

Sygn. akt KIO 930/12
KIO 938/12

WYROK
z dnia 1 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Katarzyna Prowadzisz
Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 i 21 maja 2012 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2012 r. przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-940 Warszawa, ul. Rakowiecka 26 (pełnomocnik konsorcjum), PTK Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 1A, Itella Information Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-256 Warszawa, al. Krakowska 110/114 (adres do doręczeń: Poczta Polska S.A. Biuro Klienta Biznesowego i Instytucjonalnego Region Sprzedaży w Warszawie, 00-942 Warszawa, ul. Świętokrzyska 31/33) (sygn. akt KIO 930/12),**
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Inforsys S.A. z siedzibą w Radzyminie, 05-250 Radzymin, al. Jana Pawła II 24 (pełnomocnik konsorcjum); Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a (adres do doręczeń: Baster Rogoziński i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych, 30-002 Kraków, ul. Prądnicka 4) (sygn. akt KIO 938/12),**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Emerson Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, 97-300 Piotrków Trybunalski, ul. Belzacka 176/178** reprezentowanego przez radcę prawnego **Agatę Szeligę z kancelarii „Sołtysiński & Szlęzak – Kancelaria Radców Prawnych i Adwokatów Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (adres do doręczeń: 02-034 Warszawa, ul. Wawelska 15B)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 930/12 i KIO 938/12 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-940 Warszawa, ul. Rakowiecka 26 (pełnomocnik konsorcjum), PTK Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 1A, Itella Information Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-256 Warszawa, al. Krakowska 110/114 (adres do doręczeń: Poczta Polska S.A. Biuro Klienta Biznesowego i Instytucjonalnego Region Sprzedaży w Warszawie, 00-942 Warszawa, ul. Świętokrzyska 31/33)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 938/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik konsorcjum), PTK Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Itella Information Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i nakazuje: unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik konsorcjum), PTK Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Itella Information Sp. z o.o.z siedzibą w Warszawie oraz ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik konsorcjum), PTK Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Itella Information Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 930/12),

2.oddała odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Inforsys S.A. z siedzibą w Radzyminie (pełnomocnik konsorcjum); Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 938/12),

3. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Inforsys S.A. z siedzibą w Radzyminie (pełnomocnik konsorcjum); Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 938/12)** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik konsorcjum), PTK Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Itella Information Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 930/12)** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Inforsys S.A. z siedzibą w Radzyminie (pełnomocnik konsorcjum); Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 938/12)** tytułem wpisów od odwołań,

3.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik konsorcjum), PTK Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Itella Information Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 930/12)** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 930/12

KIO 938/12

Uzasadnienie

Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usług personalizowania, wydruku, konfekcjonowania, kopertowania i doręczania korespondencji”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia z dnia 23 listopada 2011 r., nr 2011/S 225-365558.

sygn. akt KIO 930/12

W dniu 26 kwietnia 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), PTK Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Itella Information Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanych dalej „odwołującym Poczta Polska”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Pzp, jako że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Zamawiający wskazał, iż błąd w obliczeniu ceny polega na zastosowaniu wobec usługi dostarczania listów poleconych ZPO do 50 g na terenie RP zwolnienia od podatku VAT, pomimo że art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług ustanawia zwolnienie od podatku VAT jedynie dla usług pocztowych, które świadczy publiczny operator pocztowy, działając w takim charakterze. Sam status powszechnego operatora pocztowego jest niewystarczający do stwierdzenia, że wszelkie świadczone przez niego usługi pocztowe będą podlegać zwolnieniu z VAT. W niniejszym postępowaniu Poczta Polska S.A. nie realizuje swoich obowiązków powszechnego operatora pocztowego w celu zapewnienia powszechnego dostępu do usług pocztowych, lecz dla potrzeby indywidualnej umowy zawieranej z zamawiającym.

Zamawiający nadto podniósł, iż za czyn nieuczciwej konkurencji uznał działanie Poczty Polskiej S.A. polegające na kształtowaniu rabatu na usługę doręczania listów poleconych z ZPO do 50 g na poziomie 26,549 % w przypadku, w którym Poczta Polska S.A. występuje w postępowaniu jako lider konsorcjum oraz na poziomie 6% w przypadku, w którym Poczta Polska S.A. jest podwykonawcą.

W dniu 7 maja 2012 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący Poczta Polska wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 7 maja 2012 r.) na:

1. czynność oceny i odrzucenia oferty odwołującego Poczta Polska,
2. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Emmerson Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, zwanego dalej „wykonawcą Emmerson”,
3. zaniechanie dokonania porównania ofert według kryteriów przewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”,
4. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Emmerson,

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U., Nr z 2011 r., Nr 177, poz. 1052), zwana dalej „ustawą o VAT”, poprzez przyjęcie, że w ofercie odwołującego Poczta Polska zawarty jest błąd w obliczeniu ceny, wynikający z tego, że ze zwolnienia z podatku VAT, w ocenie zamawiającego, korzystają tylko powszechne usługi pocztowe, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, zwolnienie dotyczy wszystkich usług pocztowych realizowanych przez podmiot zobowiązany do świadczenia powszechnych usług pocztowych (zwolnienie podmiotowo-przedmiotowe),
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w związku z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.: Dz. U. z 1993 r., Nr 47, poz. 211, z późn. zm.), zwana dalej „ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, poprzez przyjęcie, że odmiennie określenie poziomu rabatu na tę samą usługę w ofercie, którą Poczta Polska S.A. składa jako lider konsorcjum, a odmiennie w ofercie, w której występuje jako operator publiczny, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, podczas gdy są to różne usługi, oraz ustawowo różny status Poczty Polskiej S.A.,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Emerson, w której w formularzu ofertowym (DP.O.), zagwarantowano nominalną wydajność procesu personalizacji i kopertowania, przewyższającą wydajność potencjału technicznego, wskazanego w formularzu DP.4.

Jednocześnie odwołujący Poczta Polska wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert oraz odrzucenia oferty odwołującego Poczta Polska,
2. dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego Poczta Polska,
3. odrzucenia oferty wykonawcy Emerson.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Poczta Polska wskazał m.in., iż Poczta Polska S.A. uprawniona jest do zastosowania zwolnienia przewidzianego w art. 43 ust. 1 pkt 17

ustawy o podatku od towarów i usług, gdyż przepisy tej ustawy zezwalają na stosowanie zwolnienia z podatku VAT dla usług pocztowych świadczonych przez Poczta Polska, nie zawężając zwolnienia do usług świadczonych w interesie publicznym, dlatego też brak jest podstaw do ograniczenia zakresu stosowania zwolnienia z podatku VAT wyłącznie do usług powszechnych świadczonych przez Poczta Polska. Ograniczenie stosowania przedmiotowego zwolnienia wymagałoby wprowadzenia zmian do ustawy o VAT. Poczta Polska S.A. miała więc prawo do zastosowania w swojej ofercie wobec usługi dostarczania listów poleconych ZPO do 50 g na terenie RP zwolnienia od podatku VAT, co w konsekwencji niweczy podany przez zamawiającego powód odrzucenia oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Odnosnie drugiego zarzutu odwołujący Poczta Polska podniósł, iż odmiennie określenie poziomu rabatu na tę samą usługę w ofercie, którą Poczta Polska S.A. składa jako lider konsorcjum, a odmiennie w ofercie, w której występuje jako podwykonawca, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający, podejmując decyzję o odrzuceniu oferty nie wskazał, która z okoliczności wyliczonych w art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji znajduje zastosowanie w niniejszym stanie faktycznym. Różnicowanie cen wobec różnych klientów jest normalną praktyką handlową. „Przedsiębiorca nie jest zobowiązany sprzedawać takie same towary wszystkim swoim klientom po tej samej cenie. Swoboda ustalania cen (por. art. 2 ustawy o cenach) obejmuje także prawo obniżania ceny swoich towarów z korzyścią dla poszczególnych klientów. Z art. 15 ust. 1 pkt 3 ZNKU nie da się bowiem wyprowadzić generalnego zakazu różnicowania cen (dyskryminacji cenowej).” (T. Skoczny, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, CH Beck, 2006, s. 593).

Odnosnie zarzutu dotyczącego oferty wykonawcy Emerson odwołujący Poczta Polska podniósł, iż zaoferowana przez wykonawcę Emerson wydajność procesu, 920 tysięcy sztuk na godzinę, przez cały okres realizacji zamówienia, przewyższa fabryczną wydajność maszyn wskazanych w formularzu DP.4, przy pomocy, których ma nastąpić utrzymanie wydajności procesu przez cały okres obowiązywania umowy. Tak więc oferta tego wykonawcy (wykonawcy Emerson), jako sprzeczna z treścią SIWZ, powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W dniu 7 maja 2012 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 10 maja 2012 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Emerson przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

sygn. akt KIO 938/12

W dniu 26 kwietnia 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Inforsys S.A. z siedzibą w Radzyminie (pełnomocnik konsorcjum); Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, zwanych dalej „odwołującym Inforsys”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, podnosząc iż przepisy ustawy o VAT stanowią, że usługi pocztowe (świadczone przez podmioty inne niż Poczta Polska S.A. realizująca swoje obowiązki powszechnego operatora pocztowego) podlegają opodatkowaniu podatkiem VAT zgodnie ze stawką podstawową, tj. 23%, gdyż nie kwalifikują się do zakresu zwolnienia przewidzianego w art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT. Nadto dodał, iż usługi pocztowe przy świadczeniu, których Poczta Polska S.A. jest podwykonawcą nie mogą być refakturowane jako usługi zwolnione i podlegają opodatkowaniu stawką podstawową, tj. 23%.

