

WYROK
z dnia 11 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Klaudia Szczytowska-Maziarz**

Członkowie: **Justyna Tomkowska**
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: **Cyprian Świś**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2013 r. przez wykonawcę: **Polska Grupa Poczтовая S.A., ul. Żupnicza 17, 03-821 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Sąd Apelacyjny w Krakowie oraz Prokuratura Generalna w Warszawie** reprezentowanych przez **Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej, ul. Farmaceutyków 2, 31-463 Kraków,**

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

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Polska Grupa Poczтовая S.A., ul. Żupnicza 17, 03-821 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Polska Grupa Poczтовая S.A., ul. Żupnicza 17, 03-821 Warszawa** 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) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym 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 przez Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie (dalej „zamawiający”) wykonawca Polska Grupa Poczta S.A. (dalej „PGP S.A.”) złożył odwołanie w zakresie części 1 i 2 wobec zaniechania odrzucenia oferty Poczty Polskiej S.A. (dalej „PP”) oraz zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 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”].

PGP S.A. wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty oraz wykluczenie wykonawcy PP S.A. z udziału w postępowaniu

Odwołujący PGP S.A. stanął na stanowisku, że przysługuje mu legitymacja do wniesienia odwołania, gdyż ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Podał, że jest przedsiębiorcą, którego oferta została wybrana w niniejszym postępowaniu jako najkorzystniejsza, zarazem jednak wykonawca PP S.A. kwestionuje wybór jego oferty, składając odwołanie.

Zdaniem odwołującego PGP S.A. zaniechanie odrzucenia oferty PP S.A. prowadzi tym samym do możliwości skorzystania przez PP S.A. ze środków ochrony prawnej, które w innych okolicznościach temu podmiotowi by nie przysługiwały. Powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazujące dopuszczalność składania odwołania przez wykonawcę kwestionującego poprawność ofert podmiotów niżej sklasyfikowanych, tj. wyrok KIO z dnia 15 maja 2012 roku o sygn. akt: KIO 800/12; KIO 803/12; KIO 804/12; KIO 807/12, wyrok z dnia 20 czerwca 2011 r. o sygn. akt KIO 1237/11. Powołał się także na stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażone w wyroku z dnia 19 grudnia 2007 r. o sygn. akt V Ca 2506/07, niepubl., zgodnie z którym „interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej”.

Reasumując, odwołujący PGP S.A. stwierdził, że wykonawcy PP S.A. jako wykonawcy wykluczonemu nie powinny przysługiwać środki ochrony prawnej w odniesieniu do badania i oceny oferty PGP, zaś wniesione w tym zakresie odwołanie opóźnia zawarcia z PGP S.A. umowy, co wobec wyznaczenia terminu na rozpoczęcie wykonywania świadczeń na 1 stycznia 2014 roku godzi dodatkowo w interesy wykonawcy PGP S.A., skracając termin pomiędzy datą zawarcia umowy a datą rozpoczęcia wykonywania świadczeń.

Odnosnie do zarzutu wadliwego określenia cen w ofercie wykonawcy PP S.A. odwołujący podniósł, że oferta PP S.A. złożona zamawiającemu 4 listopada 2013 r. jest sprzeczna z ustawą prawo pocztowe i w związku z tym jest nieważna, ponieważ PP S.A. zaferowała za przesyłki rejestrowane w tym za przesyłki wysyłane za potwierdzeniem odbioru ceny niższe niż ceny obowiązujące zgodnie z Cennikiem usług powszechnych Poczty Polskiej S.A. (Załącznik nr 1 do Uchwały Nr 86/2013 Zarządu Poczty Polskiej S.A. z dnia 18 kwietnia 2013 r.) [dalej „Cennik”], pomimo, że w chwili obecnej PP S.A. nie może stosować opustów w przypadku powszechnych usług pocztowych. Odwołujący PGP S.A. stanął na stanowisku, że oferta PP S.A. powinna zostać odrzucona.

Zdaniem odwołującego PGP S.A. oferowanie za usługi powszechne cen innych, niż wskazanych w Cenniku, stanowi naruszenie prawa, co powoduje konsekwencje przewidziane w ustawie Pzp, ustawie Prawo pocztowe z dnia 23 listopada 2012 r. (dalej „UPP ”) oraz ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uznk”).

