

WYROK

z dnia 27 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Członkowie: Anna Osiecka

Andrzej Niwicki

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2021 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę: Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Sąd Apelacyjny w Krakowie

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w części dotyczącej: zapisów załącznika nr 5 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (Opis Przedmiotu Zamówienia) pkt 17 (oznaczanie przesyłek indywidualnym kodem nadawczym), zapisów załącznika nr 5 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (Opis Przedmiotu Zamówienia) pkt 5.3. i 5.4. (metoda obsługi korekty zmieniającej), zapisów załącznika 5B do Specyfikacji Warunków Zamówienia - pkt 3.2.6 i załącznika 5C do Specyfikacji Warunków Zamówienia - pkt 8 oraz zapisów §7.4 wzoru umowy (dotyczący Jednostek prowadzących Elektroniczne Postępowanie Upominawcze); naruszenia art. 95 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (wymóg zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności w zakresie sortowania przesyłek pocztowych); art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 4 pkt 7 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 28 Rozporządzenia parlamentu europejskiego rady (UE) 2016/679 z 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (zapisy załącznika nr 6 do Specyfikacji Warunków Zamówienia), w związku z wycofaniem zarzutów przez odwołującego;

2. oddala odwołanie;

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 205 zł 12 gr (słownie: cztery tysiące dwieście pięć złotych dwanaście groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 2558/21

UZASADNIENIE

Sąd Apelacyjny w Krakowie (dalej: „zamawiający”), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne o wartości zamówienia powyżej równowartości kwoty 750 000 euro, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp" pn.: „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych”; znak sprawy WZP-421-1/2021 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 18 sierpnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2021/S 159-420615.

W dniu 30 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę: Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec czynności dokonanej przez zamawiającego, a polegającej na sformułowaniu postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) oraz ogłoszenia o zamówieniu (dalej: „Ogłoszenie”) w postępowaniu, w sposób sprzeczny z ustawą Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych, spójnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na przygotowanie i złożenie kompletnych i porównywalnych ofert, spełniających w całości wymagania zamawiającego, przy jednoczesnym uniemożliwieniu wykonawcom ustalenia zakresu swojego zobowiązania

przez cały okres realizacji, ryzyka biznesowego oraz przede wszystkich nakładów i kosztów, które będą musieli ponieść

na jego realizację, a tym samym prawidłowo ustalić ceny jednostkowe poszczególnych zobowiązań;

2. art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób,

który utrudnia uczciwą konkurencję, nieproporcjonalny do założonych celów i chronionych dóbr oraz dyskryminujący wykonawców poprzez określenie wymagań, jak również niektórych terminów w sposób uniemożliwiający wykonawcom prawidłową realizację przedmiotu zamówienia;

3. art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 353¹ oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego oraz

art. 87-89 Prawa pocztowego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie

nieprecyzyjnych i niejednoznacznych postanowień wzoru umowy w zakresie kar umownych, uniemożliwiające prawidłowe skalkulowanie w cenie ofertowej ryzyka z tym związanego, jak również wprowadzenie postanowień w zakresie kar umownych sprzecznych z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa pocztowego, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia równowagi między stronami umowy i nadużycia przez zamawiającego prawa podmiotowego w tym zakresie; takie postanowienia SWZ utrudniają nadto konkurencję, tworząc po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert;

4. art. 95 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez określenie w pkt II.2.4) ppkt 2. Ogłoszenia oraz § 5 ust 5.2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ, wymagań zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności sortowania przesyłek będących przedmiotem zamówienia w sytuacji, gdy wykonanie tych czynności nie musi polegać na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy;

5. art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 4 pkt 7 i 8 oraz art. 28 Rozporządzenia

Parlamentu Europejskiego Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie

ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE - dalej „RODO” poprzez przyjęcie we wzorze umowy konstrukcji prawnej w myśl której, w zakresie przetwarzania danych osobowych zamawiający, jako administrator danych,

powierza wykonawcy przetwarzanie danych osobowych pomimo, że w świetle przepisów

ustawy Prawo pocztowe, administratorem danych klientów (nadawców i adresatów) jest operator pocztowy; w konsekwencji taka konstrukcja uniemożliwia realizację przedmiotu

zamówienia każdemu wykonawcy zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego;

6. art. 439 ust. 2 pkt 2 oraz pkt 3 ustawy Pzp poprzez brak określenia w SWZ w tym we wzorze umowy sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia oraz nieokreślenie we wzorze umowy sposobu określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i Ogłoszenia w sposób opisany w uzasadnieniu.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Odwołujący w dniu 17 września 2021 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym poinformował, iż wprowadza zmiany do treści odwołania, celem sprostowania oczywistych omyłek w treści uzasadnienia, których dokonanie nie zmienia treści oraz zakresu postawionych w odwołaniu zarzutów.

Odwołujący na rozprawie oświadczył, że cofa zarzuty w zakresie naruszenia art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp w części dotyczącej: zapisów załącznika nr 5 do SWZ (OPZ) pkt 17 (oznaczanie przesyłek indywidualnym kodem nadawczym), zapisów załącznika nr 5 do SWZ

(OPZ) pkt 5.3. i 5.4. (metoda obsługi korekty zmieniającej), zapisów załącznika 5B do SWZ - pkt 3.2.6 i załącznika 5C do SWZ - pkt 8 oraz zapisów §7.4 wzoru umowy; naruszenia art. 95 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp (wymóg zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności w zakresie sortowania przesyłek pocztowych); art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 4 pkt 7 i 8 ustawy Pzp oraz art. 28 Rozporządzenia parlamentu europejskiego rady (UE) 2016/679 z 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (zapisy załącznika nr 6 do SWZ). Z uwagi na powyższe Izba umorzyła postępowanie w tym zakresie, orzekając w pkt 1 sentencji.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu

się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożoną przez

zamawiającego do akt sprawy, po zapoznaniu się z odwołaniem, jak też odpowiedzią

na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością

poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i zamierza złożyć ofertę w postępowaniu. Zamawiający ustalił treść SWZ oraz Ogłoszenia w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, w szczególności poprzez niedokonanie kompleksowego, jednoznacznego i niebudzącego wątpliwości oraz wewnątrznie spójnego opisu przedmiotu zamówienia, co umożliwi wykonawcom, w tym odwołującemu, przygotowanie i złożenie kompletnych i porównywalnych ofert.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Przy orzekaniu Izba pominęła treść pisma, które odwołujący złożył do akt sprawy w dniu 17 września 2021 r. Zmiany, które odwołujący zamierzał wprowadzić do treści złożonego odwołania nie miały na celu wyłącznie dokonanie sprostowania oczywistych omyłek w treści uzasadnienia, ale stanowiły uzupełnienie i zmianę treści podnoszonych zarzutów.

Te z kolei winny zostać podniesione i opisane w terminie wynikającym z art. 515 ustawy Pzp. W konsekwencji, orzekając Izba wzięła pod uwagę wyłącznie treść zarzutów sformułowanych w treści złożonego odwołania, a także zapisy przez odwołującego cytowane jako fragmenty pochodzące z dokumentacji postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w pkt II specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) jest świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla Jednostek wskazanych

w Załączniku nr 10 do SWZ, w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (tj. Dz. U. z 2020 r., poz. 1041 z późn. zm.), zwanej dalej „Prawo pocztowe”, również z wykorzystaniem narzędzi informatycznych. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w Załączniku nr 5 do SWZ - Opis przedmiotu

zamówienia oraz Załączniku nr 6 do SWZ - Wzór umowy. Szczegółowy wykaz przesyłek oraz ich szacowane ilości znajdują się w Formularzu cenowym - Załącznik nr 2 do SWZ.

Zamawiający zastrzegł, że podane ilości poszczególnych rodzajów przesyłek mają charakter szacunkowy, w konsekwencji zamawiający zastrzegł sobie prawo do zmiany ilości wskazanych rodzajów przesyłek w zależności od potrzeb Jednostek.

Odwołujący zarzucał, że zamawiający zaniechał sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uniemożliwiając wykonawcom ustalenie zakresu swojego zobowiązania przez cały okres realizacji, skali ryzyka biznesowego oraz przede wszystkim nakładów i kosztów, które będą musieli ponieść na jego realizację, a tym samym prawidłowo ustalić ceny jednostkowe poszczególnych zobowiązań. W jego ocenie przedmiot zamówienia został opisany w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, nieproporcjonalny do założonych celów i chronionych dóbr oraz dyskryminujący wykonawców poprzez określenie wymagań, jak również niektórych terminów w sposób uniemożliwiający wykonawcom prawidłową realizację przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreślał, że pomimo tego, że aktualnie świadczy tożsame usługi na rzecz zamawiającego (umowa nr WZP-43-46/2018 z 14 grudnia 2018 r., zawarta na okres 36 miesięcy - dowód złożony przez zamawiającego na rozprawie), nie będzie w stanie, mając na uwadze warunki opisane przez zamawiającego w SWZ świadczyć je w sposób prawidłowy i zgodny z obowiązującymi przepisami. Zamawiający zwracał z kolei uwagę na niezasadność podnoszonych zarzutów wobec faktu, że odwołujący jako obecny wykonawca umowy, świadczy usługi na zasadach tożsamych do tych, które zostały ustalone w obecnym projekcie umowy, a w niektórych przypadkach nawet dalej idących od tych, ustalonych w obecnym postępowaniu. Odwołujący argumentował z kolei na rozprawie, że szereg aktualnie obowiązujących zapisów umownych, które znalazły się w aktualnie obowiązującym kontrakcie budzą, z uwagi na swoją nieprecyzyjność, dowolność w zakresie ich interpretacji. Przypomniał, że usługi pocztowe świadczone są na rzecz sądów powszechnych i powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury, które to jednostki w dowolny sposób interpretują poszczególne zapisy umowne.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że art. 99 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia nakaz takiego opisu przedmiotu zamówienia, aby był on jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszelkie wymagania i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Nie ulega zatem wątpliwości, że zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny, zrozumiały i kompletny, zachowując zasady uczciwej konkurencji. Ich poszanowanie nie oznacza jednak, że ma nabyć w ramach postępowania o udzielenie zamówienia przedmiot o niskiej jakości, niezaspokajający jego potrzeb. Ma zatem prawo wymagać nie tylko odpowiedniej jakości, ale również tak określić przedmiot zamówienia aby odpowiadał celom dla których ma służyć, wykazując się również szczególną dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych (por. m.in. wyrok KIO z dnia 8 maja 2017 r., sygn. akt KIO 729/17, wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 969/16).