W dniu 7 maja 2012 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący Inforsys wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 7 maja 2012 r.) wobec:

1. podjętych przez zamawiającego następujących czynności:
 - a) odrzucenia oferty odwołującego Inforsys,
 - b) dokonania wyboru oferty wykonawcy Emerson jako najkorzystniejszej,
 - c) zawiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 26 kwietnia 2012 r.,
2. zaniechania przez zamawiającego podjęcia następujących czynności:
 - a) wezwania odwołującego Inforsys do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty,
 - b) wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), PTK Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Itella Information Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanych dalej „konsorcjum Poczta Polska” do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów złożonej przez to konsorcjum oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- c) poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej występującej w ofercie złożonej przez wykonawcę Emerson,
- d) poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej występującej w ofercie złożonej przez odwołującego Inforsys,
- e) odrzucenia oferty wykonawcy Emerson jako niezgodnej z treścią SIWZ,

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego Inforsys na podstawie błędnego przyjęcia, że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny w postaci wskazania nieprawidłowej stawki podatku VAT w odniesieniu do „kosztu opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50 gram na terenie RP”,
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Emerson jako najkorzystniejszej, w przypadku braku podstaw do dokonania takiego wyboru, w szczególności bez wcześniejszego dokonania oceny ofert i porównania tej oferty z ofertą odwołującego Inforsys,
3. art. 92 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zawiadomienie wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, w przypadku braku podstaw do dokonania takiego wyboru na tym etapie postępowania,
4. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania od odwołującego Inforsys złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty w zakresie sposobu obliczenia przez niego ceny, tj. przyjętej w ofercie stawki podatku VAT w odniesieniu do pozycji kosztowej w formularzu cenowym pn. „koszt opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50 gram na terenie RP”,
5. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do konsorcjum Poczta Polska o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów złożonej przez to konsorcjum Poczta Polska oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta ta, w zakresie wskazania wysokości „kosztu opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50 gram na terenie RP”, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
6. art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej występującej w pkt. 3 lit. b Formularza OF.O. oferty złożonej przez wykonawcę Emerson,
7. art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej występującej w pkt. 3 lit. b Formularza OF.O. oferty złożonej przez odwołującego Inforsys,
8. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Emerson jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Jednocześnie odwołujący Inforsys wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego Inforsys,
 - b) unieważnienia czynności dokonania wyboru oferty wykonawcy Emerson jako najkorzystniejszej,
 - c) unieważnienia czynności zawiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty,
 - d) wezwania konsorcjum Poczta Polska o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,
 - e) poprawienia w ofercie wykonawcy Emerson oczywistej omyłki rachunkowej występującej w pkt. 3 lit. b Formularza OF.O. tej oferty,
 - f) poprawienia w ofercie odwołującego Inforsys oczywistej omyłki rachunkowej występującej w pkt. 3 lit. b Formularza OF.O. tej oferty,
 - g) odrzucenia oferty wykonawcy Emerson,
2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego Inforsys kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Inforsys wskazał m.in.:

- odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp

Odwołujący Inforsys podniósł m.in., iż pozycji 12 formularza nr OF. 1. „Oferta cenowa” wskazał średnią cenę wartości nominalnej znaczków pocztowych Poczty Polskiej za list polecony ZPO do 50 gram na terenie Polski, oraz znaków opłaty pocztowej innych operatorów pocztowych, które ma zamiar nabywać i następnie odsprzedawać zamawiającemu po cenie równej ich wartości nominalnej jako „koszt opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50 gram na terenie RP”. Podał więc cenę szacunkową, ponieważ zakłada, iż w związku z całkowitą liberalizacją rynku usług pocztowych korzystać będzie z usług alternatywnych operatorów pocztowych. Według jego szacunków średnia cena usługi pocztowej polegającej na doręczeniu listu poleconego do 50 gram na terenie Polski będzie w całym okresie realizacji przedmiotowego zamówienia wynosić będzie 4,03600 zł. I taką też kwotę podał on w formularzu cenowym jako zakładany przez niego przez cały okres realizacji zamówienia średni „koszt opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50 gram na terenie RP”.

- odnośnie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący Inforsys podniósł, iż wybór oferty wykonawcy Emerson jako najkorzystniejszej bez wcześniejszego porównania jego oferty z ofertą odwołującego Inforsys i wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, jak również zawiadomienie wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, pomimo braku na tym etapie postępowania jakiegokolwiek podstawy do dokonania takiego zawiadomienia stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 ustawy Pzp.

- odnośnie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący Inforsys podniósł, iż zamawiający zaniechał żądania od niego złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty w zakresie sposobu obliczenia ceny, tj. przyjętej w ofercie stawki podatku VAT w odniesieniu do pozycji kosztowej w formularzu cenowym pt. „koszt opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50 gram na terenie RP”. Zamawiający, mając wątpliwości co do podania przez odwołującego Inforsys stawki VAT zw. (zwolnienia z opodatkowania) w odniesieniu do kosztu opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50 gram na terenie RP, powinien wezwać go do złożenia wyjaśnień w tym zakresie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

- odnośnie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący Inforsys podniósł, iż zamawiający zaniechał zwrócenia się do konsorcjum Poczta Polska o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów złożonej przez konsorcjum Poczta Polska oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferta ta w zakresie wskazania wysokości „kosztu opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50 gram na terenie RP”, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z Cennikiem Poczty Polskiej, opłata pocztowa za doręczenie listu poleconego ZPO (za zwrotnym potwierdzeniem odbioru) o wadze do 50 gram na terytorium Polski wynosi 5,65 zł. Natomiast konsorcjum (w skład, którego wchodzi Poczta Polska) zaoferowało Zamawiającemu cenę za doręczenie w/w rodzaju przesyłki w wysokości 4,15 zł, co stanowi 73,45 % ceny wynikającej z Cennika. Powyższe rodzi uzasadnione podejrzenie, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

- odnośnie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp

Odwołujący Inforsys podniósł, iż zamawiający zaniechał poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej występującej w pkt. 3 lit. b) Formularza OF.0. ofert złożonych przez wykonawcę Emerson i odwołującego Inforsys. Oczywista omyłka rachunkowa, występująca w pkt. 3 lit. b) Formularza OF.0. oferty złożonej przez wykonawcę Emerson, polega na błędnym zsumowaniu przez tego wykonawcę wartości wydajności procesów personalizacji i kopertowania poszczególnych maszyn wymienionych przez niego w Formularzu DP.4 - Potencjał techniczny, czego konsekwencją było wskazanie, w pkt. 3 lit. b) Formularza OF.0., błędnej nominalnej wydajności procesu personalizacji i kopertowania.

Również wskazana przez odwołującego Inforsys w pkt. 3 lit. b) Formularza OF.0. jego oferty, gwarantowana nominalna wydajność procesu personalizacji i kopertowania, stanowi (podobnie jak w przypadku oferty wykonawcy Emmerson) oczywistą omyłkę rachunkową. Omyłka ta polega na błędnym zsumowaniu przez odwołującego Inforsys wartości wydajności procesów personalizacji i kopertowania poszczególnych maszyn wymienionych przez niego w Formularzu DP.4. - Potencjał techniczny, czego konsekwencją było wskazanie przez

niego, w pkt. 3 lit. b) Formularza OF.0., błędnej (zaniżonej) gwarantowanej nominalnej wydajności procesu personalizacji i kopertowania.

- odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp

Odwołujący Inforsys podniósł, iż oferta wykonawcy Emerson powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ, gdyż w formularzu ofertowym w pkt. 3 lit. d) wykonawca Emerson wskazał, że zapewnia gotowość do realizacji zamówienia w terminie od 1 tygodnia do maksymalnie 5 tygodni. Oferta tego wykonawcy jest więc w tym zakresie ofertą wariantową i jako taka powinna ulec odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ zamawiający nie przewidział możliwości składania ofert wariantowych.