Przedstawił następujące argumenty przemawiające za niezgodnością z prawem oferty PP S.A. uwzględniającej ceny niższe niż wskazane w Cenniku:

1. usługi objęte ofertą PP S.A. w postaci przesyłek rejestrowanych w tym za zwrotnym potwierdzeniem odbioru stanowią powszechne usługi pocztowe, o czym świadczą wystawiane dotychczas sądom powszechnym faktury za świadczenie usług identycznych co usługi objęte ofertą, które nie obejmują podatku VAT; wyjaśnił, że zgodnie bowiem z art. 43 ust. 1 pkt 17) ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2004 r. Nr 54 poz. 535 ze zm.) *„zwalnia się od podatku powszechne usługi pocztowe świadczone przez operatora obowiązującego do świadczenia takich usług, oraz dostawę towarów ściśle z tymi usługami związaną”*; oznacza to, że ceny za wszelkie inne usługi pocztowe niż usługi powszechne muszą zawierać podatek VAT, co czyni oczywistym, że w ofercie PP S.A. zaproponowała ceny za świadczenie usług powszechnych (zaoferowanie cen za powszechne usługi pocztowe niższych niż ceny obowiązujące zgodnie z Cennikiem stanowi zatem

działanie sprzeczne z prawem),

2. zgodnie z art. 53 ust. 1 UPP, operator wyznaczony jest obowiązany ustalać opłaty za usługi powszechne w sposób przejrzysty i niedyskryminujący oraz odzwierciedlający koszty świadczenia tych usług. UPP dopuszcza stosowanie przez operatora wyznaczonego taryf specjalnych, niższych od obowiązujących za dany rodzaj lub sposób świadczenia usługi powszechnej, o ile spełnione są określone prawem warunki (art. 54 ust. 1 UPP), przy czym zgodnie z art. 54 ust. 2 UPP operator wyznaczony zobowiązany jest do określenia w regulaminie świadczenia powszechnych usług pocztowych kryteriów ustalania taryf specjalnych oraz odpowiadające tym kryteriom procentowe poziomy opustów,
3. decyzją z dnia 26 czerwca 2013 r., znak: DRP-WKP-7112-2/13 (17), Prezes UKE wniósł sprzeciw do przedłożonego przez PP S.A. projektu Regulaminu świadczenia powszechnych usług pocztowych; sprzeciwem zostały objęte m.in. postanowienia Regulaminu dotyczące stosowania taryf specjalnych („Projekt Regulaminu” odwołujący załączył do odwołania),
4. zarząd PP S.A. uchwałą nr 143/2013 wprowadził regulamin świadczenia usług pocztowych w życie z dniem 1 lipca 2013 r. (przy czym zgodnie z art. 49 ust. 5 UPP regulamin świadczenia usług powszechnych albo jego zmiany w części objętej sprzeciwem Prezesa UKE nie wchodzi w życie); z treści regulaminu wprowadzonego w życie wykreślone zostały postanowienia objęte sprzeciwem UKE (dalej „Nowy Regulamin”) (uchwałą nr 143/2013 Zarządu PP odwołujący załączył do odwołania), zdaniem odwołującego oznacza to, że regulaminem świadczenia usług pocztowych, o którym mowa w art. 49 ust. 1 UPP jest Nowy Regulamin, w którym jednak brak jest postanowień określających kryteria ustalania taryf specjalnych oraz odpowiadających tym kryteriom procentowych poziomów opustów; zdaniem odwołującego PGP S.A., o ile brak postanowień dotyczących taryf specjalnych w Nowym Regulaminie nie stanowi sam w sobie naruszenia prawa, to naruszeniem prawa będzie zastosowanie przez PP S.A. na usługi powszechne cen innych, niż ceny cennikowe; wskazał, że art. 126 UPP stanowi, że karze pieniężnej podlega podmiot, który stosuje taryfy specjalne niezgodnie z kryteriami określonymi w regulaminie świadczenia usług powszechnych - w sytuacji braku określenia wymaganych kryteriów taryf specjalnych oraz odpowiadających im procentowych poziomów opustów w Nowym Regulaminie, każde odstępstwo od cen cennikowych będzie zastosowaniem taryfy specjalnej sprzecznie z treścią tegoż Nowego Regulaminu,