Powyższe oznacza, że zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego osobiste potrzeby, biorąc pod uwagę specyficzne uwarunkowania świadczonych usług. W niniejszej sprawie oznacza to, że nie można odebrać zamawiającemu prawa, jako gospodarzowi postępowania do wskazania swoich szczególnych wymagań, które w tym przypadku związane są z faktem, że nie mamy do czynienia ze standardową usługą pocztową, ale z uwagi na to, że jednostkami, na rzecz których prowadzone jest postępowanie są sądy powszechne i jednostki organizacyjne prokuratury a przedmiotem przetargu przede wszystkim doręczanie przesyłek pocztowych w postępowaniu sądowym i prokuratorskim

- szczególnie istotnego znaczenia nabiera kwestia standardów świadczenia tych usług, terminowość i sposób w jaki przedmiotowa korespondencja jest doręczana. Izba zgadza się z zamawiającym, że w tym przypadku skutki nienależytego wykonywania świadczonych usług są daleko idące i mogą mieć nieodwracalne skutki procesowe i społeczne. Na wagę, jaką ma przedmiotowe zamówienie, zamawiający zwrócił uwagę w preambule przewidzianej w ramach wzoru umowy, wskazując, że doręczanie korespondencji będącej przedmiotem projektowanej umowy stanowi istotny komponent funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości w Rzeczpospolitej Polskiej. Dlatego też projektowana umowa określa obowiązki wykonawcy znacznie powyżej standardów, przewidzianych dla zwykłej korespondencji pocztowej, w tym przesyłek rejestrowanych, również powyżej standardów przewidzianych ustawą z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz.U. z 2020 r., poz. 1041 ze zm.) - dalej „Prawo pocztowe” dla operatora wyznaczonego.

W konsekwencji zadaniem Izby było ustalenie i ocena czy opis przedmiotu zamówienia został skorelowany z rzeczywistymi, faktycznymi potrzebami zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia „uzasadnionych potrzeb zamawiającego”. Ukształtowane ono zostało jednak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która jako zobiektywizowane potrzeby traktuje rzeczywiste, faktyczne potrzeby zamawiającego, zarówno co do oczekiwanych funkcjonalności, jak i wyspecyfikowanych parametrów oraz jakości. Określenie zatem wysokich, ale możliwych do spełnienia wymagań przedmiotu zamówienia, które pozostają

w związku z samym zamówieniem i celem, jaki poprzez dane zamówienie zamierza osiągnąć zamawiający, nie niweczy realizacji zasady uczciwej konkurencji.

Poniżej Izba odnie się do poszczególnych, kwestionowanych przez odwołującego zapisów, w zakresie naruszenia art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp.

Zarzut nieprecyzyjnego opisanie wymagań w § 3 ust. 3.1, ust. 3.2 oraz § 9 ust. 3.1

wzoru umowy - zarzut podlegał oddaleniu

Odwołujący zarzucał, że zamawiający zawarł postanowienia dotyczące uprawnienia jednostek do wskazania punktów odbioru przesyłek pocztowych (co najmniej 1), centralnego punktu wydruku (przy jednoczesnym niedookreśleniu w SWZ dokładnej liczby i miejsc punktów odbioru) oraz do wskazania innych zasad odbioru przesyłek obejmujących godzinę i liczbę odbiorów przesyłek w ciągu dnia z danych punktów, co w jego ocenie uniemożliwia precyzyjne określenie zakresu zobowiązania w zakresie odbiorów przesyłek, a w konsekwencji precyzyjne określenie kosztów takich odbiorów i doliczenia ich do ceny przesyłek. W ocenie odwołującego nieuwzględnienie tych pozycji w kosztorysie powoduje przerzucenie nadmiernego ryzyka

na wykonawcę, który nie jest w stanie oszacować wielkości kosztów, które musi w kalkulować do oferty. Powyższe odwołujący odniósł do postanowień SWZ dotyczących zwrotu przesyłek pocztowych.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o modyfikację formularza cenowego poprzez dodanie pozycji rozliczeniowej z ceną jednostkową za usługę w zakresie odbioru przesyłek oraz zwrotu przesyłek listowych i zwrotu paczek.

Izba uznała, że przedmiotowy zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Nie sposób zgodzić się z odwołującym, że brak wyodrębnienia w formularzu cenowym (załącznik nr 2 do SWZ) odrębnej pozycji dla odbioru przesyłek i zwrotów przesyłek listowych i paczek powoduje, że przedmiot zamówienia stał się niedookreślony czy też, że powoduje przerzucenie na wykonawcę nadmiernego ryzyka związanego z realizacją umowy. Okoliczność, iż zamawiający wskazał w § 9 ust 3 wzoru umowy, iż „Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie za odbiór przesyłek pocztowych krajowych i zagranicznych i zwrot przesyłek pocztowych krajowych” nie powoduje jednocześnie, że koszty z tym związane zostały przerzucone na wykonawcę.

Jak wyjaśnił zamawiający, oczekuje jedynie, że wykonawca wliczy przedmiotowe w cenę pozostałych usług, wyszczególnionych w formularzu cenowym, świadczonych w ramach umowy. Zamawiający oczekuje bowiem kompleksowej usługi polegającej na odbiorze przesyłki od nadawcy (Jednostki), jej dostarczenia do odbiorcy, a następnie przekazania Jednostce potwierdzenia odbioru lub zwrotu niepodjętej przesyłki. Tym samym ani odbieranie przesyłek (masowej ich ilości) z Jednostek, ani dostarczanie im zwrotnych

potwierdzeń odbioru/przesyłek niepodjętych, nie stanowi dla zamawiającego szczególnej, odrębnej usługi (z osobną stawką podatku VAT), lecz stanowi wyłącznie jeden z jej elementów składowych. Zamawiający wypełnił ciężący na nim obowiązek, wynikający z treści art. 99 ustawy Pzp tj. precyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia, gdyż określił co należy uwzględnić w cenie świadczonych usług, nie przewidział jedynie odrębnej wyceny za element w postaci odbioru czy też zwrotu przesyłek. Co należy podkreślić, na co zwracał uwagę zamawiający, z żadnych przepisów ustawy Pzp nie wynika obowiązek żądania wyceny przez wykonawcę każdej usługi składowej, która jest jedynie jednym z elementów składających się na przedmiot zamówienia. Bez znaczenia przy tym jest również argumentacja, że w przypadku usługi odbioru, która jest usługą transportową, stosowana jest inna stawka podatku VAT. Okoliczność ta nie powoduje automatycznie, że ową składową należy wydzielić z całego zakresu zamówienia i odrębnie kalkulować. Zauważyć również należy, że odwołujący świadczy obecnie tożsamą usługę na mocy umowy zawartej w roku

2018 przy dokładnie takich samych założeniach tj. w sytuacji gdy cena odbioru korespondencji w kalkulowaniu została

w cenę usług pocztowych.

Z kolei odnosząc się do zarzutów odwołującego, że nie jest znany dokładny zakres tego rodzaju zleceń, Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający w toku postępowania dokonał zmiany wzoru umowy w zakresie §3 ust. 1, w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców. Obecna treść tego zapisu brzmi: „Wykonawca zobowiązuje się odbierać przesyłki pocztowe nadawane przez Jednostki w punktach wskazanych przez te Jednostki, przy czym każda Jednostka będzie uprawniona do wskazania więcej niż jednego punktu nadawania przesyłek pocztowych oraz wskazania Wykonawcy punktu centralnego wydruku, z którego Wykonawca będzie zobowiązany odbierać masowo korespondencję. Strony wyrażają zgodę na zwiększenie liczby punktów nadania przesyłek (w tym punktów centralnego wydruku) w czasie trwania Umowy, co nie wpływa na wynagrodzenie Wykonawcy, z tym zastrzeżeniem, że ilość punktów nadania nie wzrośnie o więcej niż 5% w stosunku do ich ilości na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazanej w Załączniku nr 11 do SWZ”. Tym samym wykonawca, który ma wiedzę jaka jest aktualna ilość punktów nadania (co wynika z załącznika nr 11), wiedząc również, że ich ilość w toku realizacji przedmiotowej umowy może wzrosnąć o maksymalnie 5% - jest w stanie z łatwością skalkulować cenę za realizację zamówienia, posiadając niezbędne w tym celu dane. Nie sposób stwierdzić zatem,

że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób nieprecyzyjny, ogólny, czy też taki, który nie pozwala na precyzyjne skalkulowanie ceny ofertowej. Zgodzić się należy z odwołującym, że pewne ryzyka, wynikające z takiej konstrukcji zapisów musi on uwzględnić w cenie, jednakże nie jest to takie ryzyko, którego nie da się oszacować, przekraczające poziom wynikający z ryzyka prowadzenia działalności gospodarczej.

Co istotne zamawiający wyjaśnił i w sposób wyczerpujący uzasadnił z czego wynika taki właśnie sposób opisanie przez niego przedmiotu zamówienia. Struktura organizacyjna sądów powszechnych i prokuratur obejmuje niemal stałą liczbę jednostek i lokalizacji, z których wykonawca będzie zobowiązany odbierać korespondencję nadawaną przez te jednostki.

W strukturze sądów powszechnych i prokuratur znajdują się również jednostki zajmujące różne budynki, w obrębie tej samej gminy lub miasta, a także centra wydruku, będące fizycznym nadawcą korespondencji nadawanej przez większą liczbę sądów. Z przyczyn od zamawiającego niezależnych, struktura ta ulega nieznacznym zmianom w miarę przenoszenia lokalizacji sądów i prokuratur do nowych budynków lub podziału jednostek na więcej lokalizacji oraz w miarę powstawania centrów wydruku. Tym samym niemożliwe byłoby na dzień zawierania przedmiotowej umowy, a jednocześnie sprzeczne z celem jakiego ma to zamówienie służyć, sztywne określenie struktury punktów nadawania korespondencji. Jednocześnie trudno jest przewidzieć jakie zmiany w tym zakresie mogą nastąpić w toku realizacji umowy, która obowiązywała będzie przez okres 36 miesięcy.