W dniu 7 maja 2012 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 10 maja 2012 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Emmerson przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 10 maja 2012 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum Poczta Polska przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego Poczta Polska i odwołującego Inforsys w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania uznając, iż odwołanie wniesione przez odwołującego Poczta Polska zasługuje na uwzględnienie, natomiast odwołanie wniesione przez odwołującego Inforsys nie zasługuje na uwzględnienie.

sygn. akt KIO 930/12

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, rozdział 6 „Opis sposobu obliczenia ceny oferty (...)”, pkt 6.1. zamieścił wymóg „wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia formularza oferty (OF.1) i określenia w nim – odpowiednio do treści tabeli – cen jednostkowych netto, stawki VAT i cen jednostkowych brutto albo cen ryczałtowych netto i brutto za wymienione tam czynności składające się na świadczenie usługi”.

Nadto zamawiający w formularzu numer OF.1 „OFERTA CENOWA” w kolumnie 3 tabeli „VAT %” wymagał podania stawki podatku VAT dla poszczególnych pozycji tabeli.

Odwołujący Poczta Polska w pozycji 12 tabeli „koszt opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50 g na terenie RP”) w kolumnie 3 tabeli „VAT %” podał „zw.”.

Zamawiający - pismem z dnia 26 kwietnia 2012 r. – poinformował odwołującego Poczta Polska o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że jego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Zamawiający wskazał, iż błąd w obliczeniu ceny polega na zastosowaniu wobec usługi dostarczania listów poleconych ZPO do 50 g na terenie RP zwolnienia od podatku VAT, pomimo że art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT w rozumieniu zgodnym z Dyrektywą Rady 2006/11/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej ustanawia zwolnienie od podatku VAT jedynie dla tych usług pocztowych, które świadczy publiczny operator publiczny, działając właśnie w takim charakterze. Sam status powszechnego operatora pocztowego jest niewystarczający do stwierdzenia, że wszelkie świadczone przez niego usługi pocztowe będą podlegać zwolnieniu z VAT, a w przedmiotowym zamówieniu konsorcjum Poczta Polska nie realizuje swoich obowiązków powszechnego operatora pocztowego w celu zapewnienia powszechnego dostępu do usług pocztowych, lecz dla potrzeby indywidualnej umowy zawieranej z zamawiającym.

Odwołujący Poczta Polska zakwestionował powyższe wnosząc odwołanie na czynność oceny i odrzucenia jego oferty, zarzucając zamawiającemu m. in. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i podnosząc m.in., iż dopóki przepisy ustawy o VAT zezwalają na stosowanie zwolnienia z podatku VAT dla usług pocztowych świadczonych przez Poczta Polską, nie zawężając zwolnienia do usług świadczonych w interesie publicznym, dopóty nie

ma podstaw do ograniczenia zakresu stosowania zwolnienia z podatku VAT wyłącznie do usług powszechnych świadczonych przez Poczta Polska.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT stanowi, iż zwalnia się od podatku usługi pocztowe oraz dostawę towarów ściśle z tymi usługami związaną – realizowane przez operatora obowiązującego do świadczenia powszechnych usług pocztowych. Dla zastosowania tego zwolnienia koniecznym jest spełnienie dwóch kryteriów (przedmiotowego i podmiotowego). Tak więc objęte są nim „usługi pocztowe oraz dostawa towarów ściśle z tymi usługami związaną” (kryterium przedmiotowe). Usługę pocztową – zgodnie z treścią art. 2 ust. 1 ustawy Prawo pocztowe - stanowi m.in. „wykonywane w obrocie krajowym lub zagranicznym zarobkowe:

- przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek oraz druków nieopatrzonych adresem,
- prowadzenie punktów wymiany umożliwiających przyjęcie i wymianę korespondencji między podmiotami korzystającymi z obsługi tych punktów,
- realizowanie przekazów pocztowych”.

Dopiero w ramach ww. usługi (usługi pocztowej) wyróżnia się powszechne usługi pocztowe, w ramach, których wyodrębnia się tzw. usługi zastrzeżone (dla operatora publicznego), których granica wagowa wynosi 50 g, a więc przesyłek nieprzekraczających 50 g. Niemniej jednak z treści art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT nie wynika zawężenie tego pojęcia (pojęcia „usług pocztowych”) czy to do pojęcia „powszechnych usług pocztowych, czy też do pojęcia „usług zastrzeżonych”. Przeciwnie z przepisu tego jednoznacznie wynika, iż zwolnieniem objęte są wszystkie usługi pocztowe, o ile są „realizowane przez operatora obowiązującego do świadczenia powszechnych usług pocztowych” (ziszczania się także kryterium podmiotowego), a więc realizacji „usługi pocztowej” przez określony i ściśle wskazany podmiot. Obecnie jedynym operatorem publicznym jest Poczta Polska S.A., którą ustawodawca zobowiązał do wykonywania zadań operatora publicznego, a tym samym do świadczenia powszechnych usług pocztowych.

Oznacza to, że warunek przedmiotowy spełnia każdy operator, w tym także operator publiczny. Natomiast warunek podmiotowy spełnia tylko i wyłącznie „operator obowiązujący do świadczenia powszechnych usług pocztowych”, status którego przyznano Poczcie Polskiej S.A. Tym samym – w myśl art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT - Poczta Polska S.A. jest podmiotem uprawnionym do korzystania ze zwolnienia określonego w tym przepisie.

Powyższe (art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT) jest zgodne z literalną treścią implementowanej do prawa polskiego Dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (art. 132 ust. 1 lit. a), która stanowi, iż państwa członkowie zwalniają „świadczenie usług przez pocztę państwową i

dostawa towarów z tymi usługami związaną, z wyjątkiem przewozu osób i usług telekomunikacyjnych”. Ów przepis ma więc tak, jak i art. 43 ust. 1 pkt 17 polskiej ustawy o VAT, charakter przedmiotowo-podmiotowy, gdyż dotyczy usług pocztowych oraz dostawy towarów ściśle z tymi usługami związanej świadczonych przez wyznaczonego operatora publicznego. Art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT stanowi bowiem, iż zwalnia się od podatku „usługi pocztowe oraz dostawę towarów ściśle z tymi usługami związaną - realizowane przez operatora obowiązującego do świadczenia powszechnych usług pocztowych”. Polskie przepisy, w ich literalnym brzmieniu, odpowiadają Dyrektywie 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej w kwestionowanym zakresie. Istotę sporu stanowi natomiast wykładania art. 132 ust. 1 lit. a) implementowanej dyrektywy, która znalazła odzwierciedlenie w wyroku ETS z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie C-357/07 TNT Post UK Ltd. Zdaniem ETS „zwolnienia publicznych usług pocztowych z podatku VAT nie można interpretować w taki sposób, iż wszelkie dokonywane przez publiczne służby pocztowe świadczenia usług i dostawy towarów z nimi związane są zwolnione z podatku. Zwolnienie dotyczy jedynie takich świadczeń, które publiczne służby pocztowe wykonują jako takie (...) Zwolnienie z podatku nie może mieć zastosowania do szczególnych usług – do, których należą usługi odpowiadające potrzebom indywidualnych podmiotów gospodarczych – które można oddzielić od usług świadczonych w interesie publicznym”. Oczywiście jest, iż stosując prawo krajowe, należy dokonać jego wykładni w taki sposób, aby osiągnąć cel dyrektywy. Niemniej jednak „proeuropejska wykładnia prawa powinna mieć miejsce wyłącznie wówczas, gdy wykładania językowa nie prowadzi do odpowiedzi w przedmiocie treści przepisów polskiego prawa. W szczególności znajdzie zastosowanie, gdy przepisy prawa UE (...) powodują niejasności interpretacyjne. Wykładnia proeuropejska prawa nie powinna mieć miejsca wtedy, gdy będzie to prowadziło do rezultatów sprzecznych z efektami wykładni językowej, mogłoby to bowiem doprowadzić do niedopuszczalnej wykładni *contra legem*. (...) wykonując obowiązek dokonywania wykładni prawa wewnętrznego w świetle brzmienia i celu dyrektywy, sąd krajowy nie może wykraczać poza wyraźne brzmienie przepisu prawa wewnętrznego” (wyrok NSA z dnia 13 maja 2008 r., sygn. akt I FSK 600/07). A ponieważ dyrektywy mają bezpośrednią skuteczność w relacji jednostka wobec państwa oznacza to, że organy państwa nie mogą nakładać na osoby fizyczne i prawne obowiązków, które nie tylko, że nie wynikają wprost z treści samej dyrektywy, ale i z przepisów prawa krajowego. Wykładania prawa krajowego nie może bowiem być dokonywana w sposób dowolny i prowadzić do nakładania na podatnika obowiązków niewyrażonych wprost w przepisach prawa krajowego, gdyż „fundamentalną zasadą prawa podatkowego (...) jest to, że zakres przedmiotu opodatkowania musi być precyzyjnie określony w ustawie podatkowej, a interpretacja jej przepisów nie może być rozszerzająca” (wyrok SN z dnia 22 października

