



Warszawa, dnia 6 lutego 2015 r.

**PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

UZP/DP/027/22/15/IK KW-1070/15

KW- /15

**Sąd Okręgowy w Warszawie
V Wydział Cywilny – Odwoławczy
ul. Płocka 9, 01-231 Warszawa**

za pośrednictwem:

**Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02 – 676 Warszawa**

**Skarżący: Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
Urząd Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17A, 02 – 676 Warszawa**

**Strona przeciwna skargi: 1. Zamawiający:
Centrum Usług Wspólnych
ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa
reprezentowany przez pełnomocników:
radcę prawnego [REDACTED]**

**2. Odwołujący:
Poczta Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w
Warszawie
ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa
reprezentowany przez pełnomocników:
adwokata [REDACTED]**

radcę prawnego [REDACTED]
[REDACTED]

**3. Przystępujący do postępowania
odwoławczego po stronie Zamawiającego:**

InPost spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie
ul. Malborska 130, 30-624 Kraków

reprezentowany przez pełnomocników:

radcę prawnego [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

sygn. akt KIO 2748/14

**SKARGA PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2015 r.
(sygn. akt: KIO 2748/14)**

Na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” – oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp **zaskarżam w całości** postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2015 r., wydane w sprawie oznaczonej sygnaturą akt: KIO 2748/14.

Zaskarżonemu postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej **zarzucam** naruszenie następujących przepisów:

1. art. 189 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie, podczas, gdy brak było ku temu podstaw, bowiem odwołanie wniesione zostało z zachowaniem 10-dniowego terminu, liczonym od dnia przesłania Odwołującemu przez Zamawiającego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej;

2. art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu przez Izbę, że zarzuty merytoryczne dotyczące treści i związane z treścią odtajnionego formularza cenowego mogły być podniesione już na wcześniejszym etapie postępowania, tj. w związku z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 18 listopada 2014 r., zakwestionowanym następnie przez Odwołującego odwołaniem wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 2498/14, podczas, gdy w dacie wnoszenia ww. odwołania Odwołujący nie miał żadnej wiedzy odnośnie treści ww. utajnionego dokumentu, zatem obiektywnie nie miał możliwości sformułowania merytorycznych zarzutów odnośnie treści tego utajnionego dokumentu i zarzutów odnośnie wpływu treści ww. dokumentu na wynik postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego;
3. art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że odwołanie podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, iż 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, co dotyczyło odwołania rozstrzygniętego przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokiem z dnia 11 grudnia 2014 r. sygn. akt KIO 2498/14,

Wskazując na powyższe na podstawie art. 198c w zw. z art. 198f ust. 2 zd. 2 oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp wnoszę o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania z dnia 22 grudnia 2014 r. wniesionego przez Poczta Polska Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Centrum Usług Wspólnych w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla Jednostek Administracji Państwowej”.

Ponadto wnoszę o:

- 1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO 2748/14 oraz w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie - na okoliczność ich treści, a także na okoliczności stanu faktycznego, podniesione w treści uzasadnienia niniejszej skargi
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy KIO 2498/14, w szczególności z dokumentu w postaci wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 grudnia 2014 r. sygn. akt KIO 2498/14 - na okoliczność ich treści, a także na okoliczności stanu faktycznego, podniesione w treści uzasadnienia niniejszej skargi. W związku z tym wnoszę, aby Sąd wystąpił do Krajowej Izby Odwoławczej o przesłanie ww. akt sprawy.

Odnosnie kosztów postępowania wnoszę o:

- 1) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust.10 w zw. z art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp,
- 2) nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego, zgodnie z art. 102 k.p.c.

