynika, że w zakresie opłaty za zwrot przesyłki terminowej do nadawcy, tj. do poszczególnych Jednostek, nie zostaną spełnione wymagania postawione przez Zamawiającego, gdyż opłata za zwrot przesyłki (tzw. przesyłki terminowej), którą wskazał w swojej ofercie Przystępujący wynosi 0,01 zł, natomiast poszczególne Jednostki będą zobowiązane do uiszczenia opłaty w przypadku doręczenia zwrotu przesyłki przez Poczta Polską, w formie gotówki, w kwocie wynikającej z cennika operatora wyznaczonego, która, jak wskazał Odwołujący, jest wyższa niż 0,01 zł i wynosi 2,3 zł.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podał schemat ustalenia opłaty dla przypadku zwrotu przesyłki nadanej u operatora wyznaczonego z potwierdzeniem odbioru o wadze 50 gram, tj. ZWROT: 4,2 (opłata za zwrot) – 1,9 (opłata za zwrot niewykonanej usługi) = 2,30 (kwota do pobrania od Nadawcy). Odwołujący wskazał przy tym, że *„InPost mógł złożyć ofertę, która w sposób prawidłowy uwzględniałaby rozliczenia za zwroty przesyłek realizowanych przez Poczta Polską i nie podlegałyby na tej podstawie odrzuceniu. Zarzut Poczty Polskiej oparty jest na bardzo prostym uchybieniu - cena za zwrot w ofercie InPost nie zawiera w sobie opłaty, którą musi ponieść Zamawiający (płacąc bezpośrednio za zwroty takich przesyłek Poczcie Polskiej) - a przecież powinna, bo stanowi podstawę do rozliczeń, co automatycznie generuje niedopuszczalną konieczność zapłaty dodatkowego wynagrodzenia ponad wynagrodzenie umowne. Oferta InPost za zwroty przesyłek przewiduje stawkę jednostkową 0,01 zł, z czego bezsprzecznie wynika, że nie uwzględnia ona opłaty, którą Zamawiający będzie musiał ponieść z tytułu zwrotu przesyłek. Wziąwszy pod uwagę uwarunkowania prawne i faktyczne, w których została złożona zaskarżona oferta - w sposób oczywisty, gdyby tylko InPost wskazał stawkę 2,30 lub wyższą nie byłoby podstaw do stawiania takiego zarzutu”*.

Zatem, sam Odwołujący wskazuje, że jego zarzut jest oparty na bardzo prostym uchybieniu, tj. że cena za zwrot nie uwzględnia opłaty jaką poniesie Zamawiający w przypadku zwrotów tzw. przesyłek terminowych, która zresztą wynika z cennika Odwołującego oraz, że gdyby w ofercie została wskazana w tym zakresie co najmniej stawka 2,3 zł, to wówczas nie byłoby podstaw do stawiania tego zarzutu.

Co do formularza cenowego w zakresie ceny za zwrot przesyłek Odwołujący odnosi cenę jednostkową do własnego cennika, stwierdzając, iż tzw. przesyłki terminowe będą nadawane i zwracane właśnie za pośrednictwem Odwołującego, jako operatora wyznaczonego, i w jego ocenie stawka 2,3 za zwrot przesyłek terminowych jest stawką minimalną. Jego zdaniem zaoferowanie niższej ceny jednostkowej jest niezgodne z SIWZ, gdyż nie uwzględnia wszystkich kosztów koniecznych do realizacji zamówienia, a Zamawiający będzie zmuszony do poniesienia dodatkowych opłat na rzecz operatora wyznaczonego.

Tak ujęta i przedstawiona argumentacja oznacza, że Odwołujący miał podstawy do sformułowania takiego zarzutu już w związku z pierwszym dokonaniem wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, tj. w związku z czynnością Zamawiającego z dnia 18 listopada 2014 roku. Owszem, przyznać należy, że poszczególne ceny jednostkowe zaoferowane przez Przystępującego nie były znane Odwołującemu z uwagi na fakt odmowy ujawnienia na poprzednim etapie postępowania formularza cenowego, jednakże Odwołujący stawiając w odwołaniu z dnia 27 listopada 2014 roku zarzut zaniechania odtajnienia oferty Przystępującego, także w odniesieniu do formularza cenowego, był w stanie postawić jednocześnie zarzut dotyczący sposobu obliczenia ceny jednostkowej przez Przystępującego za zwrot przesyłek. Nie mógł owszem wiedzieć z całą pewnością, czy Przystępujący zaoferował cenę poniżej czy powyżej 2,3 zł za zwroty przesyłek, bowiem dowiedział się o tym dopiero na skutek ujawnienia formularza cenowego. Jednakże, zważyć należy, że w praktyce często oprócz zarzutu dotyczącego bezpodstawnej odmowy odtajnienia dokumentu załączonego do oferty są formułowane zarzuty merytoryczne dotyczące tego utajnionego dokumentu.