1992 r., sygn. akt III ARN 50/92). Tak więc wykładnia ta musi być zgodna z zasadą nieretroaktywności prawa oraz zasadą bezpieczeństwa prawnego, czyli nie może być dokonana wbrew prawu krajowemu. Na gruncie niniejszej sprawy Poczta Polska S.A. występuje jako przedsiębiorca i podatnik, który ma pełne prawo korzystać z uprawnień przyznanych mu przepisami podatkowego prawa krajowego. „Przedmiotu opodatkowania nie można bowiem domniemywać i określać go w oparciu o stosowanie wykładni celowościowej lub prowsólnotowej, prowadzącej do rozszerzenia obowiązku podatkowego na czynności, które w świetle treści interpretowanych przepisów nie są objęte takim obowiązkiem” (wyrok NSA z dnia 13 maja 2008 r., sygn. akt I FSK 600/07). W przypadku jakichkolwiek niezgodności obowiązujących przepisów prawa z przepisami prawa europejskiego i ich wykładni to obowiązkiem państwa jest doprowadzenie przepisów do ich zgodności i nie obciążanie podatników negatywnymi skutkami w ich funkcjonowaniu. A ponieważ obowiązkiem podatkowym – w świetle przepisów ustawy o VAT – nie są objęte usługi pocztowe realizowane w ramach umów indywidualnych przez operatora obowiązującego do świadczenia powszechnych usług pocztowych nie można obowiązkowo, który nie wynika z przepisów krajowego prawa podatkowego – w świetle powyższych rozważań – rozszerzyć na Poczta Polska S.A. Z treści art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT jednoznacznie bowiem wynika, iż Poczta Polska S.A. jest podmiotem uprawnionym do korzystania ze zwolnienia określonego w tym przepisie. Usługa oferowana w ramach przedmiotowego zamówienia nie jest powszechną usługą pocztową, gdyż wykonawca ubiegający się o zamówienie jedynie przyjmuje warunki umowy, która ma zostać zawarta w wyniku tego postępowania, zaproponowane przez zamawiającego. Jednak w takim wypadku Poczta Polska S.A. ma prawo skorzystać z tego zwolnienia. Powyższe potwierdzają indywidualne interpretacje podatkowe przedłożone przez odwołującego Poczta Polska wskazujące na to, że nawet usługa realizowana przez Poczta Polska S.A. nie będąca powszechną usługą pocztową, także korzysta ze zwolnienia z podatku VAT.

Nieuzasadnione jest również stanowisko zamawiającego, iż musi on uwzględnić już na obecnym etapie postępowania, z uwagi na wieloletni okres obowiązywania umowy, zmiany prawa, które prawdopodobnie nastąpią od 1 stycznia 2013 r. i będą dotyczyły art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT, celem zgodności z wykładnią art. 132 ust. 1 lit. a) Dyrektywy 2006/112/WE, która winna być dokonana w kontekście wyroku ETS z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie C-357/07 TNT Post UK Ltd. W treści projektu umowy zamawiający zagwarantował bowiem sobie zmianę postanowień umowy w stosunku do treści oferty złożonej przez wykonawcę m.in. „w przypadku zmiany obowiązującej stawki VAT – dopuszcza się możliwość zmiany maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy określonego w §8 ust. 1 lit. b) umowy odpowiednio do stawki VAT”. Przewidział więc możliwość zmiany stawki podatku VAT w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.

Reasumując stwierdzić należy, iż oferta odwołującego Poczta Polska nie zawiera błędu w obliczeniu ceny.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający - pismem z dnia 26 kwietnia 2012 r. – poinformował odwołującego Poczta Polska o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Pzp, jako że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Zamawiający wskazał, iż złożenie oferty przez odwołującego Poczta Polska stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w związku z czym oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji zamawiający uznał działanie Poczty Polskiej S.A. polegające na kształtowaniu rabatu na usługę doręczania listów poleconych z ZPO do 50 g (wskazaną w pkt. 12 formularza OF.1) na poziomie 26,549 % w przypadku, w którym Poczta Polska S.A. występuje w postępowaniu jako lider konsorcjum (oferta nr 1) oraz na poziomie 6% w przypadku, w którym Poczta Polska S.A. jest podwykonawcą (oferta nr 2). Nadto dodał, iż działanie Poczty Polskiej S.A. polegające na odmiennym określaniu poziomu rabatu na tę samą usługę w ofercie, którą Poczta Polska S.A. składa jako lider konsorcjum, a odmiennie w ofercie, w której występuje jako podwykonawca, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący Poczta Polska zakwestionował powyższe wnosząc odwołanie na czynność oceny i odrzucenia jego oferty, zarzucając zamawiającemu m. in. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez przyjęcie, że odmiennie określenie poziomu rabatu na tę samą usługę w ofercie, którą Poczta Polska S.A. składa jako lider konsorcjum, a odmiennie w ofercie, w której występuje jako operator publiczny, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, podczas gdy są to różne usługi, oraz ustawowo różny status Poczty Polskiej S.A. Odwołujący Poczta Polska nadto podniósł, iż zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu jego oferty nie wskazał, która z okoliczności wyliczonych w art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji znajduje zastosowanie dodając, iż różnicowanie cen wobec różnych klientów jest normalną praktyką handlową, a swoboda ustalania cen obejmuje także prawo obniżania ceny swoich towarów z korzyścią dla poszczególnych klientów i nie da się z tego wyprowadzić generalnego zakazu różnicowania cen.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp jedną z przesłanek odrzucenia oferty jest sytuacja, w której „jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” (art. 89 pkt 3 ustawy Pzp). A ponieważ jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych jest wyrażona w art. 7 ustawy Pzp zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców uzasadnionym jest odrzucenie oferty wykonawcy, który naruszył tę właśnie regułę. Dlatego też „zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp) oraz uzasadniony przez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy (...) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...), np. art. 3 ust. 1, art. 15 ust. 1 pkt 3 tej ustawy (...); uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowanie go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1”. (P.Granecki, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s. 254).

W niniejszym stanie faktycznym oferta odwołującego Poczta Polska została odrzucona na podstawie klauzuli generalnej zawartej w art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (pismo z dnia 26 kwietnia 2012 r. – „Informacja o wyborze oferty”). Przepis ten określa czyny nieuczciwej konkurencji w sposób przykładowy. Dlatego też na jego podstawie można wskazywać i inne czyny polegające na utrudnieniu uczciwej konkurencji niż czyny wskazane w nim wprost. Czyn przypisany odwołującemu Poczta Polska jest więc takim „innym” czynem niż czyn opisany wprost w powołanym wyżej przepisie. Zamawiający, odwołując się do powyższej klauzuli generalnej, opisał bowiem zachowanie odwołującego Poczta Polska, które – w jego ocenie – wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji i polega na odmiennym określeniu poziomu rabatu na tę samą usługę w ofercie, którą Poczta Polska S.A. składa jako lider konsorcjum, a odmiennie w ofercie, w której występuje jako podwykonawca. Niemniej jednak stwierdzenie czy konkretne zachowanie wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wymaga każdorazowo dokładnej analizy zaistnienia znamion takiego czynu, gdyż „nie każde utrudnienie dostępu do rynku stanowi naruszenie ustawy, lecz jedynie takie, które nie wynika z prowadzonej dozwolonymi metodami walki konkurencyjnej” (E.Nowińska, Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2007, s. 180). Niewątpliwie Poczta Polska S.A. ma monopol prawny wynikający z art. 47 ust. 1 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo pocztowe (tj.: Dz. U. z 2008 r., Nr 189, poz. 1159 z późn. zm.) na świadczenie zastrzeżonych usług pocztowych, a więc na świadczenie usług, które w tym konkretnym postępowaniu zostały wyspecyfikowane w pozycji 12 („koszt opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50 g na terenie RP”) formularza numer OF.1. „OFERTA CENOWA”. Wykonawca, ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, mógł więc samodzielnie świadczyć tę usługę za pobraniem opłaty w wysokości nie niższej niż dwu i półkrotność opłaty za przyjęcie, przemieszczenie i doręczenie przesyłki listowej stanowiącej przesyłkę najniższego