UZASADNIENIE:

I. Stan faktyczny sprawy

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pod nazwą „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla Jednostek Administracji Państwowej”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 października 2014 r. pod numerem 2014/S 198-349989. Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 60.059.251 zł.

dowód: ogłoszenie o zamówieniu, protokół postępowania (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

W dniu 18 listopada 2014 roku Zamawiający poinformował biorących udział w postępowaniu Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez InPost sp. z o.o. Odwołaniem z dnia 27 listopada 2014 r. Poczta Polska S.A. zaskarżyła ww. czynność Zamawiającego. Na skutek rozpatrzenia ww. odwołania, wyrokiem z dnia 11 grudnia 2014 r., wydanym w sprawie oznaczonej sygnaturą akt KIO 2498/14, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła ww. odwołanie, nakazując Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, odtajnienie formularza cenowego z oferty InPost S.A.

dowód: wyrok KIO 2498/14 z dnia 11 grudnia 2014 r.

W dniu 11 grudnia 2014 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za ofertę najkorzystniejszą wybrana została oferta złożona przez Przystępującego – InPost sp. z o.o.

dowód: Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

W dniu 22 grudnia 2014 r. Wykonawca – Poczta Polska S.A.. (dalej jako: Odwołujący), wniósł odwołanie od: 1) czynności wyboru oferty złożonej przez InPost sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, 2) zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez InPost sp. z o.o. 3) zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawcy InPost sp. z o.o.

dowód: odwołanie w aktach sprawy KIO 2748/14

Postanowieniem z dnia 18 stycznia 2015 r. wydanym w sprawie oznaczonej sygnaturą akt KIO 2748/14 Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła ww. odwołanie. Jako podstawę prawną rozstrzygnięcia Izba podała art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 189 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała, że większość z zarzutów odwołania było spóźnionych i podlegają odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba wskazała, że dopiero na mocy wyroku KIO z dnia 11 grudnia 2014 r. sygn. akt KIO 2498/14 formularz cenowy złożony przez Przystępującego został odtajniony i dopiero w momencie odtajnienia Odwołujący powziął informację co do kwot ujętych w poszczególnych pozycjach formularza cenowego. Mimo tego Izba uznała, że zarzuty dotyczące ww. odtajnionego formularza cenowego mogły być podniesione już na wcześniejszym etapie postępowania tj. na etapie poprzedniego odwołania, w którym Izba wydała wyrok sygn. akt KIO 2498/14 (a więc w momencie, gdy ww. formularz cenowy zastrzeżony był jako tajemnica przedsiębiorstwa i jego treść nie była znana Odwołującemu). Izba uznała, że Odwołujący mógł i powinien postawić zarzuty odnośnie formularza cenowego jeszcze na etapie, kiedy dokument ten był zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa i kiedy jego treść z tego powodu nie była znana uczestnikom postępowania, w tym Odwołującemu. Izba oceniła postawione w odwołaniu z dnia 22 grudnia 2014 r. i uznała, że *„zarzut związany z odtajnieniem formularza cenowego w takiej postaci w jakiej 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”*.

Zdaniem Izby zarzuty odwołującego oparte były na *„bardzo prostym uchybieniu tj. że cena za zwrot nie uwzględnia opłaty jaką poniesie Zamawiający w przypadku zwrotu 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.”* Izba uznała, że przedstawiona przez Odwołującego 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 28 listopada 2014 r. 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". (vide: uzasadnienie skarżonego wyroku str. 9) Izba wskazała ponadto, 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)].

Izba wskazała także, że „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”. (vide: str. 11 uzasadnienia). Izba podniosła również, że „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”.

W oparciu o powyższe wywody Izba wskazała, że „Odwołujący miał co najmniej uzasadnione przypuszczenia, aby zakładać, że zaoferowana przez Przystępującego cena za zwrot przesyłek, będzie kształtować się na poziomie 0,01 zł”. 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 w niniejszej sprawie winien zostać wniesiony w terminie liczonym od daty dokonania pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. w terminie liczonym od dnia 18 listopada 2014 r. Izba wskazała, że zarzuty dotyczące odtajnionego formularza cenowego w terminie liczonym od daty ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej byłyby możliwe tylko wtedy, gdyby zarzuty te byłyby „trudne lub wręcz niemożliwe do przewidzenia i skonkretyzowania”. Izba przykładowo wskazała na zarzuty dotyczące błędów rachunkowych i niekompletności formularza.