5. wedle przypuszczeń odwołującego PGP S.A. wykonawca PP S.A. z tego powodu podjął, zdaniem PGP S.A., niefortunna próbę obrony możliwości stosowania taryf specjalnych, o czym świadczy § 3 uchwały nr 143/2013 zarządu PP stanowiący, że: *„Traci moc uchwała nr 171/2011 Zarządu Poczty Polskiej S.A. z dnia 19 lipca 2011 r. w sprawie ogłoszenia tekstu jednolitego Regulaminu świadczenia powszechnych usług pocztowych z późn. zm. z wyłączeniem § 47 Regulaminu świadczenia powszechnych usług pocztowych stanowiącego załącznik do wymienionej uchwały ”*; w ocenie PGP S.A. wprowadzenie § 3 zdaje się być nieprzemyślane (co, zdaniem PGP S.A., wyjaśnia fakt, że uchwałę nr 143/2013 zarząd PP S.A. podjął w następnym dniu po dniu, w którym Prezes UKE doręczył Poczcie Polskiej S.A. sprzeciw, co z uwagi na standardy podejmowania uchwał w organizacjach takiej wielkości jak PP oznaczało, że pracowano nad nią w nadzwyczajnym tempie);
6. poddając analizie § 3 uchwały nr 143/2013 (dalej „Uchwała z 2013 r.”), zgodnie z którym „traci moc” uchwała nr 171/2011, odwołujący PGP założył, że zwrot „traci moc” należy rozumieć, jako „przestaje obowiązywać”, co oznacza, że uchwała nr 171/2011 r. z dniem 1 lipca 2011 r. przestała obowiązywać, poddał w wątpliwość, co konkretnie przestało obowiązywać w dniu 1 lipca 2013 r.; podał, że uchwała nr 171/2011 zarządu PP (dalej „Uchwała z 2011 r.” – odwołujący załączył ją do odwołania) składa się z dwóch paragrafów, tj. § 1 stanowiącego: *„Ogłasza się tekst jednolity Regulaminu świadczenia powszechnych usług pocztowych, według stanu prawnego na dzień 14 czerwca 2011 r., stanowiący załącznik do niniejszej uchwały”* oraz § 2 stanowiącego: *„Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia”*.

W ocenie odwołującego PGP S.A. powyższe oznacza, że na mocy § 3 Uchwały z 2013 r. utraciły moc, a więc przestały obowiązywać stwierdzenia, że *„Ogłasza się tekst jednolity ”* regulaminu *„według stanu prawnego na dzień 14 czerwca 2011 r.”*, a zatem z dniem 1 lipca 2013 r. „nie ogłasza się” już tekstu jednolitego regulaminu według stanu na dzień 14 lipca 2013 r.

Zaznaczył, że Uchwała z 2011 r., podjęta 19 lipca 2011 r. która utraciła moc na podstawie Uchwały z 2013 r., nie miała w swojej treści żadnej wartości normatywnej - stanowiła jedynie o tym, że zarząd PP S.A. dokonał scalenia wszystkich zmian regulaminu świadczenia powszechnych usług pocztowych i dla ułatwienia jego lektury ogłosił go w jednym dokumencie, na co wskazuje § 1 Uchwały z 2011 r. stanowiący, że dokonuje się ogłoszenia tekstu jednolitego według stanu prawnego sprzed ponad 2 miesięcy, a więc

z 14 czerwca 2011 r.; podsumowując uznał, że 1 lipca 2013 r. weszła w życie decyzja zarządu PP S.A. stwierdzająca, że przestała obowiązywać w tym dniu uchwała nakazująca ogłaszanie tekstu jednolitego regulaminu w brzmieniu z dnia 14 czerwca 2011 r.,