przedziału wagowego najszybszej kategorii określonej w cenniku powszechnych usług pocztowych operatora publicznego lub też zawrzeć z operatorem publicznym, a więc Poczta Polska S.A. umowę o świadczenie powszechnych usług pocztowych. Poczta Polska S.A. świadcząc powszechnie usługi pocztowe, a więc te, które są zastrzeżone na rzecz operatora publicznego, a takim operatorem (operatorem publicznym) – zgodnie z art. 46 ust. 2 ustawy Prawo pocztowe - jest Poczta Polska S.A., na rzecz innych operatorów pocztowych, nie posiadających statusu operatora publicznego działa m.in. w oparciu o „Regulamin świadczenia powszechnych usług pocztowych” z uwzględnieniem aktów wewnętrznych, w tym mając na uwadze „Szczegółowe zasady udzielania opustów od opłat za powszechną usługę pocztową przesyłka polecona świadczoną przez Poczta Polska S.A.”. I w oparciu o te właśnie dokumenty (zasady udzielania opustów), przy zadeklarowaniu przez wykonawcę Emerson ilości 6.000.000 sztuk przesyłek poleconych, zaoferowała temu wykonawcy rabat na poziomie 6%, a więc w wysokości zgodnej ze „Szczegółowymi zasadami udzielania opustów od opłat za powszechną usługę pocztową przesyłka polecona świadczoną przez Poczta Polska S.A., stanowiącym Załącznik nr 2 do Uchwały Nr 365/2010 Zarządu Poczty Polskiej S.A. z dnia 23 listopada 2010 r. Tak więc w przypadku tej usługi (realizowanej na rzecz wykonawcy Emerson) Poczta Polska S.A. świadczyć miała powszechną usługę pocztową, którą operator publiczny zobowiązany jest świadczyć na rzecz innych operatorów z zastosowaniem rabatów wynikających z obowiązującej taryfy. Nie można więc Poczcie Polskiej S.A. czynić zarzutu udzielenia tylko takiego ściśle określonego rabatu (6%), rabatu wynikającego z oficjalnego cennika, jak również braku zastosowania „taryfy specjalnej” dla wykonawcy Emerson, gdyż zastosowanie „taryfy specjalnej” następuje tylko w przypadku zaistnienia określonych warunków (art. 50 ust. 3 pkt 1 i 3 ustawy Prawo pocztowe), w sytuacji gdy Poczta Polska S.A. zastosowała rabat z cennika (zatwierdzonego przez Prezesa UKE), a więc udzielenie rabatu dla wykonawcy Emerson odbyło się w granicach obowiązującego prawa.

Ustalenia wymaga także, czy usługa oferowana zamawiającemu przez odwołującego Poczta Polska (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z liderem konsorcjum Poczta Polska S.A.) jest tą samą usługą (powszechną usługą pocztową), którą Poczta Polska S.A. zobowiązana jest świadczyć na rzecz innych operatorów. W niniejszym postępowaniu – jak podniósł odwołujący Poczta Polska – zaoferował on zamawiającemu nie powszechną usługę pocztową, ale będącą przedmiotem zamówienia usługę „personalizowania, wydruku, konfekcjonowania, kopertowania i doręczania korespondencji”, w skład której wchodzi element (usługa pocztowa) o nazwie „koszt opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50 g na terenie RP”. Fakt wyodrębnienia tej usługi – jak podniósł odwołujący Poczta Polska - wynika wyłącznie ze sposobu przygotowania przez zamawiającego formularza numer OF.1. „OFERTA CENOWA” i sposobu jej rozliczania.

Usługa ta (poz. 12) nie stanowi bowiem osobnego przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia nie jest więc powszechna usługa pocztowa, lecz usługa umowna, której elementem jest usługa pocztowa. Dlatego też odwołujący Poczta Polska, kalkulując rabat wskazany w poz. 12 formularza OF.1. uwzględnił tę okoliczność. Cennik powszechnych usług pocztowych zatwierdzony przez prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej ma bowiem zastosowanie wyłącznie do powszechnych usług pocztowych, nie zaś do usług umownych. Tak więc w każdym przypadku, gdy operator publiczny świadczy usługę powszechną na rzecz innego operatora powinien zastosować rabat wynikający z zatwierzonego cennika. Cennik ten nie dotyczy jednak sytuacji, w których ta konkretnie wskazana usługa świadczona jest na rzecz innego podmiotu, podmiotu nie będącego operatorem w ramach umowy indywidualnej. W niniejszym stanie faktycznym usługa będąca przedmiotem zamówienia świadczona jest na rzecz podmiotu (zamawiającego), który nie jest operatorem, a usługa wskazana w pozycji 12 formularza OF.1. jest tylko jednym z elementów kompleksowej usługi. Dlatego też Poczta Polska mogła zastosować rabat inny niż wynikający z obowiązującego cennika. Tym samym w tym konkretnym przypadku nie można Poczcie Polskiej S.A. postawić zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Emerson nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w części I SIWZ „WARUNKI OGÓLNE”, ust. 3 „Wykonawca” postawił warunek, iż „o udzielnie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy nie podlegający wykluczeniu na podstawie przepisów art. 24 ustawy Pzp”, na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, żądając złożenia m.in.: „wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu, urządzeń dostępnych Wykonawcy w celu realizacji zamówienia, zgodnie ze wzorem określonym w formularzu nr DP.4. („Potencjał techniczny”) zawierającym wszystkie te dane, które umożliwiają ocenę spełniania warunku w zakresie potencjału technicznego” (pkt 3.9.4.).

W formularzem nr DP.4. „POTENCJAŁ TECHNICZNY” poniżej tabeli zamieszczono następującą treść „Oświadczamy, że w oparciu o powyższy potencjał techniczny gwarantujemy utrzymanie wydajności procesu przez cały okres trwania umowy przynajmniej na poziomie deklarowanym w ofercie (OF.0.)”.

Nadto w części II SIWZ „WARUNKI SZCZEGÓLNE” ust. A „Warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, pkt 1 wskazał, iż „o udzielnie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy spełniający warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczące: (...) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

Wykonawca powinien wykazać, że dysponuje w miejscu prowadzenia działalności niezbędnym potencjałem technicznym składającym się przynajmniej z:

- a) urządzeń drukujących o rozdzielczości minimalnej 600x600 DPI, zapewniających personalizację dokumentów o wydajności co najmniej 150 000 szt. arkuszy A4/godz.,
- b) urządzeń do kopertowania druków o wydajności co najmniej 75 000 szt. arkuszy A4/godz.”

Zamawiający w części II SIWZ „WARUNKI SZCZEGÓLNE” ust. B „Kryteria oceny ofert” pkt 1 jako jedno z kryteriów oceny ofert wskazał „oferowana nominalna wydajność procesu personalizacji i kopertowania – 25%”, podając w punkcie 5, iż „porównaniu będzie podlegała oferowana i gwarantowana przez Wykonawcę wydajność procesu personalizacji i kopertowania (...). Oferowaną wydajność Wykonawca wskaże w ofercie podając oferowaną i gwarantowaną przez siebie ilość personalizowanych i zakopertowanych sztuk obrazów A4 na godzinę. (...)”.

Wykonawca Emerson w formularzu numer OF.0. „OFERTA” (str. 2 oferty) zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia „z gwarancją nominalną wydajności procesu personalizacji i kopertowania na poziomie nie mniejszym niż 920 tysięcy sztuk na godzinę przez cały okres realizacji zamówienia” (pkt 3 lit. b). W załączeniu do oferty wykonawca ten złożył formularz numer DO.4. „POTENCJAŁ TECHNICZNY” (str. 37-38 oferty).

Odwołujący Poczta Polska podniósł, iż oferta wykonawcy Emerson winna być odrzucona jako sprzeczna z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż zaoferowana przez tego wykonawcę wydajność procesu 920 tysięcy sztuk na godzinę, przez cały okres realizacji zamówienia, przewyższa fabryczną wydajność maszyn wskazanych w formularzu DP.4., przy pomocy, których ma nastąpić utrzymanie wydajności procesu przez cały okres obowiązywania umowy.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż w treści SIWZ, poza żądaniem podania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia nominalnej wydajności procesu personalizacji i kopertowania zamawiający nie określił choćby minimalnych wymogów co do oczekiwanej wydajności procesu. Nie podał także w jaki sposób tę wydajność należy wyliczyć, a więc czy należy zsumować wydajność maszyn do personalizacji i maszyn do kopertowania, czy też wydajność tę wyliczyć w jakiś inny ściśle określony sposób. Oznacza to więc, iż na skutek braku w SIWZ takiego jednoznacznego postanowienia, wykonawcom pozostawiono dowolność co do sposobu wyliczenia wielkości procesu personalizacji i kopertowania. Z treści SIWZ nie wynika bowiem, wbrew twierdzeniom zamawiającego, iż należało zsumować wydajność maszyn użytych do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie personalizacji i kopertowania. Nieuprawnionym jest także twierdzenie zamawiającego, iż brak jest związku pomiędzy deklaracją zawartą na stronie pierwszej

formularza numer OF.0. „OFERTA”, a treścią formularza numer DP.4. „POTENCJAŁ TECHNICZNY”. Skoro wykonawcy deklarowali, zgodnie z formularzem numer DP.4., iż w oparciu o ten właśnie potencjał techniczny utrzymają nominalną wydajność procesu to maszyny wymienione w tym formularzu (DP.4.) stanowiły podstawę do wyliczenia tej wydajności w taki bądź inny sposób. Jednak w SIWZ nie wskazano – jak słusznie podniósł przystępujący Emerson – czy ma to być maksymalna fabrycznie wskazana wydajność danej maszyny gwarantowana przez producenta, czy też wydajność gwarantowana przez wykonawcę w tym konkretnym postępowaniu. Wykonawcy deklarowali bowiem, iż w oparciu o te właśnie maszyny uzyskają wskazaną w formularzu OF.0. ściśle określoną i deklarowaną wydajność procesu. Formularz numer DP.4. nie był więc składany tylko i wyłącznie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Potwierdzał także, iż zamówienie będzie realizowane przy użyciu wyspecyfikowanych w tym formularzu maszyn. W tej sytuacji istotną była jedynie wielkość zadeklarowana przez wykonawcę w ofercie bez względu na to w jaki sposób ta nominalna wydajność procesu personalizacji i kopertowania została wyliczona. Oferta wykonawcy Emerson jest więc w tym zakresie zgodna z treścią SIWZ. Odwołujący Poczta Polska, stawiając ów zarzut - zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ - podniósł, iż nominalna wydajność procesu zadeklarowana przez wykonawcę Emerson przewyższa fabryczną wydajność maszyn wskazanych w formularzu numer DP.4., jednak nie poparł go żadnymi dowodami. Jego twierdzenia są gołosłowne i niczym uzasadnione. Odwołujący Poczta Polska nie wykazał bowiem, iż faktycznie podczas procesu personalizacji i kopertowania można wydrukować i zakopertować tylko określoną ilość obrazów i ilość ta jest inna niż ta ilość, którą zadeklarował wykonawca Emerson. Poza liczbami nie przedstawił choćby symulacji procesu personalizacji i kopertowania, który wyliczony – w jego ocenie – w sposób prawidłowy daje inną wartość nominalnej wydajności procesu niż zadeklarowana w ofercie wykonawcy Emerson. Dlatego też w świetle powyższego, uwzględniając brak stosownych postanowień SIWZ, które jednoznacznie określałyby sposób wyliczenia wydajności procesu personalizacji i kopertowania, Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

sygn. akt KIO 938/12

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, rozdział 6 „Opis sposobu obliczenia ceny oferty (...)”, pkt 6.1. zamieścił wymóg „wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia formularza oferty (OF.1.) i określenia w nim – odpowiednio do treści tabeli – cen jednostkowych netto, stawki VAT i cen jednostkowych brutto albo cen

ryczałtowych netto i brutto za wymienione tam czynności składające się na świadczenie usługi”.

Nadto zamawiający w formularzu numer OF.1. „OFERTA CENOWA” w kolumnie 3 tabeli „VAT %” wymagał podania stawki podatku VAT dla poszczególnych pozycji tabeli.

Odwołujący Inforsys w pozycji 12 tabeli „koszt opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50 g na terenie RP”) w kolumnie 3 tabeli „VAT %” podał „zw”.

Zamawiający, pismem z dnia 26 kwietnia 2012 r., poinformował odwołującego Inforsys o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, podnosząc iż przepisy ustawy o VAT stanowią, że usługi pocztowe (świadczone przez podmioty inne niż Poczta Polska S.A. realizująca obowiązki powszechnego operatora pocztowego) podlegają opodatkowaniu podatkiem VAT zgodnie ze stawką podstawową, tj. 23%, gdyż nie kwalifikują się do zakresu zwolnienia przewidzianego w art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT. Nadto dodał, iż usługi pocztowe przy świadczeniu, których Poczta Polska S.A. jest podwykonawcą nie mogą być refakturowane jako usługi zwolnione i podlegają opodatkowaniu stawką podstawową, tj. 23%.

Odwołujący Inforsys zakwestionował powyższe, wnosząc odwołanie na czynność oceny i odrzucenia jego oferty, zarzucając zamawiającemu, iż błędnie ocenił podstawę prawną zwolnienia z opodatkowania podatkiem VAT zastosowaną przez odwołującego Inforsys, gdyż był on uprawniony do zastosowania zwolnienia z podatku VAT w odniesieniu do poz. 12 tabeli na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 4 ustawy o VAT.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Przedmiotem zamówienia w niniejszym stanie faktycznym jest kompleksowa usługa obejmująca „świadczenie usług personalizowania, wydruku, konfekcjonowania kopertowania, doręczania korespondencji”. Wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie zobowiązani byli przedstawić zamawiającemu „koncepcję realizacji zamówienia” oraz wycenić czynności wyspecyfikowane w formularzu numer OF.1. „OFERTA CENOWA” składające się na miesięcznie świadczoną usługę. W pozycji 12 przedmiotowego formularza wyceniona miała być więc usługa o nazwie „koszt opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50 g na terenie RP”, a więc pozycja zawierająca opłatę z tytułu świadczenia usług doręczania korespondencji ZPO na rzecz zamawiającego. Tym samym nie mogła być w niej wyceniona, jak twierdził odwołujący Inforsys, tylko i wyłącznie sprzedaż (dostawa) znaczków, gdyż na żadnym etapie postępowania nie nastąpi ich wydanie zamawiającemu. Podmiotem świadczącym usługę pocztową dostawy znaczków będzie operator pocztowy, a nie podmiot dokonujący dostawy znaczków. Tak więc umowę z operatorem pocztowym zawrze podmiot, który uzyska zamówienie, a nie zamawiający, który będzie stroną umowy, której przedmiotem jest „świadczenie usług personalizowania, wydruku, konfekcjonowania kopertowania, doręczania korespondencji”. Określenie „koszt opłaty za list polecony ZPO do

50 gram na terenie RP” – jak podniósł zamawiający – dotyczyło jedynie sposobu obliczenia całkowitej ceny za przedmiot zamówienia i w żaden sposób nie oznaczało woli nabycia znaczków pocztowych przez zamawiającego. Jak bowiem wynika z pisma zamawiającego z dnia 18 stycznia 2012 r. (odpowiedź na pytanie nr 1) do obowiązków umownych wykonawcy należeć będzie doręczenie korespondencji, a zatem wydawanie jej właściwym adresatom, a nie tylko dostarczanie znaczków zamawiającemu. Decyzji wykonawcy zamawiający pozostawił więc to, czy wykonawca powierzy wykonywanie tej usługi podwykonawcy czy będzie wykonywał ją samodzielnie, przy czym „zawarcie umowy z podwykonawcą nie stwarza żadnych stosunków zobowiązaniowych pomiędzy zamawiającym i którymkolwiek z podwykonawców a w szczególności w zakresie odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia za usługi wykonane przez podwykonawców” (§ 2 ust. 7 i 8 projektu umowy). Odwołujący Inforsys nie był więc uprawniony do zastosowania, w ramach tej pozycji zwolnienia z opodatkowania podatkiem VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 4 ustawy o VAT, który stanowi, iż zwalnia się od podatku „dostawę za cenę równą wartości nominalnej znaczków pocztowych, znaków skarbowych i innych znaków tego typu”. Przepis ten przedmiotem zwolnienia obejmuje bowiem – jak słusznie podniósł przystępujący Emerson - jedynie dostawę znaczków pocztowych a nie ich odsprzedaż przez nabywcę (operatora świadczącego usługi pocztowe) na rzecz kolejnego nabywcy. Operator sprzedając znaki opłaty skarbowej faktycznie sprzedaje usługę pocztową bowiem znaki te nie są towarem lecz stanowią zapłatę za wykonanie usługi. Na żadnym etapie postępowania nie nastąpi więc wydanie zamawiającemu znaczków. Natomiast będą one wykorzystane do zapewniania doręczenia przesyłek pocztowych. Dlatego też brak było podstaw do zastosowania tego zwolnienia. Nie mogła jej stanowić przedłożona przez odwołującego Inforsys interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 30 marca 2011 r. nr ILPP2/443-2024/10-6/MN, gdyż nie dotyczy tego konkretnego stanu faktycznego, jak również nie została wydana na jego wniosek. Natomiast skutki takiej interpretacji dotyczą tylko tego podmiotu, dla którego została ona wydana i wyłącznie w odniesieniu do konkretnie przedstawionego stanu faktycznego. Nie dotyczą więc odwołującego Inforsys.

Odwołujący Inforsys nie mógł również, w ramach tej pozycji, zastosować zwolnienia z podatku VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT, w myśl którego zwalnia się od podatku „usługi pocztowe oraz dostawę towarów ściśle z tymi usługami związaną” (kryterium przedmiotowe) – realizowane przez operatora obowiązane do świadczenia powszechnych usług pocztowych (kryterium podmiotowe). O ile kryterium przedmiotowe spełnia każdy operator to nie spełnia jednak drugiego kryterium (kryterium podmiotowe). Kryterium podmiotowe spełnia bowiem tylko i wyłącznie „operator obowiązany do świadczenia powszechnych usług pocztowych”, status którego przyznano Poczcie Polskiej S.A. Tym samym odwołujący Inforsys nie jest podmiotem uprawnionym do korzystania ze zwolnienia

określonego i w tym przepisie (art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT). Dlatego też zamawiający prawidłowo uczynił odrzucając ofertę odwołującego Inforsys.