Izba wskazała również, że wskazała, że dwa zarzuty podlegały 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. Izba w ww. zakresie dopatrzyła się tożsamości zarzutów z zarzutami podnoszonymi w odwołaniu z dnia 27 listopada 2014 r. od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 18 listopada 2014 r., rozpoznanym w wyroku KIO sygn. akt KIO 2498/14.

II. Uzasadnienie zarzutów skargi

Z zaskarżonym postanowieniem i poglądami prawnymi w nim wyrażonymi nie można się zgodzić. Uzasadniając podniesione przeciwko skarżonemu postanowieniu zarzuty wskazuję, co następuje:

I.

1.

Nie jest sporne, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy niniejsza sprawa, Zamawiający dwukrotnie dokonywał oceny ofert i dokonywał wyboru oferty najkorzystniejszej. Po raz pierwszy wybór oferty najkorzystniejszej odbył się w stanie faktycznym, w którym formularz cenowy z oferty złożonej przez Przystępującego zastrzeżony był jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący nie znając treści ww. dokumentu złożył odwołanie, w którym kwestionował nie tylko ww. wybór oferty, ale także fakt zastrzeżenia tego dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Uwzględniając odwołanie, Izba 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 Przystępującego w części dotyczącej Formularza cenowego (zał. 1a do SIWZ) i uznanie, że wykonawca nie miał podstaw do dokonania takiego zastrzeżenia w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający wykonał ww. wskazania Izby i w dniu 11 grudnia 2014 r. dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, od której to czynności wniósł odwołanie Odwołujący. Drugi wybór oferty odbył się zatem w stanie faktycznym, w którym treść formularza cenowego, stanowiącego załącznik do SIWZ była jawna i dostępna dla Odwołującego.

2.

Jak stanowi art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Nie budzi wątpliwości, że odwołanie w niniejszej sprawie dotyczyło nowej czynności Zamawiającego tj. kolejnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (informacja o wyborze

oferty z dnia 11 grudnia 2014 r.), dokonanej po unieważnieniu przez Izbę poprzednio dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej.

3.

Z treści uzasadnienia skarżonego wyroku, którego fragmenty w tym zakresie zostały przytoczone w pkt I. uzasadnienia niniejszej skargi wynika, że Izba w nieuprawnionym zakresie powiązała treść odwołania od czynności powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej z odwołaniem od czynności pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej (unieważnionej na mocy wyroku Izby), czego skutkiem jest wadliwość skarżonego wyroku, mianowicie:

a)

Należy w tym miejscu stanowczo podkreślić, że w postępowaniu zakończonym wyrokiem KIO 2498/14 z dnia 11 grudnia 2014 r. Odwołujący kwestionował zupełnie inną czynność Zamawiającego niż w niniejszym postępowaniu. Obie czynności podjęte zostały w innych stanach faktycznych. Na skutek uwzględnienia poprzedniego odwołania złożonego przez Odwołującego, Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonał ponownej oceny ofert. Na skutek tej oceny Zamawiający po raz drugi dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i to właśnie ta czynność była przedmiotem kontroli Izby w sprawie, w której wniesiono niniejszą skargę. W tej sytuacji oczywiste jest, że ten kolejny wybór oferty jest czynnością samodzielną, nową, niezależną od czynności pierwszego wyboru i podlega samodzielnemu zaskarżeniu w drodze odwołania. Z mocy przepisu art. 180 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący miał prawo do wniesienia odwołania od tej czynności i poddania jej kontroli przez Izbę.