Wskazał, że zarząd PP S.A. w treści § 3 Uchwały z 2013 r. dodał jeszcze następujące zdanie, które zostało podkreślone poniżej: „Traci moc uchwała nr 171/2011 Zarządu Poczty Polskiej S.A. z dnia 19 lipca 2011 r. w sprawie ogłoszenia tekstu jednolitego Regulaminu świadczenia powszechnych usług pocztowych z późn. zm. z wyłączeniem § 47 Regulaminu świadczenia powszechnych usług pocztowych stanowiącego załącznik do wymienionej uchwały. ” Stwierdził, że z dotychczasowej jego analizy wynika, że Uchwała z 2011 r. nie wprowadzała w życie żadnych nowych postanowień regulaminu, ani też nie zmieniała żadnych istniejących postanowień regulaminu, a jedynie wprowadzała „porządek”, poprzez ogłoszenie tekstu jednolitego regulaminu, przez co należy rozumieć, że uchylenie Uchwały z 2011 r. o ogłoszeniu tekstu jednolitego regulaminu z wyjątkiem § 47 Regulaminu oznacza, że nie ogłasza się już tego tekstu jednolitego, może z wyjątkiem § 47 Regulaminu, który nadal się ogłasza. Odwołujący uznał, że ogłoszenie 19 lipca 2011 r. tekstu jednolitego regulaminu w sensie normatywnym nic nie oznaczało - w dniu tym nie weszła w życie żadna zmiana dotychczas obowiązującego regulaminu (19 lipca 2011 r. i 18 lipca 2011 r. obowiązywały takie same regulaminy), a jedyna różnica między tymi dwoma dniami jest taka, że 19 lipca 2011 r. było łatwiej „odcyfrować” treść obowiązującego regulaminu, gdyż w tym dniu ogłoszono jego tekst jednolity. Wyjaśnił dodatkowo, że skoro rozpoczęcie ogłaszania tekstu jednolitego 19 lipca 2011 r. nie miało żadnego znaczenia normatywnego, to fakt ustania jego ogłaszania z dniem 1 lipca 2013 r. tym bardziej takiego znaczenia normatywnego mieć nie może i to bez względu na to, czy przestaje się tekst jednolity ogłaszać w całości, czy też w części. Za poprawnością powyższego rozumowania, zdaniem odwołującego PGP S.A., przemawia również fakt, że regulamin między 14 czerwca 2011 r. a 1 lipca 2013 r. ulegał zmianie, gdyż 20 listopada 2012 r. Uchwałą nr 342/2012 zarząd PP S.A. wprowadził zmiany do regulaminu świadczenia usług powszechnych (odwołujący uchwałę załączył do odwołania). Stał na stanowisku, że Uchwała nr 342/2012 nie utraciła mocy na podstawie Uchwały z 2013 r., ponieważ nie spowodowała to adnotacja w Uchwale z 2013 r., że traci moc Uchwała z 2011 r. w sprawie ogłoszenia tekstu jednolitego z późniejszymi zmianami, gdyż w dacie wejścia w życie Uchwały z 2011 r. żadne zmiany po 14 czerwca 2011 r. nie obowiązywały, a więc podstawą uznania, że zmiany w regulaminie, które weszły w życie 20 listopada 2012 r. już nie obowiązują jest inny fakt, a mianowicie fakt, że 1 lipca 2013 r. wszedł w życie Nowy Regulamin.

Odwołujący zauważył, że fakt pozostawienia na stronie www.poczta-polska.pl/akty-prawne/ treści uchwały nr 342/2012 nie oznacza, że wskazane w tejże uchwale postanowienia regulaminu nadal obowiązują; gdyby bowiem celem PP S.A. było

utrzymywanie, że postanowienia wskazane w uchwale nr 342/2012 obowiązywały nadal to należałoby odpowiedzieć na pytanie, jaka jest relacja między Nowym Regulaminem a treścią postanowienia wskazanego w uchwale nr 342/2012. Wskazał, że postanowienia wskazane w uchwale nr 342/2012 znajdują się również w Nowym Regulaminie, choć w innym brzmieniu. Poddał w wątpliwość które z tych sprzecznych treści obowiązują - te wprowadzone w życie Uchwałą z 2013 r., czy też te z uchwały nr 342/2012 r., czy też obie naraz. Poza wątpliwościami odwołującego PGP S.A. pozostaje natomiast, że Nowy Regulamin obowiązuje, o czym stanowi wyraźnie Uchwała z 2013 r., która w § 1 stwierdza: „Wprowadza się Regulamin świadczenia usług powszechnych, stanowiący załącznik nr 1 do niniejszej uchwały”.

Odwołujący zauważył, że wykonawca PP S.A. załączył do oferty dwa regulaminy oraz zmiany do starszego, nie wyjaśniając ich wzajemnych relacji.

Podsumowując, stwierdził, że od 1 lipca 2013 r. obowiązuje u wykonawcy PP S.A. Nowy Regulamin, który nie zawiera żadnych postanowień dotyczących taryf specjalnych.

Odwołujący odniósł się także do, hipotetycznego wedle swej oceny, stanu faktycznego, sprowadzającego się do uznania, że zamierzonym skutkiem Uchwały z 2013 r. miało być wprowadzenie w życie Nowego Regulaminu i pozostawienie w mocy § 47 regulaminu z brzmieniem z dnia 30 czerwca 2013 r. (dalej „Stary Regulamin”).