Izba podziela tym samym pogląd, wyrażony przez zamawiającego, że z jednej strony opis zawarty w projekcie umowy jest podyktowany jego specyficznymi, uzasadnionymi potrzebami, z drugiej zaś stwierdzić należy, że w świetle aktualnych zapisów §3.1 wzoru umowy wskazane w ramach SWZ dane dotyczące ilości obecnie funkcjonujących punktów nadawczych będą podlegały jedynie ograniczonym zmianom, co umożliwia wykonawcy skalkulowanie ceny oferty.

Izba podziela również pogląd zamawiającego w zakresie interpretacji zapisu § 3 ust. 3.2 projektu umowy w zakresie, w jakim ten traktuje o konieczności odbioru przesyłek „co najmniej dwukrotnie w każdym dniu roboczym, przy czym Jednostka może zdecydować, że przesyłki będą przekazywane do odbioru tylko raz dziennie”. Nie sposób jest tego zapisu odczytywać w sposób, w jaki rozumie to odwołujący, a zatem dający prawo Jednostce do żądania odbiorów w większej ilości niż dwa dziennie. Sformułowanie „co najmniej dwukrotnie”, z dodatkowym zastrzeżeniem, że Jednostka może oczekiwać, że odbiór będzie następował wyłącznie raz dziennie oznacza, że wykonawca będzie zobowiązany do dokonania maksymalnie dwóch odbiorów w ciągu dnia, a w wyjątkowych przypadkach, jeśli Jednostka uzna, że nie jest to konieczne - ograniczy zobowiązanie wykonawcy do jednego odbioru. Powyższa treść postanowienia umownego nie daje zatem Jednostce prawa do żądania większej ilości odbiorów niż dwa dziennie, czego wykonawca się obawia. Izba nie uznała zatem, że zapis ten należy uznać za nieprecyzyjny, dający pole do interpretacji i powodujący, że zakres zobowiązania wykonawcy jest niedookreślony.

Nie sposób też uznać za zasadny zarzut odwołującego, że zamawiający w § 9 ust.

3.1 wzoru umowy przewidział, że wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie za zwrot przesyłek pocztowych krajowych. Postuluje, aby ten dokonał modyfikacji formularza cenowego w taki sposób, aby dodana została w nim odrębna pozycja rozliczeniowa w zakresie: zwrotów przesyłek listowych rejestrowanych krajowych - odpowiednio dla przesyłek niebędących przesyłkami najszybszej kategorii (zwykłe) oraz przesyłek najszybszej kategorii (priorytetowe), zwrotów paczek pocztowych krajowych - odpowiednio dla paczek niebędących paczkami najszybszej kategorii (zwykłe) oraz paczki najszybszej kategorii (priorytetowe) z uwzględnieniem odpowiedniej kategorii wagowej. Swoją argumentację jednak sprowadza wyłącznie do kwestii konieczności zachowania spójności w umowie (w zakresie zwrotu przesyłek zagranicznych, zarówno przesyłek listowych jak i paczek pocztowych zamawiający przewidział w formularzu cenowym pozycję rozliczeniową obejmującą opłaty

w ww. zakresie), jak też niezgodnością zapisu z normą zawartą w art. 32 ust. 1 ustawy Prawo pocztowe. Tym samym odwołujący nie wykazał sprzeczności przedmiotowych zapisów

z żadnym z przepisów ustawy Pzp.

Nie uzasadnił też w jaki sposób taka konstrukcja opisu przedmiotu zamówienia miałyby powodować, że niemożliwym stanie się dokonanie wyceny przedmiotu zamówienia. Z kolei

w zakresie, w jakim odwołujący powołuje się na przysługujące mu prawo do wynagrodzenia za dokonanie zwrotu przesyłki pocztowej, wynikające z treści art. 32 ust. 1 ustawy Prawo pocztowe, czyni to w sposób nieuzasadniony treścią wskazywanej normy. Zgodnie bowiem z powołanym przepisem: Za czynności związane ze zwrotem przesyłki operator ten może żądać uiszczenia opłaty w wysokości określonej w cenniku usług pocztowych albo w cenniku usług powszechnych albo w umowie. Jeżeli zatem umowa nie przewiduje, jak w tym przypadku, wynagrodzenia odrębnego za czynności związane ze zwrotem przesyłki, nie oznacza to, że takiego wynagrodzenia nie otrzyma w ogóle. Brak wydzielenie odrębnej pozycji w formularzu cenowym nie zamyka możliwości do żądania wynagrodzenia, poprzez jego uwzględnienie w cenie pozostałych usług. W tym kontekście aktualne pozostają rozważania Izby odnoszące się do sposobu, w jaki zamawiający może skonstruować formularz cenowy,

w którym nie ma konieczności specyfikowania wszystkich składowych związanych z przedmiotowym zamówieniem.

Zarzut dotyczący zmian w systemach informatycznych - brak zakresu, zbyt krótkie

terminy zmian (§ 6 ust. 6 wzoru umowy, pkt 11.1 Załącznika nr 5 do SWZ) - zarzut

podlegał oddaleniu

Zarzut podlegał oddaleniu na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Przedmiotem zarzutu może być bowiem wyłącznie czynność zamawiającego podjęta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący, uzasadniając przedmiotowy zarzut przytoczył zapis, który nie jest zgodny z aktualnym brzmieniem §6 ust. 6 oraz pkt 11. 2 Załącznika nr 5 do SWZ. Jak zauważył zamawiający, odwołujący formułuje w tym przypadku zarzuty, które podnoszone były wobec postanowień nawet nie tyle umowy łączącej obecnie zamawiającego z Poczta Polska S.A.,

co jej pierwotnego projektu, zmienionego w trakcie poprzedniego postępowania. Zapisy te stały się nieaktualne, nie są zatem zarzutami dotyczącymi treści OPZ i wzoru umowy w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym przedmiotowy zarzut, jak też cała argumentacja w tym zakresie, odnosząca się do zapisów, które w dokumentacji postępowania nie znajdują potwierdzenia - nie może zostać przez Izbę wzięta pod uwagę i poddana ocenie w świetle cytowanych wcześniej przepisów.

Zarzut dotyczący wymagań w zakresie odbioru przesyłek (§ 5 ust. 4 pkt 6 wzoru

umowy, pkt 10.6 Załącznika nr 5 do SWZ) - zarzut podlegał oddaleniu

Odwołujący kwestionował wyżej cytowane zapisy wzoru umowy oraz OPZ, zgodnie z którym „we wszystkich placówkach pocztowych, w których wykonawca zapewnia odbiór przesyłek pocztowych będących przedmiotem zamówienia, wydawanie przesyłek pocztowych będących przedmiotem zamówienia musi być przeprowadzone przy specjalnie wyznaczonym do tego stanowisku, oddzielonym od wszelkich innych niż świadczenie usług pocztowych czynności wykonywanych w takiej placówce odbiorczej, w sposób wyraźny i jednoznaczny, zapewniający bezpieczeństwo tajemnicy korespondencji oraz powagę odbioru korespondencji”. Odwołujący wniósł o modyfikację ww. postanowień, twierdząc, iż jest to wymóg zbyt daleko idący, nieproporcjonalny i brak jest podstaw do przyjęcia, że sprzedaż opakowań przesyłek (koperty, kartony) czy materiałów piśmienniczych ma negatywny wpływ na zapewnienie bezpieczeństwa tajemnicy korespondencji oraz powagi odbioru korespondencji.

W ocenie Izby zarzut ten podlegał oddaleniu z uwagi na to, że odwołujący nie uzasadnił w jaki sposób i naruszenia którego przepisu ustawy Pzp zamawiający się dopuścił.

Opisywał wprawdzie na jakich zasadach i w jaki sposób funkcjonują poszczególni operatorzy pocztowi, opisując zasady wydawania korespondencji wykazując, że możliwe jest zapewnienie warunków do zachowania tajemnicy korespondencji, obok świadczenia innych usług pocztowych, jednak nie wskazał w jaki sposób określone przez zamawiającego i precyzyjnie opisane wymaganie, miałyby naruszać cytowane przez odwołującego przepisy ustawy Pzp.

Z kolei zamawiający w sposób dostateczny wykazał z jakich powodów oczekiwanie takie sformułował w treści SWZ. Izba podziela argumentację przez niego prezentowaną, że mamy do czynienia ze specyficznym zamówieniem, jakim jest świadczenie usług dostarczania (w tym wydawania) przesyłek korespondencji sądowej i prokuratorskiej, a więc mających szczególne znaczenie dla jej adresatów. Stąd nie sposób uznać, że nie jest uzasadnione a wręcz nadmierne wymaganie, aby wydawanie takich przesyłek, odbywało się w miejscach przeznaczonych do świadczenia usług pocztowych tj. takich w których nie odbywa się jednocześnie sprzedaż innych artykułów: spożywczych czy przemysłowych. Taki wymóg należy zatem uznać za społecznie uzasadniony, gdyż obywatel odbierający tego rodzaju korespondencję ma prawo oczekiwać, aby odbywało się to w warunkach gwarantujących zachowanie właściwej powagi i odpowiednich standardów, związanej z wydawaniem tego rodzaju korespondencji. Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 czerwca 2015 r., która rozpoznając odwołanie w sprawach o sygn. akt KIO 1040/15 i KIO 1043/15, w zakresie tożsamesgo zarzutu uznała, że wymagania takie znajduje uzasadnienie w potrzebach zamawiającego, w tym potrzebie zapewnienia bezpieczeństwa korespondencji sądowej, sprawnego przebiegu procesu ich doręczenia

i zachowania wymogów dotyczących tajemnicy tej korespondencji. Izba te wartości uznała za fundamentalne dla zamawiającego i nie stwierdziła, że zamawiający winien od tak sformułowanych wymagań odstąpić tylko po to, by wykonawca mógł w sposób bardziej elastyczny prowadzić swoją działalność, przykładowo, by dla własnych korzyści biznesowych mógł prowadzić na tym samym stanowisku czy to działalność bankową, ubezpieczeniową czy handlową. Jak słusznie zauważono w cytowanym wyroku KIO zamawiający nie sformułował wymagań w taki sposób, który zakazywałby w ogóle wykonawcy prowadzenia tego rodzaju działalności w danej placówce, a wymaga jedynie by nie łączył jej ze stanowiskiem

do wydawania korespondencji. Stąd należy stwierdzić, że jest to wymaganie możliwe do spełnienia, a jednocześnie wynikające z charakteru i specyfiki przedmiotu zamówienia. Co równie istotne, przedmiotowy wymóg finalnie znalazł się w § 5 pkt 5.4.6 umowy zawartej z odwołującym 14 grudnia 2018 r. i, co stwierdził zamawiający, jest realizowany przez niego należycie.