Skoro odwołanie zostało wniesione od nowej czynności tj. czynności ponownej oceny ofert, to termin do wniesienia tego odwołania powinien być liczony zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, to jest od momentu poinformowania o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli od dnia 11 grudnia 2014 r. W tej sytuacji należy uznać, że Odwołujący wniósł odwołanie w terminie. Jeżeli zatem odwołanie wniesiono w terminie, to Izba niesłusznie je odrzuciła na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

b)

Niesłusznie Izba uznała, że w niniejszej sprawie zaszła przesłanka odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 4. ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że odwołanie podlega odrzuceniu gdy 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. Nie może być mowy o zaistnieniu ww. przesłanki odrzucenia w stanie faktycznym niniejszej sprawy. W poprzednim wyroku (KIO 2498/14 z dnia 11 grudnia 2014 r.) Izba orzekała co do prawidłowości pierwszego wyboru oferty. Drugie wniesione przez Odwołującego odwołanie dotyczyło nowych czynności Zamawiającego, których wykonanie nakazane zostało przez Izbę w wyroku KIO 2498/14 z dnia

11 grudnia 2014 r. Z powyższego wynika zatem, że czynności oceny formalnej i merytorycznej oferty dokonane w ramach drugiego wyboru oferty nie były oceniane przez Izbę w ramach wyroku KIO 2498/14 z dnia 11 grudnia 2014 r.

Nie można się również zgodzić z poglądem Izby, że nie doszło do zmian w stanie faktycznym sprawy. Skoro ujawnione zostały nowe okoliczności, wynikające z odtajnienia dokumentu, to uznać należy, że zmiana stanu faktycznego sprawy w tym zakresie zaistniała.

4.

Nie można zgodzić się z poglądem Izby, że Odwołujący mógł i powinien wносить merytoryczne zarzuty do formularza cenowego, stanowiącego część oferty konkurencyjnego wykonawcy w momencie, gdy treść ww. formularza nie była mu znana z powodu zastrzeżenia jej jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W skarżonym wyroku Izba przyznała, że Odwołujący powziął informację co do kwot ujętych w poszczególnych pozycjach formularza cenowego dopiero po odtajnieniu oferty (co implikuje stwierdzenie, że pozostała część oferty Przystępującego nie pozwalała na wywnioskowanie, jakie te pozycje mogły być), to jednak uznała, że nie znając poszczególnych kwot i wartości, Odwołujący powinien stawiać zarzuty odnośnie treści dokumentu i zwalczać jego prawidłowość. Powyższego poglądu nie można zaaprobować.

a)

Jest rzeczą oczywistą, że nieznanostwo treści dokumentu uniemożliwia ocenę jego treści przez konkurencyjnego wykonawcę pod kątem spełniania przez ofertę (której częścią jest ww. utajniony dokument) wymagań SIWZ. Uniemożliwia także sformułowanie rzeczowych i konkretnych argumentów oraz zarzutów przeciwko jego treści. Wymaganie od wykonawcy, aby „domyślał się”, jaka może być treść utajnionego dokumentu, wymaganie, aby czynił on domniemania i przypuszczenia na podstawie analizy ofert składanych przez konkurenta w innych postępowaniach, jaka może być cena oferty tego konkurenta jest nieuprawnione i nie może zyskać aprobaty. Pogląd ten uznać należy za bardzo szkodliwy dla systemu zamówień publicznych i należy mu się stanowczo sprzeciwić. Pozostawienie skarżonego postanowienia w obrocie prawnym pozwoli na wprowadzenie niedopuszczalnej i jednoznacznie szkodliwej praktyki utajniania ofert celem utrudnienia formułowania przez konkurencyjnych wykonawców skutecznych zarzutów do ich treści. Przy przyjęciu poglądu wyrażonego w skarżonym wyroku - nawet w przypadku późniejszego odtajnienia tego dokumentu, konkurencyjni wykonawcy będą pozbawieni prawa kwestionowania jego merytorycznej treści.

b)

Skarżący wskazuje, że Odwołujący dopiero po odtajnieniu treści formularza cenowego z oferty Przystępującego na skutek wyroku KIO z dnia 11 grudnia 2014 r. sygn. akt KIO 2498/14 zapoznał się z treścią tego dokumentu i dopiero w tym momencie miał możliwość zweryfikowania prawidłowości złożonej przez Przystępującego oferty oraz dokonania oceny jej zgodności z

SIWZ. Dopiero w momencie zapoznania się z treścią ww. odtajnionego dokumentu Odwołujący mógł sformułować zarzuty odnoszące się do treści ww. dokumentu.

c)