Dostrzeżenia wymaga, iż Przystępujący na posiedzeniu przed Izłą podkreślał kilkakrotnie, że stawka 0,01 zł za zwrot przesyłek, którą zaoferował Przystępujący była już kwestionowana przez Odwołującego w innej sprawie, tj. w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 2160/14 (wyrok z dnia 31 października 2014 roku), toczącym się na skutek odwołania Poczty Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie, wniesionego w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego z siedzibą w Warszawie. Jak wynika z treści uzasadnienia ww. wyroku,

Odwołujący w tej sprawie postawił zarzut dotyczący zwrotu przesyłek *jako niezapewnienie przez InPost realizacji obowiązku zwrotu do Zamawiającego przesyłek {nadawanych w imieniu i na rzecz Zamawiającego u operatora wyznaczonego}* w przypadku ich niedostarczenia adresatowi, gdyż w ofercie InPost {wskazującej za zwrot przesyłek stawkę 0,01 zł} nie uwzględniono opłaty w wysokości 2,30 zł, którą od Zamawiającego każdorazowo w takim przypadku pobierze Poczta Polska jako operator wyznaczony, co miałyby oznaczać, że oferta ta nie zawiera wszystkich kosztów realizacji zamówienia i jest sprzeczna z treścią SIWZ [strona 33-34 wyroku, o którym mowa powyżej].

Zatem, Odwołujący miał co najmniej uzasadnione przypuszczenia, aby zakładać, że zaoferowana przez Przystępującego cena za zwrot przesyłek, będzie kształtować się na poziomie 0,01 zł.

Powoływana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zasada koncentracji środków ochrony prawnej, wyraża się w dążeniu, aby już w terminie licznym od daty dokonania pierwszej oceny i pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, były podnoszone wszystkie możliwe zarzuty [por. wyrok z dnia 17 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1333/13].

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zarzut odnoszący się do odtajnionego formularza cenowego w taki sposób w jaki został on sformułowany i uzasadniony w odwołaniu będącym przedmiotem rozpoznania przez Izbę winien zostać wniesiony w terminie licznym od daty dokonania pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. w terminie licznym od dnia 18 listopada 2014 roku.

Dodatkowo Izba zauważa, że nie kwestionuje w ogóle możliwości postawienia zarzutów w przedmiotowej sprawie co do odtajnionego formularza cenowego w terminie licznym od daty ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty. W ocenie Izby, w przypadku, gdyby zostały postawione zarzuty np. w zakresie błędów rachunkowych, niekompletności formularza, itp., które trudne lub wręcz niemożliwe byłyby do przewidzenia i skonkretyzowania, to wówczas, dopiero od daty odtajnienia formularza cenowego i dokonania ponownej oceny ofert liczony byłby termin na wniesienie odwołania w zakresie tak postawionych zarzutów.

Nie bez znaczenia pozostaje dla oceny tego zarzutu również fakt, że w sprawie KIO 2498/14 Odwołujący postawił zarzut co do zaniechania odtajnienia wykazu placówek i jednocześnie stawiał zarzuty merytoryczne odnoszące się do tego wykazu.