Z uwagi na powyższe zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w sposób świadomy oczekuje od przyszłych wykonawców świadczenia usług w sposób opisany w SWZ, tożsamy w tym zakresie z obecnym standardem ich realizacji, swoje wymagania opisał precyzyjnie i jednoznacznie, w sposób umożliwiający odwołującemu skalkulowanie oferty. Nie sposób też uznać, że opis ten jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i oderwany od celu, któremu ma służyć, a którym niewątpliwie jest świadczenie usług pocztowych i doręczenie specyficznego rodzaju korespondencji.

Zarzut dotyczący opóźnień w przesyłaniu Elektronicznej Książki Nadawczej (§ 7 ust.

7.5. wzoru umowy, sprzeczność z §5.2 i 5.3 OPZ) - zarzut podlegał oddaleniu

Zarzut odwołującego odnosił się do zapisów § 7 ust. 7.5 wzoru umowy, w którym zamawiający zastrzegł, że w przypadku opóźnienia w przesłaniu Elektronicznej Książki Nadawczej (dalej „EKN”), wykonawca za datę nadania przyjmuje datę faktycznego przekazania przesyłki pocztowej wykonawcy. Podnosił, że taki wymóg powoduje, że istnieje duże ryzyko obarczenia go karami umownymi, zwłaszcza z tytułu przyjęcia do dalszego procedowania przesyłek bez EKN. Dodatkowo w ocenie odwołującego zachodzi sprzeczność tego uregulowania z §5.2 i 5.3 OPZ. Odwołujący w konsekwencji wniósł o zmianę zapisów, gdyż w jego ocenie postanowienie to narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w konsekwencji żaden wykonawca nie będzie w stanie złożyć oferty i prawidłowo realizować przedmiotu umowy.

Izba oddalając przedmiotowy zarzut wzięła pod uwagę, że kwestionowane postanowienie jest niezbędne dla prawidłowej realizacji umowy. Jako przykład zamawiający wskazywał przesyłki prokuratorskie, których nadanie w postępowaniu sądowym w określonym dniu przesądza o dochowaniu terminu zawitego. W takim przypadku decydującym o nadaniu przesyłki w terminie nie może być dzień w którym przekazany został plik EKN, ale fizyczne przekazanie wykonawcy danej przesyłki. Zgodzić się należy z zamawiającym, że mamy do czynienia ze specyficznym rodzajem korespondencji, gdzie kluczowym niejednokrotnie jest termin przekazania przesyłek.

Dodatkowo, dostrzec należało, że odwołujący nie tyle podnosił brak zgodności tego zapisu z określonymi przepisami ustawy Pzp, co wskazywał na ryzyka obarczenia go karami umownymi w przypadku procedowania przesyłek bez EKN. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że w tym przypadku zastosowanie znajdują zapisy § 7 ust. 7.6 i ust. 7.7 wzoru umowy, z których wynika, że w braku EKN w systemach wykonawcy znajdzie zastosowanie procedura awaryjna, a ta z kolei wyłącza obowiązki wykonawcy w zakresie wymiany informacji systemowych, a tym samym również wszelkie kary z tego tytułu.

Również z przywołanego przez zamawiającego § 10.37 wzoru umowy wynika, że bezpodstawne są obawy odwołującego co do możliwości naliczenia kar umownych we wskazanych przypadkach. Precyzuje on, że kary umowne określone w ustępach 10.2., 10.3., 10.4., 10.5., 10.6., 10.7., 10.8. oraz 10.10. przewidują odpowiedzialność niezależną od winy wykonawcy, który w odniesieniu do wskazanych tam zobowiązań przyjmuje na siebie odpowiedzialność na zasadzie ryzyka. Powyższe nie dotyczy jednak tych przypadków, w których do naruszenia dochodzi z przyczyn, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający lub Jednostka/Jednostki. Jeżeli zatem zamawiający przekaże nieterminowo EKN - wyłączona jest w tym przypadku wina wykonawcy, a zatem ryzyko naliczenia kar nie ma miejsca.

Z powyższych powodów zarzuty odwołującego w tym zakresie należało uznać za niezasadne.

Zarzut odnoszący się do zapisów w zakresie zastępczej procedury awaryjnej

w przypadku braku EKN (§ 7 ust. 7.6. wzoru umowy) - nie zasługiwał na uwzględnienie

Przedmiotowy zarzut nie został uwzględniony z uwagi na treść art. 513 pkt 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Przedmiotem zarzutu może być bowiem wyłącznie czynność zamawiającego podjęta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący, uzasadniając przedmiotowy zarzut przytoczył zapis, który nie jest zgodny z aktualnym brzmieniem §7 ust. 7.6 wzoru umowy. Przywołana argumentacja nie uwzględniała również dalszych zapisów projektu umowy tj. §7 ust. 7.7.

Mając na uwadze powyższe przedmiotowy zarzut, jak też cała argumentacja w tym zakresie, odnosząca się do zapisów, które w dokumentacji postępowania nie znajdują odzwierciedlenia - nie może zostać przez Izbę wzięta pod uwagę i poddana ocenie w świetle cytowanych wcześniej przepisów.

Zarzuty dotyczące konieczności przekazywania zestawienia ilustrującego wolumen

i wartość przesyłek (§ 8 ust. 8.3. wzoru umowy, § 9.2.6 wzoru umowy) - zarzut podlegał oddaleniu

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 9.2.6 wzoru umowy zamawiający wymaga dla każdej z Jednostek przygotowania i przekazywania zestawienia wszystkich wykonanych usług na podstawie Umowy na uzgodniony z daną Jednostką adres e-mail, w terminie do 3 dnia roboczego kolejnego miesiąca po miesiącu rozliczanym. Przedmiotowe zestawienie ma zawierać podobny zakres danych co zestawienie, o którym mowa w par. 8.2. i 8.3. wzoru umowy. Ponadto zgodnie z § 8.2 wzoru umowy zestawienie wykonanych usług w danym miesiącu kalendarzowym, w ogólnodostępnej edytowalnej formie, ma być przekazywane do 20 dnia następnego miesiąca kalendarzowego. Niniejsze umożliwia zebranie wymaganych danych po wystawieniu faktury VAT. Natomiast zgodnie z par. 9.2.5 i 9.2.6. umowy zamawiający wskazuje zdecydowanie krótszy termin tj. 3 dni robocze od dnia wystawienia faktury, co powoduje zdaniem odwołującego, że wymagane jest przekazanie tego samego zakresu danych w dwóch różnych terminach. Zgodnie z § 9.2.5 umowy zamawiający wymaga kolejnego zestawienia z tożsamym zakresem danych. W ocenie odwołującego powielanie konieczności wytwarzania tych samych danych, dostępnych w udostępnianym zamawiającemu narzędziu informatycznym, prowadzi do powstania niewspółmiernie wysokich kosztów realizacji zamówienia z uwagi na pracochłonność procesów.

Wymagania stawiane przez zamawiającego są w ocenie odwołującego bezzasadne, a jako wygórowane i nadmierne stanowią o naruszeniu art. 99 ust 1 i ust 4 ustawy Pzp. Biorąc powyższe pod uwagę, odwołujący wnosil o usunięcie postanowień § 8.3. oraz § 9.2.6 wzoru umowy.

Zarzut sformułowany przez odwołującego nie zasługiwał na uwzględnienie. W ocenie składu orzekającego odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny w jaki sposób przedmiotowe zapisy naruszają cytowane przepisy ustawy Pzp. Argumentacja odwołującego sprowadza się do kwestii konieczności uwzględnienia w cenie oferty wymagań zamawiającego odnoszących się do sposobu i zakresu prezentowanych danych. Nie ulega wątpliwości,

że każde wymaganie opisane w SWZ będzie wiązało się z określonymi obowiązkami, a w konsekwencji kosztami po stronie wykonawcy. Kluczowe jest wyłącznie to, aby były one możliwe do przewidzenia na etapie składania ofert, a wymogi zamawiającego opisane w sposób na tyle precyzyjny i jednoznaczny, aby możliwe było skalkulowanie ceny oferty. Odwołujący nie wskazywał, że wymóg określony przez zamawiającego jest niemożliwy do zrealizowania ale, że będzie to generowało dodatkowe koszty. Jeśli tak, to powinien koszty te przewidzieć w kalkulacji ceny ofertowej, a skoro, jak twierdzi, zakres wymaganych danych jest w obydwu przypadkach tożsamy - to konieczność przekazania po raz kolejny, tych samych już raz przygotowanych informacji, nie spowoduje powstania po stronie odwołującego dodatkowych, istotnych kosztów. Odwołujący nie uzasadnił też jakie koszty i z jakiego tytułu miałyby powstać w związku z koniecznością przekazywania ich zamawiającemu.

Ponadto, Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia zamawiającego, że w istocie zakres żądanych danych i zestawień wynika z dokładnej analizy potrzeb zamawiającego i służyć ma między innymi precyzyjnemu kontrolowaniu wydatkowania środków publicznych w ramach zamówienia.

Ponadto, co wynika z cytowanych zapisów, inny jest zakres i cel żądania danych wynikających z § 8 ust. 8.3 wzoru umowy, inny w związku z wymaganiami określonymi w §9.2.5 oraz 9.2.6 wzoru umowy.