Wskazać w tym miejscu należy, że w wyroku z dnia 11 grudnia 2014 r. sygn. akt KIO 2498/14, wydanym na skutek pierwszego wniesionego przez Odwołującego odwołania, Izba wskazała, że utajnienie i odtajnienie dokumentów ma wpływ na wynik postępowania. W uzasadnieniu ww. wyroku wskazano, że: *„Izba podkreśla, że odtajnienie nie pozostaje bez znaczenia na wynik postępowania w kontekście art. 192 ust. 2 Pzp, albowiem po pierwsze pozwoli Odwołującemu na zweryfikowanie cen jednostkowych, po drugie biorąc pod uwagę działania Zamawiającego w zakresie poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych, pozwoli Odwołującemu, jako skutek odtajnienia formularza cenowego, zapoznać się z charakterem dokonanej przez Zamawiającego poprawy i jej wpływu na ostateczną cenę globalną oferty Przystępującego. Przy czym, Izba nie oceniała w żadnym razie prawidłowości tej poprawy, gdyż nie było takiego zarzutu, był to jedynie argument za odtajnieniem formularza cenowego”.* (vide: str. 27 uzasadnienia). Powyższe stwierdzenie należy interpretować jako dopuszczenie przez Izbę wnoszenia merytorycznych zarzutów do ww. odtajnionego dokumentu na dalszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

d)

Skarżący wskazuje, że kwestionowany niniejszą skargą pogląd Izby, że Odwołujący mógł i powinien postawić zarzuty odnośnie dokumentu, którego treść była mu nieznana z uwagi na objęcie go tajemnicą przedsiębiorstwa na etapie, kiedy dokument ten był tajny, a nie dopiero po jego odtajnieniu, jest sprzeczny z poglądem prezentowanym w tej kwestii w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W tym zakresie wskazać należy na przykładowe wyroki Izby:

- wyrok z dnia 6 czerwca 2014 r. sygn. akt KIO 1032/14

„Skoro, jak sam potwierdza Odwołujący w treści odwołania, Przystępujący w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu korzystał z zasobów podmiotu trzeciego, a treść samego zobowiązania do udostępnienia takich zasobów została utajniona przez Zamawiającego, to w ocenie Izby, dopiero po uzyskaniu dostępu do zastrzeżonych dokumentów, Odwołujący będzie miał możliwość sformułowania ewentualnych zarzutów co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego. Dopiero udostępnienie dokumentacji Odwołującego umożliwi mu przeanalizowanie rzeczywistego dostępu przez Przystępującego do zasobów podmiotu trzeciego i ocenę czy są spełnione w ten sposób warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego.”

- wyrok z dnia 17 lipca 2014 r. sygn. akt KIO 1354/14

„Naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 pzp oraz art. 96 ust. 3 pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli uniemożliwiło wykonawcom weryfikację prawidłowości jego rozstrzygnięcia w zakresie czynności, o których podjęciu

zawiadomił w trybie art. 92 ust. 1 pzp, tym sam zawiadamiając o niepodjęciu innych czynności. Właśnie z tego powodu, że nie wiadomo, czy i jakie nieprawidłowości zostaną stwierdzone w dokumentach, które bezzasadnie nie zostały uznane za jawne przez zamawiającego, takie naruszenie art. 8 ust. 3 pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Jeżeli dokumenty, które niezasadnie zostały objęte przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa zostały odtajnione przez zamawiającego przed rozstrzygnięciem postępowania, inny wykonawca może i powinien odwołać się od czynności wykluczenia czy odrzucenia dokonanych lub zaniechanych niezgodnie z przepisami ustawy pzp, gdyż może sprecyzować zarzuty przez podanie konkretnych okoliczności prawnych i faktycznych. W razie nieuzasadnionego utrzymania utajnienia dokumentów, wykonawca ma obowiązek odwołać się od tej czynności lub zaniechania takiej weryfikacji przez zamawiającego, natomiast nie musi jednocześnie w ciemno skarżyć innych czynności lub zaniechań zamawiającego. W praktyce czynią tak wykonawcy, którzy nie są pewni zasadności zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, stąd decydują się na podniesienie innych zarzutów, pomimo braku możliwości odpowiedniego ich sprecyzowania.