Stwierdził, że chociaż, z uwagi na sprzeciw Prezesa UKE, osiągnięcie takiego stanu byłoby pożądane przez PP S.A. , to uznać należy, że rozwiązanie takie nie było i nie jest możliwe z następujących powodów:

1. w żadnym artykule UPP nie przewidziano możliwości, że operator wyznaczony może posługiwać się więcej niż jednym regulaminem świadczenia usług powszechnych, przeciwnie regulamin świadczenia usług powszechnych może być tylko jeden, o czym stanowi art. 49 ust. 1 UPP,
2. konsekwencją przyjęcia, że operator wyznaczony może posługiwać się tylko jednym regulaminem świadczenia usług powszechnych jest norma zawarta w art. 49 ust. 3 UPP stanowiąca, że *„operator wyznaczony przedkłada Prezesowi UKE projekt regulaminu świadczenia usług powszechnych albo projekt zmian do obowiązującego regulaminu, wraz z uzasadnieniem, co najmniej na 30 dni przed planowanym terminem ich wprowadzenia”*; z przepisu tego, w ocenie odwołującego PGP S.A. wynika że Prezesowi UKE przedkładane mogą być albo projekt zmian do obowiązującego regulaminu albo projekt nowego regulaminu; dodał, że uzupełnieniem są art. 49 ust. 4 i 5 UPP regulujące zarówno sytuację, w której

składany jest projekt zmian, jak i sytuację, w której składany jest projekt nowego regulaminu,

3. analizując różnicę pomiędzy projektem zmian do obowiązującego regulaminu a projektem nowego regulaminu, wskazał, że projektem zmian do regulaminu będzie taki projekt, który ma skutkować tym, że nie cała treść dotychczasowego regulaminu ulega zmianie; cechą odróżniającą projekt zmiany od projektu nowego regulaminu, jest to, że kształt zmiany zawsze zależny jest od kształtu czegoś co już jest i przez pryzmat tego co już istnieje jest oceniane, natomiast projekt nowego regulaminu jest aktem, którego treść jest oderwana i niezależna od treści istniejących regulacji, bowiem nowy regulamin w całości zastępuje dotychczasowy regulamin, a nie zmienia dotychczasowy regulamin. Dlatego też dla prawidłowej oceny treści projektu nowego regulaminu zbędna jest ocena dotychczasowych regulacji, gdyż nowy regulamin jest niezależny od tych regulacji. W przypadku natomiast zmiany regulaminu dla oceny projektu zmiany regulaminu konieczne jest uwzględnienie istniejących postanowień regulaminu, które nie mają być zmieniane, ponieważ tylko wtedy można ocenić całokształt nowej sytuacji prawnej, która ma powstać po wprowadzeniu w życie zmian regulaminu,
4. odwołujący PGP S.A. przypomniał, że zgodnie z art. 184 UPP operator wyznaczony ma obowiązek przedłożyć Prezesowi UKE dostosowany do UPP regulamin świadczenia powszechnych usług w terminie nie dłuższym niż 6 miesięcy od dnia wejścia w życie UPP i podał, że chcąc wykonać powyższy obowiązek PP S.A. złożył 27 maja 2013 r. Prezesowi UKE, projekt nowego regulaminu świadczenia powszechnych usług pocztowych wraz z uzasadnieniem, stwierdzając, że planuje ten regulamin wprowadzić w życie 1 lipca 2013 r.; podkreślił, że PP nie złożył projektu zmian istniejącego regulaminu, ale projekt nowego regulaminu, co wynika z treści uzasadnienia sprzeciwu Prezesa UKE,
5. z dwóch przewidzianych w art. 49 ust. 3 UPP opcji PP S.A. skorzystał z opcji polegającej na złożeniu nowego regulaminu, a nie z opcji polegającej na złożeniu projektu zmian do obowiązującego Regulaminu,
6. tak też potraktował sprawę Prezes UKE, który analizując projekt złożonego regulaminu oceniał go jako całość - wskazują na to zwłaszcza zawarte na stronie 16 uzasadnienia sprzeciwu Prezesa UKE stwierdzenia mówiące, że sprzeciwem należy objąć nie tylko te poszczególne postanowienia regulaminu dotyczące taryf specjalnych, które są *nieprawidłowe, ale całość regulacji dotyczącej taryf specjalnych.*