Otóż, sam Odwołujący w odwołaniu z dnia 27 listopada 2014 roku, podnosząc zarzut co do bezzasadnej odmowy odtajnienia oferty wykonawcy InPost Sp. z o. o. w odniesieniu

do wykazu placówek, dodatkowo jeszcze sformułował zarzuty dotyczące merytorycznej zawartości tego dokumentu, która nie została mu w ogóle ujawniona, nawet w części. Wówczas, w zakresie odnoszącym się do wykazu placówek pocztowych, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu: naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez brak wykluczenia z przetargu wykonawcy InPost sp. z o.o., pomimo że złożył on nieprawdziwe oświadczenie celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez brak wykluczenia z przetargu wykonawcy InPost sp. z o.o. pomimo, iż nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazywał, że przeprowadzona przez niego analiza sieci placówek InPost dowodzi, że wykonawca ten nie dysponuje wymaganą przez Zamawiającego siecią placówek i wskazał na konkretne gminy, w których jego zdaniem Przystępujący nie dysponował odpowiednim zapleczem. Również w odwołaniu, stanowiącym przedmiot niniejszego postępowania odwoławczego, Odwołujący wskazał, że z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy wykazu placówek załączonego do oferty InPost oraz uzupełnienia wykazu został pozbawiony możliwości weryfikacji tych dokumentów pod kątem zgodności ze stanem faktycznym, jednak dodał, że przeprowadził sam z siebie wizje lokalne wybranych losowo miejscowości i na tej podstawie postawił po raz kolejny zarzut nie spełniania przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym dysponowania placówkami. Choć w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykaz placówek miał być przygotowany i skonstruowany na potrzeby tego Zamawiającego, Odwołujący na podstawie powszechnie dostępnych informacji sformułował zarzuty w stosunku do konkretnych jednostek, nie mając nawet pewności, że jednostki te wyznaczone zostały do obsługi zamówienia. Podobną metodę analizy można zastosować także w stosunku do treści formularza cenowego. Jeżeli Odwołujący wiedział, że cena za zwrot przesyłek powinna wynosić co najmniej 2,30 zł, a wcześniej zdarzało się, że Przystępujący wyceniał daną usługę poniżej tej kwoty, to biorąc pod uwagę okoliczność, że cena oferty Przystępującego była niższa od ceny oferty Odwołującego, można było założyć, że podobnie jest w tym postępowaniu.

Wprawdzie Odwołujący na posiedzeniu wskazywał, że informacje, które powziął w trakcie postępowania w związku z pytaniami i odpowiedziami udzielanymi w toku postępowania, dały mu możliwość kwestionowania wykazu placówek oraz, że w zakresie formularza cenowego nie posiadał stosownej wiedzy. Niemniej jednak, w zakresie kwestionowania formularza cenowego i ceny jednostkowej za zwrot przesyłek, można stwierdzić, że mamy do czynienia z sytuacją analogiczną, gdyż pomimo braku wiedzy co do zawartości merytorycznej obu dokumentów, możliwe były do postawienia zarzuty nie tylko co do ich bezzasadnego utajnienia, ale i co do ich treści. Jeżeli Odwołujący

już wcześniej posiadał wiedzę, że Przystępujący nieprawidłowo dokonywał kalkulacji ceny poszczególnych pozycji w formularzu cenowym, winien był co najmniej powyższe założyć również w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto, Odwołujący kwestionował sposób realizacji przedmiotu zamówienia przez Przystępującego wskazując, że w zakresie dotyczącym nadawania przesyłek w postępowaniu cywilnym czy administracyjnym, gdzie nadanie przesyłki u operatora pocztowego ma skutkować zachowaniem terminu, InPost Sp. z o. o. zaoferowała usługę pośrednictwa w świadczeniu usługi pocztowej, a nie usługę pocztową. Zdaniem Odwołującego, realizacja zamówienia na podstawie oferty Przystępującego, oznaczałaby, że operator wyznaczony świadczyłby w całości usługę pocztową, a Przystępujący byłby wyłącznie pośrednikiem w dostarczeniu przesyłek do placówek pocztowych operatora wyznaczonego. Zarzut dotyczący sposobu realizacji zamówienia Izba także uznała za spóźniony. Izba podziela w tym zakresie argumentację Zamawiającego, iż już w dacie publikacji ogłoszenia o zamówieniu, tj. w dniu 15 października 2014 roku oraz publikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Odwołujący mógł powziąć informacje co do postanowień regulujących sposób realizacji zamówienia, w tym w zakresie dopuszczenia możliwości, aby wybrany wykonawca mógł powierzyć operatorowi wyznaczonemu wykonanie części zamówienia (w zakresie tzw. przesyłek terminowych). Natomiast sposób w jaki Przystępujący zamierzał realizować zamówienie, również poprzez powierzenie operatorowi wyznaczonemu realizacji części zamówienia, wynikał z oferty złożonej przez Przystępującego, która została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w pierwszym wyborze, w dniu 18 listopada 2014 roku. Od tej daty, co sposobu realizacji przedmiotu zamówienia przez Przystępującego, nie pojawiły się żadne nowe okoliczności, które uzasadniałyby podniesienie tego zarzutu dopiero na etapie niniejszego postępowania odwoławczego. Mając powyższe na uwadze w tym zakresie jest to zarzut spóźniony.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty InPost, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, wskazanego w pkt 2 odwołania, stwierdzić należy, że został on sformułowany w sposób bardzo ogólny. Odwołujący podniósł, że postępowanie InPost jest czynem nieuczciwej konkurencji, ponieważ jest sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz narusza interesy innych wykonawców, jak i samego Zamawiającego. Odwołujący dodatkowo wskazał, że działanie InPost stanowiło naruszenie przepisów prawa, a także dobrych obyczajów, z uwagi na to, że było nakierowane na uzyskanie zamówienia pomimo niespełniania wymagań