Na podstawie pierwszego z zapisów zamawiający wymaga, aby wykonawca przekazywał zestawienie ilustrujące wolumen i wartość w zł. brutto przesyłek doręczonych lub awizowanych w terminach, o których mowa w § 4 ust. 1 i 2 oraz ust. 3 pkt 2 wzoru umowy,

za każdy miesiąc kalendarzowy jej wykonywania Umowy, w rozbiciu na poszczególne Jednostki i ich unikalne identyfikatory, które zostaną przedstawione przez Wykonawcę

na etapie wdrożenia Umowy oraz terminy doręczenia lub awizowania, o których mowa w § 4 ust. 1 i 2 oraz ust. 3 pkt 2 Umowy, w ogólnodostępnej edytowanej formie (np. xml, xls), w terminie do końca następnego miesiąca kalendarzowego, zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 11 do Umowy. Dane te mają na celu określenie wskaźników terminowości doręczenia według poszczególnych przedziałów terminowości doręczeń i pozwalają weryfikować dane z informacjami dostępnymi w systemach informatycznych zamawiającego. Ma to być narzędzie do wyciągnięcia należytych konsekwencji w odniesieniu do naruszeń

w przedmiotowym zakresie, a jednocześnie zabezpieczyć wykonawcę na wypadek dochodzenia niezasadnych roszczeń przez Jednostki.

Z kolei wymagania, o których mowa w § 9 wzoru umowy, mają na celu wymianę informacji o ilościach i wartościach zrealizowanych usług na rzecz poszczególnych Jednostek a celem ich sporządzania jest pomoc w wyjaśnianiu ewentualnych rozbieżności w zakresie wystawianych przez wykonawcę faktur za zrealizowane usługi i to, aby dane na wystawionych przez wykonawcę fakturach były bezsporne. Ma to pozwolić na zminimalizowanie ryzyk

w postaci wystawiania korekt. Zestawienia te nie obejmują danych o terminach doręczenia przesyłek nadanych w danym miesiącu, ponieważ ich istotna część nadal jest jeszcze w trakcie doręczenia.

Zamawiający, w ocenie Izby, w sposób dostateczny wyjaśnił i uzasadnił z jakich powodów i w jakim celu przedstawione wyżej wymagania zostały przez niego wprowadzone do dokumentacji postępowania. Odwołujący z kolei nie wykazał w jaki sposób oczekiwania te miałyby naruszać przepisy ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe zarzut ten należało oddalić.

Odwołujący podnosił ponadto zarzuty naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 353¹ oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego oraz art. 87-89 Prawa pocztowego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, ponownie argumentując, że szereg zapisów SWZ zostało przez zamawiającego sformułowanych w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, który jednocześnie uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty.

Poniżej Izba odnie się do poszczególnych, kwestionowanych przez odwołującego zapisów w zakresie wskazanych wyżej naruszeń.

Zarzuty dotyczące liczby punktów nadawania przesyłek i częstotliwość oraz godziny

odbioru przesyłek (§ 3 ust. 3.1, 3.2 i 3.3 wzoru umowy), punktów zwrotu ZPO i

przesyłek niedoręczonych (§ 3 ust. 3.4 wzoru umowy) - zarzuty nie zasługiwały na

uwzględnienie

Odwołujący, do katalogu takich postanowień które naruszają przepisy ustawy Pzp zaliczał § 3 ust. 3.1 i 3.3, z których w jego ocenie wynika, iż zamawiający ma prawo jednostronnie kreować stosunek zobowiązaniowy poprzez zwiększenie liczby punktów nadania przesyłek, w tym punktów centralnego wydruku, bez konsultacji z wykonawcą. Przy tym co kluczowe zakres zwiększenia tej liczby przez zamawiającego nie został określony. Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie w związku z cytowanymi wcześniej zmianami, które zamawiający wprowadził do treści SWZ, polegającymi na uzupełnieniu załącznika nr 11 o dane w zakresie liczby punktów odbioru (951), aktualne na dzień wszczęcia postępowania. Ustalono ponadto nowe brzmienie §3 ust. 3 wzoru umowy przewidując, że ilość punktów nadania nie wzrośnie o więcej niż 5% w stosunku do przewidywanej w dokumentacji ilości. Zarzut jest zatem bezprzedmiotowy już tylko z tego powodu, że podniesiony został w stosunku

do postanowień innych niż treść SWZ i załączników w ramach przedmiotowego zamówienia. Wobec treści załącznika nr 11 niezgodne z prawdą jest twierdzenie, że nie jest wiadomym, jak realnie kształtował się będzie zakres zobowiązań wykonawcy.

Analogicznie, w przypadku § 3 ust. 3.2, odwołujący przytaczał nieaktualną treść SWZ, co powoduje, że zarzut nie podlega rozpoznaniu z uwagi na przepis art. 513 pkt 1 ustawy

Pzp, w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Jak już wcześniej wskazano ocenie Izby

podlega czynność zamawiającego podjęta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

w tym przypadku zgodność określonych w SWZ zapisów z przepisami ustawy Pzp. Należy zauważyć, że cała argumentacja odwołującego co do braku możliwości wyliczenia kosztów realizacji zamówienia, oraz braku precyzji w opisanu przedmiotu zamówienia, opierała się na zapisach mniej szczegółowych, nie będąc adekwatną do brzmienia aktualnie obowiązujących zapisów SWZ.

Podobnie, w przypadku zapisów, które odwołujący przytaczał odnośnie uregulowań dotyczących zwrotu ZPO oraz przesyłek niedoręczonych, objęto po raz kolejny zarzutami treści z obecnie obowiązującej umowy, zawartej przez zamawiającego z odwołującym, a nie treści dokumentów zamówienia. Już tylko z tego powodu zarzuty nie podlegały uwzględnieniu. Odwołujący podnosił także, że postanowienie §3 ust. 3.4 jest częściowym powtórzeniem § 3 ust. 3.2 w zakresie obowiązku wykonawcy obejmującego doręczanie formularzy. Z kolei za naruszenie tych postanowień przewidziane są kary umowne (opisane w § 10 ust. 1 wzoru umowy). W takim przypadku nie jest jasne, jak naliczać karę umowną za naruszenie § 3 ust. 3.4 w sytuacji, gdy za to samo naruszenie została już naliczona kara z tytułu naruszenia § 3 ust. 3.2. Konsekwencją nieprecyzyjności §3 ust. 3.4 jest zatem brak możliwości oszacowania ryzyka związanego z naliczaniem kar umownych i jego odpowiedniego wkalkulowania w cenę ofertową. W związku z powyższym odwołujący wniósł o wykreślenie § 3 ust. 3.4 wzoru umowy. W związku z błędnym przytoczeniem treści tego zapisu, odwołujący błędnie wskazał, że postanowienie §3 ust. 3.4 jest częściowym powtórzeniem § 3 ust. 3.2 w zakresie obowiązku wykonawcy obejmującego doręczanie formularzy, za których naruszenie przewidziane są kary umowne. Postanowienie zawarte

w § 3 ust. 2 wzoru umowy dotyczy częstotliwości i godzin odbioru przesyłek pocztowych od jednostek oraz dokonywania doręczeń zwrotów formularzy potwierdzenia/pokwitowania odbioru i przesyłek zwróconych do nadawcy. Powołany w treści zarzutu § 3 ust. 4 wzoru umowy dotyczy z kolei adresu pod jaki wykonawca ma dokonać zwrotu ZPO i przesyłek niedoręczonych. Zobowiązanie to zamawiający uznał za istotne z tego powodu, że jak pokazało doświadczenie na tle realizacji umowy z odwołującym, miały miejsce sytuacje, w których przesyłki niedoręczone lub ZPO były masowo zwracane przez operatora pocztowego do innych punktów nadania, innych Jednostek. Aby uniknąć na przyszłość przedmiotowych uchybień - wprowadzono do umowy stosowne zapisy, co należy uznać za zasadne.

Zarzuty dotyczące nadawania przesyłek w danym dniu po określonej godzinie (§ 4 ust.

4.1, 4.2 i 4.3 wzoru umowy) - zarzuty podlegały oddaleniu

Ponownie dostrzec należy, że odwołujący w treści odwołania przytoczył zapis § 4.1 w brzmieniu, które nie jest zgodne z treścią zapisu znajdującego się w SWZ. Odwołujący cytuje zapis: „Wykonawca zobowiązuje się do doręczenia lub awizowania co najmniej 85% wolumenu przesyłek pocztowych rejestrowanych krajowych nadanych przez każdą z Jednostek w każdym miesiącu kalendarzowym wykonywania Umowy w terminie 3 dni roboczych od dnia nadania, przy czym korespondencję nadaną po godzinie 16:00 Strony uznają za nadaną w następnym dniu roboczym.”, podczas gdy aktualna jego treść to: „4.1. Wykonawca zobowiązuje się do doręczenia lub awizowania co najmniej 85% wolumenu przesyłek pocztowych rejestrowanych krajowych nadanych przez każdą z Jednostek w każdym miesiącu kalendarzowym wykonywania Umowy w terminie 3 dni roboczych od dnia nadania. Dla korespondencji nadanej po godzinie 16:00 terminy określone niniejszym § liczone będą od następnego dnia roboczego.”

W treści odwołania podnoszone są okoliczności, że postanowienie niniejsze może prowadzić do tego, że do wolumenu wliczane będą takie przesyłki pocztowe, które zostały na przykład: błędnie zaadresowane lub odmówiono ich odbioru (zatem fizycznie ich nie doręczono), a z tego powodu wykonawca nie mógł ich ani doręczyć ani awizować. Taka interpretacja byłaby błędna, ponieważ przerzucalaby na wykonawcę odpowiedzialność również za takie okoliczności, które nie leżą po jego stronie, a wręcz wprost wynikają z błędów nadawcy (poszczególnych Jednostek) co stanowiłoby ewidentne naruszenie art. 433 pkt 3 ustawy Pzp. Stąd odwołujący wnosi o dokonanie takiej modyfikacji zapisu, aby do wolumenu zaliczyć również te przesyłki, w stosunku do których została podjęta próba doręczenia, a które to nie zostały dostarczone z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy, z kolei przesyłki błędnie zaadresowane lub których odbioru odmówiono - nie powinny zostać wzięte pod uwagę. Jednocześnie odwołujący wniósł o taką modyfikację postanowień wzoru umowy, aby korespondencja nadana po godzinie 15:00 (a nie po godzinie 16:00 jak określili to zamawiający) była uważana za nadaną w kolejnym dniu.