Prezes UKE zauważa bowiem, że wniesienie sprzeciwu tylko wobec poszczególnych postanowień: „Spowodowałoby możliwość wystąpienia sytuacji, w której Poczta Polska, opierając się o pozostałe, nieobjęte sprzeciwem zapisy Regulaminu, świadczyłaby usługi z zastosowaniem taryf specjalnych, ustalając, wobec objęcia sprzeciwem postanowień Regulaminu dotyczących poziomu opustów, poziom opustów w sposób zupełnie dowolny, co z pewnością stanowiłoby naruszenie art. 54 ust 1 pkt. 1 UPP, jak również naruszałoby prawa podmiotów korzystających z usług powszechnych”;

7. zdaniem odwołującego PGP celem Prezesa UKE było wykluczenie z obiegu wszystkich postanowień dotyczących taryf specjalnych, po to by szcątkowe postanowienia regulaminu nie skutkowały możliwością powstania sytuacji, w której PP świadczyłaby usługi z zastosowaniem taryf specjalnych w sposób dowolny.

Oceniając w podsumowaniu hipotetyczny stan faktyczny, sprowadzający się do uznania, że zamierzonym skutkiem Uchwały z 2013 r. miało być wprowadzenie w życie Nowego Regulaminu i pozostawienie w mocy § 47 Starego Regulaminem, zauważył, że taka sytuacja byłaby próbą osiągnięcia stanu sprzecznego z zamierzeniem Prezesa UKE i w tym sensie byłaby spreczna ze sprzeciwem Prezesa UKE, a jednocześnie byłaby spreczna z UPP z poniższych powodów:

1. wprowadzenie Nowego Regulaminu i pozostawienie § 47 Starego Regulaminu oznaczałoby, że PP S.A. po pierwsze, wprowadza Nowy Regulamin, po drugie zmienia Stary Regulamin, w ten sposób, że uchyla wszystkie postanowienia Starego Regulaminu z wyjątkiem § 47 Starego Regulaminu,
2. ponawiając ocenę, że sytuacją sprzeczną z UPP byłaby sytuacja, w której obowiązuje więcej niż jeden regulamin świadczenia powszechnej usługi pocztowej, wskazał, że nawet gdyby uznać dopuszczalność jednoczesnej zmiany jednego regulaminu i jednoczesnego wprowadzenia nowego regulaminu, to projekt zmiany Starego Regulaminu (w postaci utrzymania w części jego postanowień) nie został nigdy przedłożony Prezesowi UKE; oznacza to, że PP S.A. stosując § 47 Starego Regulaminu stosowałaby postanowienia regulaminu, które, wbrew przepisowi art. 49. ust. 3 UPP, nigdy nie były przedmiotem kontroli Prezesa UKE w świetle obowiązujących przepisów prawa,
3. wskazał, że zgodnie z art. 184 UPP wykonawca PP S.A. miał obowiązek dostosować

postanowienia stosowanego przez siebie regulaminu do UPP w terminie do 30 czerwca 2013 r., jednak z treści sprzeciwu Prezesa UKE, wynika, że § 47 w brzmieniu określonym w Starym Regulaminie nie zostałby przez Prezesa UKE zaakceptowany,

4. stosowanie postanowień regulaminu, który nigdy nie był przedmiotem kontroli Prezesa UKE jest równoznaczne z naruszeniem przez PP S.A. przepisów UPP,
5. w konsekwencji odwołujący uznał, że obecnie brak jest uregulowania kwestii dotyczących kryteriów ustalania taryf specjalnych oraz odpowiadających tym kryteriom procentowych poziomów opustów od opłat obowiązujących, w związku z czym niedopuszczalne jest stosowanie obecnie cen niższych niż wskazane w Cenniku; zastosowanie przez wykonawcę PP opustów pomimo, że obecnie brak postanowień Regulaminu ustanawiających kryteria stosowania taryf specjalnych oznacza naruszenie przepisów UPP zakazujących stosowania taryf specjalnych w przypadku nieuregulowania w Regulaminie polityki stosowania taryf specjalnych.

Odwołujący PGP S.A., w związku z powyższym uznał, że oferowanie przez PP cen niższych niż wskazane w Cenniku stanowi czynność niezgodną z prawem, ponieważ operator wyznaczony nie ma prawa oferować cen za usługi powszechne z opustem, jeśli nie określił w regulaminie, o którym mowa w art. 49 ust. 1 UPP, kryteriów ustalania taryf specjalnych oraz odpowiadających tym kryteriom procentowych poziomów opustów od opłat obowiązujących za dany rodzaj lub sposób świadczenia usługi powszechnej (art. 54 ust. 2 UPP).