W konsekwencji skład orzekający Izby nie podziela stanowiska Zamawiającego wyrażonego na rozprawie, że objęte odwołaniem naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 pzp nie mogą mieć istotnego wpływu na wynik prowadzonego przez niego postępowania, gdyż Odwołujący nie podniósł zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia Przystępującego z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia ewentualnego odwołania w tym zakresie będzie mógł powziąć dopiero w wyniku wykonania niniejszego wyroku Izby."

- wyrok z dnia 15 grudnia 2014 r. sygn. akt KIO 2637/14

„Izba nie mogła jednocześnie przesądzić, by decyzja Zamawiającego o wyborze oferty była niewłaściwa w związku z innymi okolicznościami, podnoszonymi przez Odwołującego w piśmie procesowym. Okoliczności te, wskutek działań Zamawiającego, nie mogły dotychczas stać się przedmiotem odwołania, a tym samym nie mogły być przedmiotem oceny Izby. Zamawiający w toku dalszego postępowania wykona nakazane przez Izbę czynności. Ponowny wybór będzie następstwem przeprowadzonej przez Zamawiającego oceny ofert. W tym zakresie do decyzji Zamawiającego pozostaje ewentualne wzięcie pod uwagę kwestii, których Odwołujący nie mógł wcześniej podnosić, i które nie mogły też stać się przedmiotem oceny Izby, oraz ich ewentualnego wpływu na wcześniejszą decyzję, co do wyboru wykonawcy, czy też uznanie, iż kwestie te nie zmieniają wcześniejszej oceny. Należy wskazać, że zamawiający do czasu zawarcia umowy może skorygować swoje czynności, jeżeli stwierdzi zaistnienie ku temu podstaw. Udzielenie zamówienia publicznego musi bowiem nastąpić zgodnie z przepisami prawa. Niezależnie od decyzji Zamawiającego, Odwołujący będzie już jednak mógł ewentualnie dochodzić sprawdzenia tej oceny w zakresie, w jakim dotychczas został pozbawiony takiej możliwości wskutek nieodtajnienia dokumentów konkurencyjnego wykonawcy.”

5.

Należy podkreślić, że nadrzędnym celem postępowania odwoławczego jest rozpoznanie sprawy co do istoty. Przesłanki odrzucenia odwołania wyrażone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp należy interpretować ściśle, gdyż zakończenie tego postępowania w sposób formalny zamyka odwołującemu się wykonawcy drogę do merytorycznego rozpoznania jego zarzutów podniesionych wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie przepisów tej ustawy.

W powyższym kontekście, niezasadne odrzucanie odwołań godzi także w podstawowy cel implementacji do prawa krajowego postanowień dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007 r., s. 31), jakim jest poprawa skuteczności krajowych procedur odwoławczych. Odrzucenie odwołania w sytuacji braku wystąpienia przesłanek z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp podważa zasadniczy sens procedury odwoławczej, jakim jest zapewnienie wykonawcom skutecznego i efektywnego narzędzia ochrony przed decyzjami zamawiającego, podejmowanymi w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Cel ten zostanie osiągnięty jedynie w przypadku merytorycznego rozstrzygnięcia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, po dokonaniu prawidłowej weryfikacji formalnoprawnej tego środka ochrony prawnej.

III. Uzasadnienie wniosków skargi

Uzasadniając wniosek skargi o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania, Skarżący wskazuje, że zaskarżone orzeczenie Izby ma charakter procesowy. Na skutek jego wydania, wniesione odwołanie nie zostało merytorycznie rozpoznane. W tej sytuacji, wobec żądania uwzględnienia skargi w całości, żądanie merytorycznego rozpoznania odwołania przez Sąd jest w pełni uzasadnione, co wynika z przepisu art. 198f ust. 2 zd. 2 i 4 ustawy Pzp.