Nadto należy dodać, iż „określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny (...)” (uchwała SN z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11). W konsekwencji powyższego Izba jest uprawniona i zobowiązana do rozstrzygnięcia w sprawach dotyczących zastosowania prawidłowej stawki podatkowej.

Nie potwierdził się także zarzut zaniechania wezwania odwołującego Inforsys na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty w zakresie sposobu obliczenia przez niego ceny, tj. przyjętej stawki podatku VAT w odniesieniu do pozycji 12 formularza numer OF.1.

Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp daje zamawiającemu możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert. Niemniej jednak ta procedura nie może skutkować wprowadzeniem jakichkolwiek zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie i nie mogą jej zmieniać. W niniejszym stanie faktycznym treść oferty odwołującego nie budzi żadnych wątpliwości. Odwołujący Inforsys w pozycji 12 tabeli „koszt opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50 g na terenie RP”) w kolumnie 3 tabeli „VAT %” podał bowiem „zw”. Tymczasem w pozycji tej nie mógł on zastosować zwolnienia przewidzianego w art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT, właściwego dla tej pozycji, gdyż zwolnienie to możliwym jest do zastosowania tylko i wyłącznie w przypadku łącznego spełnienia dwóch kryteriów (przedmiotowego i podmiotowego) wynikających z tego przepisu, a z którego to zwolnienia odwołujący Inforsys z uwagi na niespełnienie kryterium podmiotowego nie mógł skorzystać. Nie mógł on także skorzystać z innego zwolnienia, na które powoływał się w treści wniesionego odwołania, tj. art. 43 ust. 1 pkt 4 ustawy o VAT, gdyż przedmiotem kalkulacji w tej pozycji była usługa doręczania korespondencji, a nie – jak błędnie wskazywał odwołujący Inforsys - dostawa znaczków. Niemniej jednak oferta odwołującego Inforsys - jak podniósł zamawiający na rozprawie – mając na uwadze treść „koncepcji realizacji zamówienia” jest w tym zakresie zgodna z treścią SIWZ. Dlatego też Izba uznała, iż brak było podstaw do zastosowania tego przepisu i wezwania odwołującego Inforsys do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu zwrócenia się do Konsorcjum Poczta Polska o udzielenie wyjaśnień dotyczących

elementów złożonej oferty celem ustalenia czy oferta ta w pozycji 12 zawiera rażąco niską cenę nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Konsorcjum Poczta Polska w pozycji 12 formularza numer OF.1. „OFERTA CENOWA” wpisał: w kolumnie „cena jednostkowa netto” kwotę „4,15000 zł”, w kolumnie „VAT%” „zw.”, w kolumnie „cena jednostkowa brutto” kwotę „4,15000 zł”, w kolumnie „Ilość czynności w okresie 1 miesiąca” ilość „500 000 sztuk” i w kolumnie „Cena brutto za miesiąc świadczenia usługi” kwotę „2 075 000,00 zł”.

Odwołujący Inforsys podniósł, iż zamawiający zaniechał zwrócenia się do tego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów złożonej przez niego oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferta ta w zakresie wskazania wysokości „kosztu opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50 gram na terenie RP”, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z Cennikiem Poczty Polskiej, opłata pocztowa za doręczenie listu poleconego ZPO (za zwrotnym potwierdzeniem odbioru) o wadze do 50 gram na terytorium Polski wynosi 5,65 zł. Natomiast Konsorcjum (w skład którego wchodzi Poczta Polska) zaoferowało zamawiającemu cenę za doręczenie w/w rodzaju przesyłki w wysokości 4,15 zł, co stanowi 73,45 % ceny wynikającej z Cennika. Powyższe rodzi uzasadnione podejrzenie, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy z pisemnym wnioskiem o złożenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty, przy czym „obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego wówczas, gdy poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska. Jednak muszą to być wątpliwości uzasadnione, poprzedzone dokładną analizą oferty” (wyrok SO w Olsztynie, sygn. akt V Ga 122/10). Przepis ten pozostawia więc zamawiającemu decyzję co do tego czy w danych okolicznościach uzasadnionym jest podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny. W niniejszym stanie faktycznym zamawiający – jak oświadczył na rozprawie – nie znalazł niczego, co mogłoby sugerować rażąco niską cenę. Różnice w cenach ofert nie były rażące, natomiast wszystkie oferty – jak wynika z protokołu postępowania (DRUK ZP-PN) - znacząco odbiegały od wartości szacunkowej zamówienia. Niemniej jednak odwołujący Inforsys nie kwestionował ceny zaoferowanej przez konsorcjum Poczta Polska za realizację całego zamówienia, lecz jeden z jej elementów, tj. pozycję 12 formularza OF.1., dotyczącą „kosztu opłaty pocztowej za lis polecony ZPO do 50 gram na terenie RP”. Cena brutto za miesiąc świadczenia usługi w kwestionowanej pozycji w ofercie konsorcjum Poczta Polska wynosi „2 075 000,00 zł” i nie odbiega od wartości tej pozycji w ofertach innych wykonawców, w tym także ceny zaoferowanej przez odwołującego Inforsys, który zaoferował w tej pozycji kwotę

niższą („2 018 000,00 zł”) niż kwota zakwestionowana przez niego w ofercie konsorcjum Poczta Polska. Niemniej jednak dla oceny czy rozpatrywana cena jest ceną rażąco niską należy badać przede wszystkim ogólną cenę oferty za jaką wykonawca deklaruje wykonanie całości przedmiotu zamówienia, a nie jej wyodrębnione elementy. Podstawa odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp mówi bowiem o cenie, nie zaś o jej poszczególnych elementach, czy też składowych. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę jeśli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś w stosunku do pewnej części zamówienia (jednej z pozycji formularza cenowego). Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym odwołujący Inforsys nie kwestionował ceny oferty a jedynie cenę zaoferowaną w pozycji 12 formularza, tj. wielkość udzielonego rabatu i cenę jednostkowej usługi. Sam fakt udzielenia rabatu w tej właśnie pozycji – co podniósł na rozprawie zamawiający - nie wzbudza żadnych wątpliwości. Zamawiający, przygotowując stosowny formularz cenowy (formularz numer OF.1.) przewidział bowiem, iż w tej właśnie pozycji „należy wpisać wielkość rabatu”. Konsorcjum Poczta Polska – zgodnie z wymogiem zamawiającego – podał więc cenę jednostkową tej usługi oraz wielkość udzielonego rabatu, przy czym wyjaśnił, iż dla udzielenia wysokości udzielonego rabatu przeliczył cenę całej oferty. W kontekście powyższego stwierdzić należy, iż w niniejszym stanie faktycznym zamawiający, dokonując badania i oceny ofert słusznie nie wszczął procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie tylko cena kwestionowanej oferty, ale nawet i cena kwestionowanej pozycji nie odbiega w sposób znaczący od cen pozostałych wykonawców. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej występującej w ofercie wykonawcy Emerson i ofercie odwołującego Inforsys nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w części I SIWZ „WARUNKI OGÓLNE”, ust. 3 „Wykonawca” postawił warunek, iż „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy nie podlegający wykluczeniu na podstawie przepisów art. 24 ustawy Pzp”, na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, żądając złożenia m.in.: „wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu, urządzeń dostępnych Wykonawcy w celu realizacji zamówienia, zgodny ze wzorem określonym formularzem nr DP.4. („Potencjał techniczny”) zawierający wszystkie te dane, które umożliwiają ocenę spełniania warunku w zakresie potencjału technicznego” (pkt 3.9.4.).

W formularzem nr DP.4. „POTENCJAŁ TECHNICZNY” poniżej tabeli zamieszczono następującą treść „Oświadczamy, że w oparciu o powyższy potencjał techniczny

gwarantujemy utrzymanie wydajności procesu przez cały okres trwania umowy przynajmniej na poziomie deklarowanym w ofercie (OF.0.)”.

Nadto w części II SIWZ „WARUNKI SZCZEGÓLNE” ust. A „Warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, pkt 1 wskazał, iż „o udzielnie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy spełniający warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczące: (...) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

Wykonawca powinien wykazać, że dysponuje w miejscu prowadzenia działalności niezbędnym potencjałem technicznym składającym się przynajmniej z:

- c) urządzeń drukujących o rozdzielczości minimalnej 600x600 DPI, zapewniających personalizację dokumentów o wydajności co najmniej 150 000 szt. arkuszy A4/godz.,
- d) urządzeń do kopertowania druków o wydajności co najmniej 75 000 szt. arkuszy A4/godz.”