Zamawiającego. Poza tym Odwołujący odniósł się do interpretacji pojęcia „dobre obyczaje”. Odwołujący przy tym powołał się jedynie na przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdzie zawarta jest ogólna definicja czynu nieuczciwej konkurencji. Nie sprecyzował jakie konkretne okoliczności faktyczne mają stanowić o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji, poza ogólnym stwierdzeniem, że działanie InPost zmierza do wykazania spełniania wymagań Zamawiającego wbrew stanowi rzeczywiście. Nie wskazał jakie przepisy prawa, ani jakie dobre obyczaje (wzorce postępowania) zostały przez działania Przystępującego naruszone. Abstrahując od kwestii oceny tego czy zarzut ten został postawiony w sposób prawidłowy, stwierdzić należy, że tak sformułowany zarzut mógł zostać postawiony już w uprzednim odwołaniu, które Odwołujący wniósł w dniu 27 listopada 2014 roku. Odwołujący nie wykazał, że zaistniały nowe okoliczności, które uzasadniałyby rozstrzygnięcie tego zarzutu w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Wobec powyższego, należy uznać powyższy zarzut za spóźniony i podlegający odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Z kolei zarzut naruszenia art. 387 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, art. 139 ust. 1 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty InPost, w sytuacji, gdy realizacja zamówienia w oparciu o ofertę InPost jest niemożliwa, który został wskazany w pkt 3 odwołania, jak słusznie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, nie jest odrębnie uzasadniony. Jedynie można się domyślać, że zarzut ten został sformułowany w związku z zarzutem nieprawidłowego dokonania wyceny pozycji w zakresie zwrotów przesyłek rejestrowych. W ocenie Izby zarzut ten należy uznać za spóźniony, z uwagi na okoliczności, które były wskazywane powyżej. Po pierwsze brak jest szczegółowego uzasadnienia tego zarzutu, co nie daje podstaw do uznania, że zaistniały nowe okoliczności, które uzasadniałyby jego podniesienie w związku z dokonaniem ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Po drugie, gdyby nawet jednak uznać, że zarzut ten odnosi się do twierdzeń, iż realizacja zamówienia na podstawie oferty Przystępującego jest niemożliwa, w oparciu o zarzut odnoszący się do ceny jednostkowej za zwrot przesyłek, to i tak należałoby uznać, że zarzut ten mógł być postawiony po dokonaniu pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, bez konieczności oczekiwania na rozstrzygnięcie Izby w zakresie odtajnienia formularza cenowego, z uwagi na argumentację zaprezentowaną powyżej co do zarzutu związanego ze wskazaniem konkretnej ceny za zwrot przesyłek, tj. ceny 0,01 zł.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stwierdzić należy, że Odwołujący nie wskazał jakichkolwiek okoliczności faktycznych, które stanowiłyby uzasadnienie tego zarzutu. Co więcej, oprócz wskazania na stronie 2 odwołania zarzutu

naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców, w samym uzasadnieniu odwołania Odwołujący nie podał dodatkowego uzasadnienia zarzutu tego naruszenia, a które w jego ocenie wystąpiło w przedmiotowym postępowaniu. Można byłoby zatem stwierdzić, że ten zarzut nie został w ogóle postawiony. Konstrukcja zarzutu musi bowiem uwzględniać zarówno podstawę prawną, jak i faktyczną. Brak jednej z nich wskazuje w istocie na brak zarzutu. Zgodnie zaś z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*. A nawet, gdyby uznać, że jednak Odwołujący zawarł w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, to sposób jego sformułowania, wskazuje na to, że nie pojawiły się żadne nowe okoliczności faktyczne, które uprawniałyby Odwołującego do stawiania tego zarzutu na obecnym etapie postępowania. Zatem odwołanie w tym zakresie winno być wniesione w terminie 10 dni liczonym od dnia zawiadomienia o pierwotnym wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. od dnia 18 listopada 2014 roku. Wprawdzie w odwołaniu z dnia 27 listopada 2014 roku Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże wówczas zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp został postawiony w kontekście dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w warunkach niezapewniających zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w sytuacji, gdy oferta jednego z wykonawców nie została ujawniona w odniesieniu do wykazania warunków udziału w postępowaniu, kryterium oceny ofert, a także w części nieujawnionej zawierała błędy, które wpływały na cenę końcową, przy czym pozostali wykonawcy nie mieli możliwości zapoznania się z istotnymi postanowieniami oferty. W związku z powyższym nie można uznać za tożsamy zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 zawarty w odwołaniu z dnia 27 listopada 2014 roku z zarzutem naruszenia tego przepisu podniesionym w odwołaniu z dnia 22 grudnia 2014 roku, które stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie.

Natomiast, zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania w sytuacji, gdy nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w postaci placówek pocztowych (zarzut wskazany w pkt 4 odwołania) i podniesiony z ostrożności zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia tego wykazu (zarzut wskazany w pkt 6) były już przedmiotem rozpoznania w sprawie KIO 2498/14. Oznacza to, że podlegają one odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego Odwołującego się*.

Mianowicie, w odwołaniu z dnia 27 listopada 2014 roku wniesionym w sprawie KIO 2498/14 Odwołujący – Poczta Polska S.A. - zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez brak wykluczenia z przetargu wykonawcy InPost Sp. z o.o. pomimo, iż nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz z ostrożności procesowej zarzucił również naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania InPost Sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu placówek pomimo, że InPost Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku postawionego przez Zamawiającego. Z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 grudnia 2014 roku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 2498/14, wynika, że zarzuty te nie zostały przez Izbę uwzględnione.

Zarzuty, o których mowa powyżej, oraz ich uzasadnienie są tożsame z zarzutami podnoszonymi w niniejszej sprawie, tj.:

- zarzutem wskazanym w pkt 4 odwołania - zarzutem naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie wykluczenia wykonawcy InPost z postępowania, w sytuacji, gdy nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w postaci placówek pocztowych

oraz podnoszonym z ostrożności:

- zarzutem wskazanym w pkt 6 odwołania – zarzutem naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania InPost do uzupełnienia wykazu placówek, pomimo, że InPost nie wykazał spełnienia warunku postawionego przez Zamawiającego.

Zarzuty wskazane w pkt 4 i 6 odwołania odnoszą się do tych samych okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia Izby, tj. wyroku w sprawie KIO 2498/14 z dnia 11 grudnia 2014 roku – i w tym zakresie powstał stan powagi rzeczy osądzonej. Jak słusznie zauważył Przystępujący w piśmie z dnia 23 grudnia 2014 roku, w toku ponownego badania i oceny ofert nie pojawiły się żadne nowe okoliczności, które uzasadniałyby podniesienie tych zarzutów przez Odwołującego w odwołaniu z dnia 22 grudnia 2014 roku.

Skoro więc zarzuty podnoszone przez Odwołującego w pkt 4 i 6 odwołania, a dotyczące warunku udziału w postępowaniu, sformułowanego przez Zamawiającego w Rozdziale IV Podrozdział I pkt 1 ppkt 2 lit. c) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia co do dysponowania odpowiednim zapleczem organizacyjno-technicznym w postaci sieci placówek pocztowych, stanowiły już przedmiot rozstrzygnięcia Izby w sprawie KIO 2498/14,

to zarzuty te podlegają odrzuceniu na podstawie powołanego powyżej przepisu art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. a) oraz § 5 ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....