Oznacza to, że:

- złożenie oferty przez PP stanowi czynność sprzeczną z ustawą, tj. w szczególności z art. 54 ust. 1 i 2 UPP,
- w świetle art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego z 23 kwietnia 1964 r. (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.) czynność spreczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna,
- zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8) Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Odnośnie do naruszenia ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odwołujący PGP S.A. podniósł, że zastosowanie w ofercie cen niższych niż wskazane w Cenniku jest równoznaczne z popełnieniem czynu nieuczciwej konkurencji, o którym

mowa w art. 3 ust. 1 uznk, zgodnie z którym „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”.

Oferowanie cen za usługi powszechne niższych niż określone w Cenniku odwołujący, w świetle wcześniejszych wywodów, uznał za bezprawne, ponieważ stanowi naruszenie licznych przepisów UPP i w konsekwencji powoduje odpowiedzialność PP S.A. przewidzianą w art. 126 UPP.

Powołując się na doktrynę wskazał, że pojęcie „sprzeczności z prawem” należy rozumieć szeroko - sprzeczne z prawem są czyny naruszające różne ustawy.

Powołując się na piśmiennictwo, wskazał, że konieczne jest, aby naruszony przepis regulował stosunki z zakresu konkurencji lub, aby jego naruszenie dało sprawcy przewagę wobec konkurentów postępujących zgodnie z prawem - ustalenie przez przedsiębiorcę niższej ceny z uwagi na niepłacenie ceł czy podatków, pozwoli postawić zarzut na podstawie art. 3 uznk; tak określona bezprawność ma charakter obiektywny i jest niezależna od wystąpienia szkody czy też zamiaru (winy) po stronie podmiotu dopuszczającego się bezprawnych działań.

Wskazał także, że naruszenie prawa uznaje się za czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli dzięki temu naruszeniu dopuszczający się go przedsiębiorca uzyskuje korzyści w sferze gospodarczej, w szczególności, zyskuje przewagę nad swymi konkurentami, wskutek czego zaczyna zagrażać ich interesom lub interesom ich klientów albo je narusza. Podał, że zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego pod pojęciem „interesu innego przedsiębiorcy” należy rozumieć stan korzystnie już ukształtowany albo taki, który w przyszłości może dla przedsiębiorcy stanowić źródło korzyści rzeczywistych albo tylko oczekiwanych.

W podsumowaniu, stwierdził, że działanie PP S.A. zagraża lub narusza interes innych przedsiębiorców, gdyż nielegalne zaniżanie cen zagraża innym operatorom nie tylko w ten sposób, że utrudnia im uzyskiwanie zamówień, ale również w ten sposób, że może oznaczać konieczność pokrycia straty PP S.A. przez innych operatorów (art. 109 i n. UPP).

Odnosnie do zarzutu wadliwej gwarancji wadialnej.

Odwołujący podniósł także zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy PP ze względu na brak wniesienia wadium do upływu terminu związania ofertą (art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp).

Wskazał, że zamawiający zażądał wniesienia wadium w wysokości 1 mln zł dla części 1 zamówienia oraz 1 mln zł dla części 2, zaś wykonawca PP przedłożył jedną gwarancję wadialną na łączną kwotę 2 mln zł.

Przypomniał, że w postępowaniu mamy do czynienia z podziałem zamówienia na dwie części - świadczenie usług pocztowych na rzecz jednostek organizacyjnych sądownictwa powszechnego (część 1) oraz odrębnie na rzecz powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (część 2).

Powołując się na orzecznictwo stwierdził, że postępowanie z możliwością składania ofert częściowych charakteryzuje się autonomicznością każdej części. Dodał, iż ustawowe przesłanki zarówno zatrzymania jak i zwrotu wadium (przepisy bezwzględnie obowiązujące) nakazują zamawiającemu dokonywanie czynności samodzielnie w odniesieniu do każdej z części zamówienia. Zdaniem odwołującego PGP S.A. wadliwy sposób wniesienia wadium uniemożliwia zamawiającemu przykładowo zwrot gwarancji tylko dla jednej części, podobnie, dokonanie zwrotu gwarancji w zakresie jednej części zamówienia zgodnie z treścią art. 46 Pzp, uniemożliwi dochodzenie roszczeń z tytułu gwarancji dla części drugiej.

Wskazał, że wniesienie wadliwej gwarancji nie może zostać sanowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia, zatem wykonawca PP na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 powinien zostać wykluczony z udziału w niniejszym postępowaniu.