Zamawiający w części II SIWZ „WARUNKI SZCZEGÓLNE” ust. B „Kryteria oceny ofert” pkt 1 jako jedno z kryteriów oceny ofert wskazał „oferowana nominalna wydajność procesu personalizacji i kopertowania – 25%”, podając w punkcie 5, iż „porównaniu będzie podlegała oferowana i gwarantowana przez Wykonawcę wydajność procesu personalizacji i kopertowania (...). Oferowaną wydajność Wykonawca wskaże w ofercie podając oferowaną i gwarantowaną przez siebie ilość personalizowanych i zakopertowanych sztuk obrazów A4 na godzinę. (...)”.

Wykonawca Emerson w formularzu numer OF.0. „OFERTA” (str. 2 oferty) zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia „z gwarancją nominalną wydajności procesu personalizacji i kopertowania na poziomie nie mniejszym niż 920 tysięcy sztuk na godzinę przez cały okres realizacji zamówienia” (pkt 3 lit. b). W załączeniu do oferty wykonawca ten złożył formularz numer DO.4. „POTENCJAŁ TECHNICZNY” (str. 37-38 oferty).

Odwołujący Inforsys w formularzu numer OF.0. „OFERTA” (str. 133 oferty) zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia „z gwarancją nominalną wydajności procesu personalizacji i kopertowania na poziomie nie mniejszym niż 300 tysięcy sztuk na godzinę przez cały okres realizacji zamówienia” (pkt 3 lit. b). W załączeniu do oferty wykonawca ten złożył formularz numer DO.4. „POTENCJAŁ TECHNICZNY” (str. 115 -118 oferty - części oferty objętej tajemnicą przedsiębiorstwa).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zamawiający w treści SIWZ nie podał, poza żądaniem wskazania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia nominalnej wydajności procesu personalizacji i kopertowania, w jaki sposób tę wydajność należy wyliczyć. Z treści SIWZ, wbrew twierdzeniom odwołującego Inforsys, nie wynika, iż należało zsumować wartości wydajności procesów personalizacji i kopertowania poszczególnych maszyn wymienionych

przez wykonawców w formularzu numer DP.4. („POTENCJAŁ TECHNICZNY”). Nie wynika to także z części II SIWZ (lit. B „Kryterium oceny ofert”, pkt 5). SIWZ nie określa nawet minimalnego wymogu co do oczekiwanej wydajności procesu. Tak więc wobec braku w SIWZ takiego jednoznacznego zapisu wykonawcom pozostawiono dowolność co do sposobu wyliczenia wielkości procesu personalizacji i kopertowania. Maszyny wymienione w formularzu (DP.4.) mimo, iż stanowiły bazę do wyliczenia nominalnej wydajności procesu (wykonawcy deklarowali bowiem, iż w oparciu o te właśnie maszyny gwarantują utrzymanie wydajności procesu) to jednak wobec braku stosownych zapisów, nie stanowiły i nie mogły stanowić jednoznacznej wytycznej co do tego w jaki sposób tę wydajność procesu należy wyliczyć. Nie można więc przyjąć, iż jedynym właściwym sposobem obliczenia nominalnej wydajności procesu było zsumowanie wartości wydajności procesów personalizacji i kopertowania poszczególnych maszyn wymienionych przez wykonawców w formularzu numer DP.4. Dlatego też brak jest podstaw do uznania, iż w ofercie wykonawcy Emerson i w ofercie odwołującego Inforsys doszło do błędnego zsumowania tych elementów (wydajności maszyn do personalizacji i wydajności maszyn do kopertowania), co w konsekwencji – zdaniem odwołującego Inforsys – miało stanowić oczywistą omyłkę rachunkową. A ponieważ omyłka rachunkowa to niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę i polegający na otrzymaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego za taki właśnie błąd nie można uznać deklarowanej przez wykonawców wartości nominalnej wydajności procesu w sytuacji, gdy sposób obliczenia tej wydajności nie był przez zamawiającego podany. Omyłka musi być bowiem bezsporna i nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości. Natomiast w niniejszym stanie faktycznym wątpliwości takie istnieją. Dlatego też poprawienie rzekomej omyłki rachunkowej w ofertach wykonawców (Emerson i odwołującego Inforsys) doprowadziłoby w istocie do istotnej zmiany treści ofert tych wykonawców. Tym samym brak jest podstaw do poprawienia w tym zakresie oferty wykonawcy Emerson i odwołującego Inforsys.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego oferty wykonawcy Emerson (zawyżenia wydajności poszczególnych maszyn), a podniesionego w ramach zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż jest on gołosłowny i niczym nieuzasadniony. Wykonawca Emerson w kwestionowanej pozycji tabeli formularza numer DP.4. podał „drukarka Ink Jet, HP, Prosper S10 8 głowic – inline na maszynie offsetowej o wydajności 264 464 obrazów/1 godzinę”. Odwołujący Inforsys, kwestionując wydajność tej maszyny, nie przedłożył żadnych dowodów okoliczność tę potwierdzających, wskazując jedynie, iż wydajność maszyny z pozycji 10 formularza DP.4. powinna być zmniejszona trzykrotnie. To wykonawca Emerson wykazał, przedkładając stosowne dokumenty (karta producenta Kodak Prosper S10, schemat InkJet S10, zdjęcie InkJet S 10, stanowiące załącznik nr 3a, 3b i 3c do pisma procesowego przystępującego z dnia 18 maja 2012 r.), iż wydajność wskazana dla

tej maszyny jest prawidłowa. Reasumując stwierdzić należy, iż zarzut ten także nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Emerson nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w formularzu nr OF.0. „OFERTA”, pkt , lit. d) zamieścił następującą treść „zapewniamy 100%-ową gotowość do rozpoczęcia świadczenia wszystkich usług zgodnie z koncepcją realizacji zamówienia przedstawioną wraz z ofertą w terminie tygodni (*maksymalnie 5 tygodni*) od dnia zawarcia umowy”.

Wykonawca Emerson w formularzu numer OF.0. „OFERTA” (str. 2 oferty) podał „zapewniamy 100%-ową gotowość do rozpoczęcia świadczenia wszystkich usług zgodnie z koncepcją realizacji zamówienia przedstawioną wraz z ofertą w terminie 1 tygodnia (*maksymalnie 5 tygodni*) od dnia zawarcia umowy”.

Odwołujący Inforsys podniósł, iż oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ, gdyż wykonawca ten zapewnił gotowość do realizacji zamówienia w terminie od 1 tygodnia do maksymalnie 5 tygodni. Oferta w tym zakresie jest więc ofertą wariantową.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż w treści formularza numer nr OF.0. znajduje się pisane kursywą sformułowanie „(*maksymalnie 5 tygodni*)”, które stanowi element przygotowanego przez zamawiającego formularza. W punkcie 3, lit. d) tego formularza wykonawcy zobowiązani byli wpisać deklarowaną ilość tygodni jaka jest im niezbędna do osiągnięcia gotowości koniecznej do realizacji przedmiotowego zamówienia. Oczywistym jest więc, iż w wykropkowanym miejscu należało wpisać jedynie odpowiednią liczbę. Wykonawca Emerson w punkcie tym wpisał „1 tygodnia”, potwierdzając powyższe w tej części oferty, którą objął tajemnicą przedsiębiorstwa (str. 131 - 133 oferty, pkt 16q). Nie można więc oświadczeniu tego wykonawcy przypisywać treści, które z treści tego oświadczenia nie wynikają. Nie wynika bowiem z niego – wbrew twierdzeniom odwołującego Infrosys – iż wykonawca ten zadeklarował, że realizacja zamówienia nastąpi w terminie „od” „do”. Przeciwnie w treści oświadczenia tego wykonawcy jednoznacznie wskazano, iż rozpoczęcie wykonania zamówienia nastąpi w terminie jednego tygodnia.

Nie można więc wykonawcy Emerson czynić zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, zwłaszcza, że kwestionowane postanowienie jest w istocie elementem przygotowanego przez zamawiającego formularza. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Oferta wykonawcy Emerson, w kwestionowanym zakresie, nie jest także ofertą wariantową. Oferta wariantowa jest to bowiem oferta zgodna z warunkami określonymi w

SIWZ, przy czym przewidująca odmienny sposób wykonania tego zamówienia. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym wykonawca Emerson zaoferował wykonania zamówienia w sposób zgodny z wymogami zamawiającego. Dlatego też zarzut odwołującego Inforsys i w tym zakresie nie jest zasadny.

Tym samym, w konsekwencji powyższego, w odniesieniu do odwołania wniesionego przez odwołującego Inforsys, nie potwierdziły się także zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Izba nie rozpoznawała dodatkowych zarzutów dotyczących oferty odwołującego Poczta Polska i odwołującego Inforsys (str. 23 – 25 pisma z dnia 18 maja 2012 r.), podniesionych przez przystępującego Emerson, gdyż – zgodnie z treścią art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były podniesione w odwołaniu.

W poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła dokumenty przedłożone przez strony i uczestników postępowania, uznając je stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....