Izba uznała przedmiotowy zarzut za niezasadny. Odwołujący podnosząc przedmiotowe zastrzeżenia odnosi się do kwestii ryzyk związanych z brakiem możliwości ustalenia wolumenu na poziomie 85% w sytuacji, gdy istnieje szereg przyczyn, od wykonawcy niezależnych, dla których jego osiągnięcie będzie niemożliwe do przewidzenia. Jednocześnie wskazując na naruszenie przepisu art. 433 pkt 3 ustawy Pzp wskazuje na regulację, która zabrania obarczanie wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. W tym przypadku nie mamy do

czynienia z taką sytuacją. Co wynika bowiem z § 10.37 wzoru umowy, kary nie będą naliczane za naruszenie zobowiązań określonych w §4.1-4.3 w przypadkach, w których do naruszenia dochodzi

z przyczyn, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający lub Jednostka/Jednostki. Postanowienia umowne są zatem precyzyjne, określają dla wykonawcy termin, w którym ma dojść do doręczenia lub awizowania przesyłki, zaś okoliczności związane np. z błędnym zaadresowaniem przesyłki, brakiem doręczenia w przypadku zaistnienia podstaw do zwrotu przesyłki, nie stanowi ryzyka dla wykonawcy, ponieważ spełnieniem jego zobowiązań będzie w tym przypadku próba doręczenia przesyłki w terminie.

Z kolei żądania w zakresie określenia godziny, którą należałoby przyjąć jako odpowiednią, aby uznać, że przesyłka nadana po tej godzinie winna zostać uznana za nadaną w następnym dniu roboczym - nie zostały przez odwołującego w sposób dostateczny wykazane. Wydaje się, że jedyną przytaczaną w tym zakresie argumentacją była kwestia zorganizowania pracy poszczególnych punktów. Ta okoliczność jest w pełni zależna od wykonawcy, a ewentualne koszty z tym związane mogą zostać wliczone w cenę oferty, gdyż wymagania w tym przedmiocie zostały przez zamawiającego precyzyjnie wyartykułowane. Z kolei zamawiający wyjaśnił na rozprawie z jakich powodów wskazał godzinę 16 jako najdogodniejszą dla siebie uzasadniając, że często korespondencja przygotowywana przez Jednostki w danym dniu - jest przekazywana do wysłania w późnych godzinach popołudniowych. Uregulowanie powyższe jest zatem uzasadnione potrzebami i trybem pracy poszczególnych Jednostek, co zostało przez zamawiającego uzewnętrznione w dokumentach postępowania.

Zarzuty dotyczące zapisów w zakresie zmian w systemach informatycznych (§ 6.3 i 6.6

wzoru umowy) - zarzuty podlegały oddaleniu

Uzasadnienie w tym zakresie znajduje się powyżej, omówione na potrzeby zarzutów naruszenia art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp i pozostają aktualne.

Odwołujący sformułował ponadto szereg zastrzeżeń dotyczących wysokości i sposobu naliczania kar umownych. Wskazywał, że ich wysokość, ustalona w tym kontrakcie cechuje się rażącym wygórowaniem, stanowiąc o nieuzasadnionym zaburzeniu równowagi stron przyszłego stosunku zobowiązaniowego. Odwołujący powoływał się w tym zakresie na przepis art. 5 kodeksu cywilnego, prezentując poglądy o konieczności równomiernego rozkładu uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk.

W tym miejscu Izba pragnie podkreślić, że niezasadnym jest przywoływanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jako podstawy prawnej art. 5 kodeksu cywilnego. Niesporym zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie w zakresie prawa cywilnego jest fakt, że przepis ten w gałęzi prawa cywilnego jest przepisem wyjątkowym i szczególnym, a tym samym winien być przywoływany przez strony tylko w wyjątkowych okolicznościach. Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jawi się jako okoliczność szczególna, gdzie przepis art. 5 kodeksu cywilnego powinien znaleźć zastosowanie. Na poparcie tego stanowiska przywołać można orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2017 r., sygn. akt II CSK 236/16 w którym Sąd wskazał, że norma zawarta

w przepisie art. 5 k.c. ma charakter wyjątkowy i może być stosowana tylko po wykazaniu wyjątkowych okoliczności, w sytuacji, gdy w inny sposób nie można zabezpieczyć interesu osoby zagrożonej wykonaniem prawa podmiotowego przez inną osobę (zob. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 17 października 1969 r., III CRN 310/69, OSNCP 1970, Nr 6, poz.

115) oraz w tych szczególnych przypadkach, w których wykorzystywanie uprawnień wynikających z przepisów prawa prowadziłyby do skutku nie aprobowanego w społeczeństwie ze względu na przyjętą w społeczeństwie zasadę współzycia społecznego. Zasady współzycia społecznego to pojęcie niedookreślone, nieostre, a powoływanie się na sprzeczność

z zasadami współzycia społecznego powinno wiązać się z konkretnym wykazaniem o jakie zasady współzycia społecznego w konkretnym wypadku chodzi oraz na czym polega sprzeczność danego działania z tymi zasadami. Zdaniem Izby taki charakter klauzul generalnych zawartych w rozważanym przepisie nakazuje ostrożne korzystanie z instytucji nadużycia prawa podmiotowego, a w szczególności jako podstawy prawnej dla uwzględnienia odwołania.

Kolejną kwestią, przywoływaną w kontekście przedmiotowych zarzutów, wymagającą omówienia, jest argumentacja odwołującego o niedopuszczalności stosowania kar umownych w ramach umowy na usługi pocztowe, wobec brzmienia art. 87 ustawy Prawo pocztowe. Odwołujący przywołując przepis art. 87 ust. 5 Prawa pocztowego wskazywał, że odejście

od zasad odpowiedzialności określonych w Prawie pocztowym, jest dopuszczalne wyłącznie w przypadkach kwalifikowanych, związanych ze znacznie wyższym stopniem nieprawidłowości po stronie operatora pocztowego. Jego zdaniem tylko wówczas dopuszczalne jest przejście na ogólne zasady odpowiedzialności i - przykładowo - określenie odrębnych kar umownych w umowie o świadczenie usług pocztowych. Innymi słowy z literalnego brzmienia przepisów wynika, że odpowiedzialność operatora pocztowego co do zasady ograniczona jest do okoliczności i wysokości określonej w dalszych przepisach tej ustawy (tj. w art 88 i 89 Prawa Pocztowego). Jedyny wyjątek, determinujący konieczność ponoszenia odpowiedzialności w wysokości przewyższającej limity określone w art. 88 i 89 Prawa Pocztowego, związany jest ze ziszczeniem się jednej z okoliczności wymienionych w art. 87 ust. 5 Prawa pocztowego. Tylko wtedy odpowiedzialność operatora pocztowego może przewyższać zakres i wysokość odpowiedzialności wynikającej z samej tej ustawy. Zakres odpowiedzialności operatora pocztowego wyznaczony jest w art. 88 i 89 Prawa pocztowego, które w sposób precyzyjny określają maksymalną wysokość odszkodowań za poszczególne przypadki niewykonania lub nienależytego wykonania usług pocztowych. Są to przepisy bezwzględnie obowiązujące, a zatem postanowienia umów o świadczenie usług pocztowych nie mogą modyfikować zasad odpowiedzialności - w tym zwłaszcza zastrzegać kar umownych w wysokości przekraczającej maksymalne stawki odszkodowań, wynikające

z art. 88 i 89 Prawa pocztowego. Jakkolwiek umowa o świadczenie usług może zastrzegać odrębne zasady odpowiedzialności, to jednak - w świetle art. 87 ust. 5 Prawa pocztowego - zasady te mogą znaleźć zastosowanie wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej jest następstwem czynu niedozwolonego, nastąpiło z winy umyślnej operatora albo też jest wynikiem rażącego niedbalstwa operatora. Odwołujący, wskazując na powyższe, wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SWZ, poprzez wykreślenie zapisów dotyczących kar umownych w tych przypadkach, w których odpowiedzialność operatora pocztowego została określona w ustawie Prawo pocztowe w sposób zryczałtowany tj. wypłacany niezależnie od poniesionej szkody.

W tym miejscu Izba zauważa, że należy podzielić ocenę odwołującego, w zakresie w jakim ten odnosił zasady odpowiedzialności operatora pocztowego do sytuacjach opisanych w ustawie Prawo pocztowe. Zgodnie bowiem z brzmieniem cytowanej ustawy

do odpowiedzialności operatorów pocztowych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej stosuje się jeżeli przepisy tej ustawy nie stanowią inaczej. Natomiast zasady odpowiedzialności - oparte na zasadzie ryzyka - unormowano w ust. 3, zgodnie z którym operator pocztowy, który zawarł umowę

o świadczenie usługi pocztowej z nadawcą, odpowiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie nastąpiło wskutek siły wyższej, z przyczyn występujących po stronie nadawcy lub adresata,

niewywołanych winą operatora pocztowego, z powodu naruszenia przez nadawcę lub adresata przepisów ustawy albo regulaminu świadczenia usług pocztowych lub powszechnych oraz z powodu właściwości przesyłanej rzeczy. O ile nie zajdą więc te trzy przypadki, zakres odpowiedzialności cywilnoprawnej operatora pocztowego jest limitowany ustawą pocztową.

W efekcie - to ustawa pocztowa zasadniczo wyznacza zakres odpowiedzialności operatorów pocztowych. Powyższe nie oznacza jednak, że w sytuacjach nie uregulowanych w ustawie Prawo pocztowe, nie stosuje się zasad odpowiedzialności określonej w ustawie kodeks cywilny. Tu Izba podziela pogląd, że odpowiedzialność operatora pocztowego wobec nadawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej jest odpowiedzialnością kontraktową, do której zastosowanie znajdują przepisy art. 471 i następujących kodeksu cywilnego. Innymi słowy, w zakresie nie uregulowanym ustawą Prawo pocztowe - znajdują zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego.