Na podstawie dokumentacji złożonej przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych na rozprawie skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W postępowaniu przetargowym na *Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych przez Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie* ofertę złożyło, co wynika z pkt 9 *Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego* (dalej „*Protokół*” dwóch wykonawców: odwołujący, tj. Polska Grupa Poczta S.A. (dalej nadal „PGP S.A.”) i przystępujący, tj. Poczta Polska S.A. (dalej nadal „PP S.A.”).

Jedynym kryterium oceny ofert – znaczenie 100 % - była „cena” (Rozdział VI pkt 1 ppkt 1 SIWZ).

Zamawiający, co wynika z pkt 11 i 12 *Protokołu* oraz *Zawiadomienia o wyniku postępowania* z dnia 22 listopada 2013 r. nie wykluczył żadnego z dwóch wykonawców, ani nie odrzucił żadnej z dwóch złożonych ofert.

Ofertę z najniższą ceną, co wynika z *Zawiadomienia o wyniku postępowania* z dnia 22 listopada 2013 r. (uwzględniającego poprawienie omyłek) złożył odwołujący się wykonawca PGP S.A. i ta oferta została przez zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący się wykonawca PGP S.A. złożył odwołanie wobec zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy PP S.A.

W opisanym stanie faktycznym skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że brak po stronie odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania, ponieważ sytuacja odwołującego nie wymaga ochrony, poprzez kwestionowanie udziału w postępowaniu drugiego, niżej sklasyfikowanego wykonawcy i poprzez kwestionowanie dopuszczenia do oceny złożonej przez niego oferty (do tego właśnie zmiierzają zarzuty odwołania).

Dostrzeżenia wymaga, że zarzuty odwołania zmiierzające do wyeliminowania konkurenta i jego oferty, nawet jeśli zasadne, nie mogłyby zostać przez Izbę uwzględnione, ponieważ nie miałyby wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp), tj. na wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej (z najniższą ceną).

W świetle przyjętego przez zamawiającego, jako jedyne, kryterium „cena” druga w rankingu oferta wykonawcy PP S.A. w żaden sposób nie może zagrozić ofercie odwołującego, zatem jej los nie wpływa na możliwość uzyskania zamówienia przez odwołującego się wykonawcę PGP S.A. przedmiotowego postępowania.

Skład orzekający Izby wskazuje, że ochrony interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia wymaga jedynie wykazanie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy PGP S.A. i odrzucenia złożonej przez niego oferty w postępowaniu odwoławczym wywołanym odwołaniem wykonawcy PP S.A., tj. w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 2762/12, czemu służyć ma instytucja przystąpienia do postępowania odwoławczego, z której wykonawca PGP S.A. skorzystał.

Skład orzekający Izby zwraca uwagę, że upatrywanie przez odwołującego istnienia po jego stronie legitymacji do wniesienia odwołania w związku z tym, że zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PP S.A. prowadzi do możliwości skorzystania przez ten podmiot ze środków ochrony jest o tyle nietrafne, że czynność wyboru oferty PGP S.A. jako najkorzystniejszej mogłaby zostać zakwestionowana przez wykonawcę PP S.A. także w przypadku odrzucenia przez zamawiającego złożonej przez PP S.A. oferty, tj. wraz

z zakwestionowaniem wykluczenia wykonawcy PP S.A. i odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Innymi słowy, zarówno w przypadku odrzucenia, jak i zaniechania odrzucenia oferty PP S.A. wykonawcy temu przysługiwałoby prawo do kwestionowania oferty odwołującego się wykonawcy PGP S.A.

Skład orzekający Izby nie dostrzega zatem interesu odwołującego w skarżeniu oferty, która obiektywnie może otrzymać jedynie ocenę gorszą niż oferta odwołującego.

Ponieważ legitymacja do wniesienia odwołania stanowi materialnoprawną przesłankę rozpoznania odwołania, wobec jej braku, skład orzekający Izby oddalił odwołanie bez merytorycznego rozpoznania zarzutów, opierając się w tym względzie na wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 05.05.2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08, zgodnie z którym *„Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, iż prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wskazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego (...). W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wyłącznie już z tego względu. Nie mniej w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku Izba, oprócz powyższej kwestii odniosła się również w sposób merytoryczny do podniesionych przez odwołującego zarzutów, czego w świetle powyższego nie musiała już czynić”*.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....