IV. Uzasadnienie formalne skargi

Odnosnie podstaw formalnych do wniesienia niniejszej skargi wskazują, że podstawą prawną skargi jest przepis art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że w terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą skargę na orzeczenie Izby (art. 198a ust. 1 ustawy Pzp) może wnieść także Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Przywołany przepis ustawy Pzp stanowi podstawą prawną legitymacji procesowej Prezesa Urzędu do występowania w niniejszej sprawie w charakterze skarżącego. Jednocześnie zgodnie z art. 154 pkt 6 i 13 ustawy Pzp Prezes Urzędu – jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy Pzp) – zapewnia funkcjonowanie systemu środków

ochrony prawnej, a także dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż ustawa Pzp wyposażyła Prezesa Urzędu w szczególne kompetencje w zakresie weryfikacji zgodności z prawem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. W tym zakresie realizują się uprawnienia Prezesa Urzędu jako organu administracji publicznej czuwającego nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych.

Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. Tym samym Prezes Urzędu na skutek wniesienia skargi uzyskuje status strony postępowania sądowego, ale na wzór statusu prokuratora. Z powyższych względów do udziału Prezesa Urzędu w postępowaniu ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. Tym samym Prezes Urzędu wnosząc skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie jest związany z żadną ze stron sporu. Prezes Urzędu może składać oświadczenia i zgłaszać wnioski, jakie uzna za celowe, oraz przytaczać fakty, a także dowody na ich potwierdzenie.

W świetle powyższego należy stwierdzić, iż Prezes Urzędu wnosząc skargę nie działa w interesie żadnej ze stron sporu, ale w interesie publicznym związanym z prawidłowym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych. Niniejsza skarga wniesiona została w interesie systemu zamówień publicznych, bowiem pozostawienie skarzonego postanowienia w obrocie prawnym może wywołać szereg niekorzystnych skutków dla praktyki udzielania zamówień publicznych i systemu środków odwoławczych.

V. Uzasadnienie odnośnie kosztów postępowania

1.

Prezes Urzędu jako centralny organ administracji publicznej (Skarb Państwa) jest zwolniony na podstawie art. 94 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 90, poz. 594, z późn. zm.) z obowiązku uiszczania opłat.

2.

Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. Po myśli natomiast art. 106 k.p.c. udział prokuratora w sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów na rzecz Skarbu Państwa ani od Skarbu Państwa. Tym samym wniesienie skargi w niniejszej sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów postępowania sądowego od Prezesa Urzędu na rzecz przeciwników skargi. Prezes Urzędu nie działa w postępowaniu skargowym ani na rzecz, ani w interesie żadnego z uczestników postępowania. Powyższe uzasadnia stanowisko, iż w sprawie

wszczętej na skutek skargi Prezesa Urzędu wniesionej na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp zachodzi szczególny przypadek, o którym mowa w art. 102 k.p.c., uzasadniający nieobciążanie strony przegranej kosztami sądowymi w postępowaniu skargowym.

VI.

Właściwość miejscowa sądu uzasadniona jest przepisem art. 198b ust. 1 ustawy Pzp.

VII.

Skarżący oświadcza, że stosownie do postanowienia art. 198b ust. 2 ustawy Pzp odpisy niniejszej skargi zostały przesłane przeciwnikom skargi oraz ich pełnomocnikom, na dowód czego przedłożone zostają przy niniejszej skardze dowody nadania przesyłek pocztowych.

2 k.p.
WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
D. Pióro
Dariusz Pióro

Sobę załączników:

- 1) poświadczony notarialnie za zgodność z oryginałem akt powierzenia pełnienia obowiązków Prezesa UZP pani Izabeli Jakubowskiej;
- 2) poświadczony notarialnie za zgodność z oryginałem upoważnienie Wiceprezesa UZP;
- 3) poświadczony notarialnie za zgodność z oryginałem akt powołania na stanowisko Wiceprezesa UZP;
- 4) zarządzenie nr 178 Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 16 stycznia 2013 r. w sprawie nadania regulaminu organizacyjnego Urzędu Zamówień Publicznych;
- 5) potwierdzenia przesłania odpisów skargi.