Zauważyć należy ponadto, że odwołujący, formułując zarzuty naruszenia Prawa pocztowego, nie wskazał w jakim zakresie i z jakimi zapisami projektu umowy, nie zgadza się i które to wymagania są z cytowanymi przepisami niezgodne. Sformułował jedynie ogólne żądanie, aby Izba nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści SWZ w taki sposób, aby wykreślił on zapisy dotyczące kar umownych w tych przypadkach, w których odpowiedzialność operatora pocztowego została określona w ustawie Prawo pocztowe w sposób zryczałtowany tj. wypłacany niezależnie od poniesionej szkody. Przy czym nie sprecyzował o które zapisy projektowanej umowy chodzi i jaki zakres zmian postuluje. W tym miejscu przypomnieć należy, że wobec treści przepisu art. 555 ustawy Pzp Izba może orzekać wyłączenie co do zarzutów zawartych w odwołaniu. Oznacza to, że Izba nie może samodzielnie podejmować decyzji w kierunku naprawienia działań zamawiającego, które nie były przedmiotem odwołania, nawet jeśli dostrzeże ich nieprawidłowość. Przedmiotowy zakaz jest bezwzględnie związany z koniecznością skonkretyzowania przez odwołującego zarzutów w odwołaniu. Zarzut jest rozumiany jednak nie tylko jako określenie czynności i zaniechania zamawiającego ze wskazaniem kwalifikacji prawnej naruszenia (wskazania naruszanego przepisu ustawy). Przepis ten stanowi powtórzenie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp z 2004 r., wobec czego orzecznictwo zapadłe na tle dawnego przepisu zachowuje aktualność również w nowym stanie prawnym. Jak stwierdziła między innymi KIO w wyrokach: z 4 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 500/20, czy też w wyrokach o sygn. akt KIO 2036/18, KIO 162/17, KIO 179/17, KIO 35/17 - treść i zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodność działania zamawiającego z ustawą. W kontekście zarzutów formułowanych wobec postanowień umownych oznacza to, że odwołujący ma obowiązek wskazać określone zapisy projektowanej umowy, precyzując

jednocześnie w

i z jakimi przepisami ustawy są one sprzeczne.

części jakej

Dalej odwołujący, formułując szereg zastrzeżeń co do poszczególnych kar umownych, podkreśla wielokrotnie, że wiele postanowień wzoru umowy w zakresie dotyczącym kar jest pozbawionych jednoznaczności oraz precyzji, co nie pozwala mu w dostatecznym stopniu oszacować ryzyk i skalkulować ceny oferty. Twierdzi przy tym, że częstokroć zamawiający podejmuje próbę dwukrotnego obciążania odwołującego karami za tożsame lub podobne naruszenia, przy czym nie wskazuje przypadków, kiedy do takich sytuacji może dojść, co ponownie czyni zarzuty gołosłownymi. Odwołujący zaniechał zatem podstawowego obowiązku, który leży po jego stronie tj. wykazania w jaki sposób projektowane przez zamawiającego zapisy projektu umowy, naruszają przepisy ustawy Pzp czy też wspomniane przepisy Prawa pocztowego.

Izba dostrzegła, że katalog kar ustalony przez zamawiającego we wzorze umowy jest bardzo rozbudowany, przewidziano szereg sankcji dla wykonawcy, który będzie realizował umowę w sposób, który nie jest zgodny z wymaganiami. Należy przypomnieć, że wprawdzie zamawiający jest gospodarzem postępowania, to jednak ustawodawca nie przyznał mu niczym nieskrępowanego prawa do ustalania warunków, jakie winien spełnić wykonawca, aby mógł wziąć udział w postępowaniu, a także sposobu jego wykonywania i rozliczania. Podkreślić należy, że postępowanie jest prowadzone według przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, które weszły w życie z dniem 1 stycznia 2021 roku. W zmienionych przepisach wprowadzono szereg rozwiązań służących zrównoważeniu pozycji stron umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zmiany te mają na celu nie tylko ograniczenie jednostronnego kształtowania umów przez zamawiających oraz przerzucania nieproporcjonalnych ryzyk kontraktowych na wykonawców, ale także wzmocnienie regulacji dotyczących fazy wykonania i sposobów rozliczania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nowa Pzp statuuje w art. 431 obowiązek realizacji zamówienia publicznego z poszanowaniem interesów obu stron umowy, wyrażające się w podniesionej do rangi zasady, obowiązku współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonaniu umowy. Nie precyzuje jednocześnie na czym to współdziałanie miałoby konkretnie polegać. W takiej sytuacji należy odnieść się wprost do uregulowań art. 354 § 1 i 2 k.c., który określa zasady

współpracy stron i dążenie do ich równowagi w danym stosunku zobowiązaniowym. W tym zakresie przywołać należy stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 25 lutego 2015 r., sygn. akt IV CSK 297/14, gdzie SN uznał, że „Według art. 354 § 2 k.c. przy wykonywaniu zobowiązania powinien z dłużnikiem współdziałać wierzyciel. Każdy z nich obowiązany jest baczyć na uzasadniony interes kontrahenta i nie czynić nic takiego, co by wykonywanie zobowiązania komplikowało, hamowało lub utrudniało. Ten negatywny obowiązek spoczywa na wierzycielu zawsze. Pozytywnego natomiast działania wymagać należy od wierzyciela jedynie w sytuacji, gdy wynika to z właściwości świadczenia lub umowy”. Tym samym zamawiający, przygotowując dokumentację postępowania winien ustanowić takie warunki udziału w nim i zasady wykonywania zamówienia, aby z jednej strony nie naruszając praw wykonawców do możliwości brania udziału w postępowaniu, z drugiej strony spowodował takie warunki wykonywania zamówienia, aby było możliwe pełne współdziałanie stron podczas jego realizacji.

Niezależnie jednak od powyższej, ogólnej konstatacji, nie zwalnia to odwołującego każdorazowo z obowiązku wykazania okoliczności, w jaki sposób projektowane postanowienia umowy naruszają przywołane przepisy ustawy Pzp. Odwołujący z kolei, konstruując zarzuty odwołania odnośnie poszczególnych postanowień umowy, ograniczył się do stwierdzenia,

że nie jest w stanie oszacować kar umownych czy też, że kary są rażąco wygórowane i nieadekwatne do ciężaru ewentualnego przewinienia, jak też w odniesieniu do potrzeb i interesu zamawiającego. Nie podał przy tym żadnej szczegółowej argumentacji lub wliczeń, które mogłyby świadczyć o tym, że charakter kar, które zamawiający wprowadził do treści SWZ (projektu umowy) nie ma na celu dyscyplinowanie wykonawców do należytej, zgodnej

z kontraktem, realizacji zamówienia lecz, że jak stwierdził odwołujący prowadzić mają do „wzbogacenia zamawiającego”.

Rację ma zamawiający, który w odpowiedzi na odwołanie stwierdza, że odwołujący w zakresie tego zarzutu, nie dość że nie wykazuje jego zasadności, to niejednokrotnie przeczy sam sobie, z jednej strony zarzucając zamawiającemu nieprecyzyjność/niejednoznaczność zapisów o karach umownych, z drugiej kwestionując w ogóle ich dopuszczalność, przy czym we wcześniejszej części odwołania zauważa, że „Zamawiający przewidział szczegółowe wytyczne co do zakresu i wysokości naliczanych na wykonawcę kar umownych”. Izba stwierdziła, że tak jest w istocie tj. zamawiający bardzo szczegółowo i jednoznacznie opisał

za jakie przewinienia i w jakiej wysokości kary będą wykonawcy naliczane. Z kolei w odniesieniu do ich wysokości stwierdzić należy, że odwołujący nie podjął nawet próby dowodzenia, że kara za dane przewinienie, ustalona na danym poziomie, jest niewspółmierna do wagi przewinienia.

W tym miejscu ponownie należy przypomnieć, że przedmiotowe zamówienie nie jest standardową usługą pocztową, ale świadczona jest na rzecz jednostek sądownictwa i powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury. Jak wyjaśnił zamawiający w odpowiedzi na odwołanie to właśnie determinuje konieczność ustalenia takiego katalogu kar, których konstrukcja oparta została o wieloletnie doświadczenia zamawiającego przy nadzorze nad realizacją tożsamyh usług, jak również z uwzględnieniem oczekiwań formułowanych w tym zakresie przez same Jednostki, w imieniu których umowa jest zawierana, a zgłoszonych przez nie przed wszczęciem postępowania, aby możliwe było skuteczne wyegzekwowanie od wykonawcy realizacji obowiązków, które przy dostarczaniu tego rodzaju korespondencji są często kluczowe. Zamawiający przewiduje zatem kary w przypadku tych czynności, które są kluczowe dla uznania pewnych czynności procesowych za skuteczne, dla zapewnienia terminowości realizacji usług objętych zamówieniem. W ocenie Izby wszystkie zaproponowane przez zamawiającego kary umowne, które były kwestionowane przez odwołującego służą wyłącznie wyegzekwowaniu obowiązków wykonawcy w toku realizacji umowy, obejmują więc wszelkie czynności dotyczące odbioru, przemieszczenia się przesyłki, jak też dotyczą właściwego, zgodnego z umową przekazania informacji

o zdarzeniach występujących na poszczególnych etapach doręczenia za pośrednictwem przeznaczonych do tego systemów informatycznych, które muszą w tym wypadku działać w sposób niezawodny i bezawaryjny.

Trudno odmówić zamawiającemu prawa do takiej konstrukcji postanowień umowy, w tym w zakresie kar umownych, aby zabezpieczyć się w najwyższym stopniu, oczekując najwyższej staranności w realizacji umowy. Jak stwierdził zamawiający, tak skonstruowany

system kar umownych, oprócz zapewnienia sprawności działania wymiaru sprawiedliwości, co leży w interesie publicznym, ma chronić zamawiającego (jednostki na rzecz których działa) przed uszczerbkiem związanym z koniecznością wielokrotnego nadawania tej samej korespondencji, stratami związanymi z przesuwaniem terminów rozpraw oraz innych czynności procesowych, których dotyczy korespondencja, a także przed innymi, trudnymi do dokładnego policzenia szkodami, związanymi z nieterminową realizacją funkcji, jakie spełniają nadawcy przesyłek objętych zamówieniem, a których realizacja jest najczęściej powiązana z koniecznością doręczenia przesyłek takich jak m.in. orzeczenia sądowe.

Zamawiający zatem w sposób wyczerpujący opisał i wyjaśnił z jakich powodów skonstruował poszczególne zapisy dotyczące kar umownych w sposób określony w projekcie umowy, natomiast odwołujący nie sprostował obowiązkowi wykazania, że wskazywane przez niego przepisy zostały naruszone. Zaniechanie powyższe spowodować musiało konsekwencję w postaci oddalenia odwołania w tym zakresie.

Nie zasługiwał także, w ocenie Izby, na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 439 ust. 2 pkt 2 oraz pkt 3 ustawy Pzp poprzez brak określenia w SWZ, w tym we wzorze umowy sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia oraz nieokreślenie we wzorze umowy sposobu określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia. Odwołujący kwestionował zapis §14 ust. 2 wzoru umowy w zakresie waloryzacyjnych, opisanych w pkt 14.2.6 do 14.2.10.

Izba ustaliła, że zamawiający przewidział we wzorze umowy następujące zmiany w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy: 14.2.10. zmiana jednostkowej ceny brutto poszczególnych rodzajów usług oraz zmiana całkowitego maksymalnego wynagrodzenia brutto Wykonawcy, o którym mowa w § 9 ust. 1 Umowy, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych bezpośrednio z realizacją zamówienia, z zastrzeżeniem iż: 14.2.10.1. zmiana dotyczy zmiany cen materiałów lub kosztów innych niż wskazane w § 14 ust. 2 pkt. 6-9 Umowy; 14.2.10.2. łączny poziom zmiany cen materiałów lub kosztów niezbędnych do realizacji niniejszej Umowy wyniesie min. 10 % (wartość bezwzględna) w stosunku do wartości początkowych ustalonych na dzień składania ofert lub ustalonych we wcześniejszej waloryzacji; 14.2.10.3. Wykonawca w terminie 30 dni od dnia podpisania Umowy przedłoży Zamawiającemu kalkulacje głównych kosztów oraz prognozowanego zużycia materiałów związanych bezpośrednio z realizacją Umowy wraz z cenami jednostkowymi, która będzie stanowiła podstawę zmiany wynagrodzenia, o której mowa w niniejszym ustępie; 14.2.10.4. wysokość zmiany jednostkowej ceny brutto poszczególnych rodzajów usług oraz zmiany całkowitego maksymalnego wynagrodzenia brutto Wykonawcy, o którym mowa w § 9 ust. 1 Umowy, należy obliczyć przy użyciu wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów wskazanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok ubiegły, 14.2.10.5. zmiana ta nie powoduje zmiany w sposobie realizacji Umowy, a Wykonawca przedstawi odpowiednie oświadczenia i dokumenty uprawdopodobniające wpływ zmiany cen materiałów lub kosztów związanych bezpośrednio

z realizacją zamówienia objętego niniejszą Umową na wysokość jednostkowych cen brutto poszczególnych rodzajów usług oraz całkowitego maksymalnego wynagrodzenia brutto Wykonawcy, o którym mowa w § 9 ust. 1 Umowy, wraz ze szczegółową kalkulacją zmiany kosztów w tym zakresie; 14.2.10.6. zmiana jest dopuszczalna nie częściej niż raz na 12 miesięcy, z zastrzeżeniem, iż pierwsza zmiana może być wprowadzona nie wcześniej niż po 12 miesiącach świadczenia usług; 14.2.10.7. maksymalna łączna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień waloryzacyjnych określonych w § 14 ust. 2 pkt. 10 Umowy wynosi 2 % całkowitego

maksymalnego wynagrodzenia brutto Wykonawcy, o którym mowa w § 9 ust. 1 Umowy, z zastrzeżeniem, iż jednorazowa zmiana nie może przekroczyć 1 % całkowitego maksymalnego wynagrodzenia brutto Wykonawcy, o którym mowa w § 9 ust. 1 Umowy; 14.2.10.8. przed podjęciem decyzji o zwiększeniu wynagrodzenia Zamawiający dokona weryfikacji zasadności oraz poprawności obliczeń dokonanych przez Wykonawcę w zakresie żądanej zmiany wynagrodzenia, a także oceny możliwości sfinansowania wyższego wynagrodzenia w ramach posiadanych środków w planie finansowym Jednostek, zatwierdzonym na dany rok; 14.2.10.9. w przypadku wątpliwości co do wysokości zmiany ceny lub kosztu, Strony mogą żądać dodatkowych informacji oraz dowodów, 14.2.10.10. przez zmianę ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w § 14 ust. 2 pkt. 10 Umowy rozumie się zarówno ich wzrost jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie; 14.2.10.11. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z § 14 ust. 2 pkt. 10 Umowy, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym

zawarł umowę

o podwykonawstwo na okres przekraczający 12 miesięcy, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy.

Odwołujący podnosił, że zapisy te nie uwzględniają zmian, wprowadzonych do ustawy Pzp, w treści art. 439 tj. wymagania, że w przypadku umowy zawieranej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zamawiający ma obowiązek wprowadzenia do treści umowy zawieranej postanowień o zasadach wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (tzw. nowa klauzula waloryzacyjna). Tym samym w takiej umowie określa się m.in. : sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie prezesa Głównego Urzędu Statystycznego; sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia tj. wskazanie sposobu obliczenia nowego wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający, zdaniem odwołującego takich regulacji w treści umowy nie przewidział, a ponadto z jej treści nie wynika, czy ustalenie zmiany wynagrodzenia ma nastąpić z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów (jeżeli tak, to nie wiadomo, jaka wartość wskaźnika uprawnia do żądania zmiany wynagrodzenia) czy przez inną podstawę (jeżeli tak, nie wiadomo, ceny jakich materiałów lub jakie koszty mają być brane pod uwagę przy ustalaniu, czy nastąpiła zmiana ceny ani jaka zmiana tych cen bądź kosztów uprawnia do żądania zmiany wynagrodzenia). W konsekwencji odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu zawarcia we wzorze umowy postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian w zakresie zmiany wynagrodzenia określających dokładny sposób ustalania zmiany wynagrodzenia oraz sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia.

Izba nie podzieliła powyższego zarzutu uznając, że przedmiotowe, cytowane powyżej zapisy czynią zadość obowiązkowi, który wprowadził ustawodawca do treści art. 439 ustawy Pzp. Zgodnie z tą regulacją, w przypadku umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, obowiązkiem zamawiających jest określenie zasad, przy których będzie możliwa zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w sytuacji zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zamawiający musi zatem określić w umowie następujące elementy: w jakich okolicznościach może dojść do waloryzacji wynagrodzenia, od którego terminu będzie ona możliwa, sposób zmiany wynagrodzenia i metodę przeliczenia, liczbę okresów waloryzacyjnych, maksymalną granicę wartości zmiany wynagrodzenia. Wszystkie one zostały przez zamawiającego przewidziane w projekcie umowy. Zgodnie z pkt 14.2.10 zmiany cen jednostkowych, a w konsekwencji zmiana całkowitego wynagrodzenia brutto będzie możliwa w przypadku zmian cen materiałów lub kosztów związanych bezpośrednio

z realizacją zamówienia (okoliczności, w jakich zmiany nastąpią). Z kolei termin, w jakim będzie możliwa zamawiający ustalił w pkt 14.2.10.6 przewidując, że jest dopuszczalna nie częściej niż raz na 12 miesięcy z zastrzeżeniem, że pierwsza zmiana będzie mogła zostać wprowadzona nie wcześniej niż po 12 miesiącach świadczenia usług. Dalej nie sposób zgodzić się również z odwołującym, że brak jest w zapisach projektu umowy sposobu w jaki zmiana wynagrodzenia będzie dokonywana i metoda przeliczenia. Jak wyjaśnił zamawiający na rozprawie, co wynika jednocześnie z pkt 14.2.10.3 oraz pkt 14.2.10.4 projektu umowy to wykonawca, w terminie 30 dni od dnia podpisania Umowy przedłoży zamawiającemu kalkulacje głównych kosztów oraz prognozowanego zużycia materiałów związanych bezpośrednio z realizacją Umowy wraz z cenami jednostkowymi, która będzie stanowiła podstawę zmiany wynagrodzenia, decydując w efekcie koszty których usług są dla niego kluczowe i wpływają w znaczącym stopniu na wysokość ceny oferty. Zamawiający pozostawił tym samym pewną swobodę przyszłemu kontrahentowi do określenia podstawy do zmiany przysługującego mu wynagrodzenia. Jednocześnie ustalił podstawę dla ustalenia nowej wysokości cen jednostkowych brutto poszczególnych rodzajów usług tj. wskaźnik zmiany cen materiałów lub kosztów wskazany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok ubiegły. Zamawiający wypełnił również tą dyspozycję przepisu art. 439 ustawy Pzp, która wskazuje na konieczność określenia w przyszłej umowie maksymalnej granicy wartości zmiany wynagrodzenia. To z kolei reguluje pkt 14.2.10.7 przewidujący, że maksymalna łączna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie

zastosowania postanowień waloryzacyjnych nie będzie wyższa niż 2 % całkowitego maksymalnego wynagrodzenia brutto wykonawcy z zastrzeżeniem, iż jednorazowa zmiana nie może przekroczyć 1 % tego wynagrodzenia.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że również ten zarzut nie znajduje uzasadnienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego,

ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba, mając na uwadze treść §5 pkt 2 cytowanego Rozporządzenia, zgodnie z którym do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu: kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę, wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika, w kwocie nieprzekraczającej łącznie kwoty 3600 zł., zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty wynagrodzenia jednego pełnomocnika 3600 zł. oraz poniesione przez niego koszty związane z dojazdem na rozprawę w wysokości 605,12 zł.

Przewodniczący:

Członkowie: