

Sygn. akt: KIO 3437/23

**WYROK**  
z dnia 1 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2023 r. przez wykonawcę **Speedmail Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie**

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 16 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła kwestii podwykonawstwa.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 3.1. 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;
  - 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) 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:** .....

Sygn. akt: KIO 3437/23

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *świadczenie usług pocztowych wraz z obsługą korespondencji wychodzącej dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.* (znak postępowania: 01742/WS/PW/PZP-DRZ-WRO/U/2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 listopada 2023 r. pod numerem nr 2023/S 213-00673223.

W dniu 16 listopada 2023 r. wykonawca Speedmail Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie wobec postanowień dokumentów zamówienia zarzucając Zamawiającemu:

1. określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej doświadczenia w sposób nieproporcjonalny oraz z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, co w konsekwencji stanowi naruszenie art. 16 oraz art. 112 ust. 1 w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp;
2. określenie opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasad proporcjonalności oraz uczciwej konkurencji, czym naruszył art. 16 w zw. z art. 99 ust. 4, z ostrożności (gdyż Zamawiający zawarł warunki wykonania zamówienia w opisie przedmiotu zamówienia) art. 112 ust. 1 w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp oraz wprowadzenie zapisów w projekcie umowy z naruszeniem art. 16 ustawy Pzp;
3. wyznaczenie skróconego terminu składania ofert z naruszeniem art. 16 oraz art. 138 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) odnośnie zarzutu pierwszego - zmianę treści SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej doświadczenia, poprzez wprowadzenie zmian opisanych w dalszej części odwołania;
- 2) odnośnie zarzutu drugiego - zmianę opisu przedmiotu zamówienia, poprzez wprowadzenie zmian opisanych w dalszej części odwołania;
- 3) odnośnie zarzutu trzeciego – wydłużenie terminu składani ofert do 30 dni.

Zarzut pierwszy

Odwołujący przywołał brzmienie punktu 6.14.1 oraz 6.14.2 SWZ oraz rozdziału III pkt 12 i 13 OPZ

Wskazał, że wymagana przez Zamawiającego liczba placówek pocztowych jest nieadekwatna do zakresu zamówienia. Zgodnie z informacją zawartą na stronie internetowej Zamawiającego (<https://www.mpwik.com.pl/view/odpowiedzialny-biznes>): „Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. to spółka komunalna użyteczności publicznej, której Właścicielem (Akcjonariuszem) jest Miasto Stołeczne Warszawa. Jako jedna ze służb stolicy, wykonujemy w imieniu gminy zadania w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków. Naszą powinnością jest realizacja potrzeb mieszkanki i mieszkańców Warszawy...” Przywołał postanowienia rozdz. V OPZ, w których Zamawiający podał szacowane ilości korespondencji wychodzącej na terenie m.st. Warszawy, miejscowości należących do województwa mazowieckiego oraz pozostałych miejscowości, o których mowa w rozdz. III ust. 12.

Uzasadniał, że zgodnie z powyższymi informacjami Zamawiający prowadzi działalność na ograniczonym terytorialnie obszarze kraju (głównie Warszawa), a w związku

z tym stawianie wymogu posiadania co najmniej 1405 placówek (minimalna liczba placówek wyliczona na podstawie wymogów określonych przez Zamawiającego) na pozostałym obszarze kraju jest wymogiem nadmiernym i nieadekwatnym do zakresu zamówienia. Faktycznie część przesyłek nadawanych przez Zamawiającego kierowana będzie na obszary znajdujące się poza Warszawą jednak będą to ilości na tyle znikome, że w żaden sposób nie uzasadniają ekonomicznie zaangażowania tak dużego potencjału organizacyjnego do obsługi tak niewielkiej liczby przesyłek. Gdyby nawet hipotetycznie przyjąć (co w rzeczywistych warunkach nie będzie możliwym), że wszystkie przesyłki rejestrowane nadane przez Zamawiającego na obszar poza Warszawą miałyby podlegać odbiorowi w placówkach Wykonawcy to zgodnie z zapisami dotyczącymi szacowanej korespondencji wychodzącej zawartej w rozdziale V OPZ ilości przypadające średnio na jedną placówkę odbiorczą miesięcznie wynosiłyby nie więcej niż 1,2 przesyłek (średnio poniżej 0,04 przesyłki dziennie na placówkę). Ponadto Odwołujący wskazał, że znacząca większość przesyłek (82%) przewidzianych do nadania przez Zamawiającego to przesyłki nieregistrowane, których doręczenie odbywa się bezpośrednio do oddawczych skrzynek pocztowych, a awizowanie tego typu przesyłek następuje sporadycznie (np. w przypadku braku oddawczej skrzynki pocztowej). Zakładając jednocześnie, że co najmniej 60% przesyłek rejestrowanych zostanie dostarczonych do odbiorców łączna liczba przesyłek awizowanych nie przekroczy 4400 szt., a więc około nieco ponad trzy przesyłki w okresie jednego miesiąca przypadające na jedną placówkę pocztową (niespełna jedna przesyłka na punkt odbioru na tydzień). Wymóg ten w ocenie Odwołującego w sposób istotny narusza zasady konkurencji i równego traktowania Wykonawców faworyzując jeden podmiot, który posiada sieć placówek pocztowych wymaganą przez Zamawiającego.

W związku z powyższym Odwołujący mając w celu zapewnienie adekwatności zakresu zamówienia do wymaganych przez Zamawiającego zasobów Wykonawcy żądał modyfikacji zapisów SWZ na następujący:

6.14.1 Wykaz posiadanych przez Wykonawcę lub Podwykonawcę co najmniej 30 placówek odbiorczych na terenie m.st. Warszawy, w tym co najmniej po jednej placówce w każdej

z dzielnic, w których adresat może odebrać awizowane listy polecone i za zwrotnym potwierdzeniem odbioru. W w. placówki powinny być czynne we wszystkie dni robocze (od poniedziałku do piątku), z wyjątkiem dni ustawowo wolnych od pracy w godzinach otwarcia od maksymalnie godz. 8:00 do co najmniej godz. 18.00. Każda placówka powinna być oznakowana w sposób widoczny „szyldem” z nazwą bądź logo Wykonawcy lub Podwykonawcy, jednoznacznie wskazującym na jednostkę Wykonawcy lub Podwykonawcy, na załączniku nr 7 do IDW, Część I SWZ, zgodnie z III Rozdziałem pkt 10 OPZ,

6.14.2 Wykaz posiadanych przez Wykonawcę lub Podwykonawcę placówek odbiorczych, w ilościach wskazanych poniżej:

- Legionowo – co najmniej 5 placówek odbiorczych
- Piaseczno – co najmniej 5 placówek odbiorczych
- Pruszków – co najmniej 4 placówki odbiorcze
- Piastów – co najmniej 3 placówki odbiorcze
- Raszyn – co najmniej 2 placówki odbiorcze
- Michałowice – co najmniej 1 placówka odbiorcza
- Serock – co najmniej 1 placówka odbiorcza
- Wieliszew – co najmniej 1 placówka odbiorcza
- Nieporęt – co najmniej 1 placówka odbiorcza
- Komorów – co najmniej 1 placówka odbiorcza
- Sulejówkę – co najmniej 1 placówka odbiorcza
- Łomianki – co najmniej 1 placówka odbiorcza

• Marki – co najmniej 1 placówka odbiorcza, które to placówki są czynne we wszystkie dni robocze (od poniedziałku do piątku), z wyjątkiem dni ustawowo wolnych od pracy – co najmniej przez 6 godzin dziennie, przy czym raz w tygodniu każda placówka jest czynna co najmniej do godz. 18:00, gdzie każda z tych placówek oznakowana jest w sposób widoczny „szyldem” z nazwą bądź logo Wykonawcy lub Podwykonawcy, jednoznacznie wskazującym na jednostkę Wykonawcy lub Podwykonawcy, na załączniku nr 8 do IDW, Część I SWZ, zgodnie z III Rozdziałem pkt 11 i 12 OPZ. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

A jednocześnie w pkt. 12 i 13 OPZ (Część III)

14. W pozostałych miejscowościach znajdujących się na terenie Polski Wykonawca zobowiązany jest do posiadania co najmniej jednej placówki odbiorczej w każdej gminie lub w przypadku braku placówki w gminie sąsiedniej, z tym, że w gminach miejskich co najmniej jedną placówkę na każde rozpoczęte 30 000 mieszkańców. Zamawiający dopuszcza podwykonawstwo w zakresie wskazanym w niniejszym punkcie.

15. Każda placówka, o której mowa powyżej (pkt. 11 i 12 OPZ), powinna być:

- czynna we wszystkie dni robocze (od poniedziałku do piątku), a jeżeli w tygodniu przypada dzień ustawowo wolny od pracy, liczba dni może być odpowiednio niższa – co najmniej przez 6 godzin dziennie, przy czym raz w tygodniu placówka powinna być czynna co najmniej do godz. 17:00;
- oznakowana w sposób widoczny „szyldem” z nazwą bądź logo Wykonawcy lub Podwykonawcy, jednoznacznie wskazującym na jednostkę Wykonawcy lub Podwykonawcy.

#### Zarzut drugi

1. Odwołujący przywołał brzmienie § 3 ust. 15 projektu umowy oraz rozdz. III ust. 28 pkt 7 OPZ. Powołał się na art. 95 ust. 1 ustawy Pzp i wskazał, że przepis ten rodzi po stronie zamawiającego obowiązek przeanalizowania czy czynności, które będą wykonywane

w ramach zamówienia, będą miały charakter stosunku pracy, oraz obowiązek wyspecyfikowania tych czynności, które spełniają ten warunek. Określając, które czynności w zamówieniu publicznym powinny być wykonywane w ramach zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, Zamawiający powinien się oprzeć na definicji stosunku pracy, określonej w art. 22 § 1 Kp. Zgodnie z tym przepisem poprzez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Kodeksowa definicja stosunku pracy była przedmiotem analizy w wyrokach sądowych, które stanowią istotną wskazówkę pomagającą zidentyfikować cechy charakteryzujące umowy o pracę i wskazać czynności w zamówieniu, które podlegać będą obowiązkowi zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Na ich podstawie można wskazać następujące czynniki, które Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, analizując, czy dana czynność ma cechy stosunku pracy: 1) czy ma ona charakter czynności wykonywanej w określonych godzinach i miejscu oraz warunkach podporządkowania określonym normom porządkowym (np. regulamin pracy), czy też czynności doraźnej, której efektem ma być osiągnięcie określonego rezultatu, oraz 2) czy ma być realizowana pod kierownictwem i zgodnie z poleceniami i konkretnymi wytycznymi Wykonawcy, czy też osoba wykonująca tę czynność w ramach realizacji zamówienia będzie miała swobodę odnośnie do organizacji swojej pracy oraz doboru metod służących osiągnięciu oczekiwanego rezultatu. Jednocześnie Zamawiający, formułując wymagania

w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, nie powinien w ten sposób ograniczać konkurencji między innymi. Oznacza to, że nie powinien wymagać od Wykonawców zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących określone czynności

w ramach realizacji zamówienia, jeśli co do zasady czynności te nie są wykonywane

w sposób określony w Kodeksie pracy i świadczący o istnieniu stosunku pracy, mimo że są na rynku Wykonawcy, którzy do tego rodzaju czynności zatrudniają pracowników na podstawie umowy o pracę. Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący wyjaśnił, że czynności w zakresie doręczania przesyłek nie są wykonywane pod kierownictwem i zgodnie z konkretnymi wytycznymi pracodawcy. Doręczyciele/listonosze mają swobodę w zakresie sposobu organizacji własnych działań. Umowy z nimi zawierane mają charakter umowy rezultatu tzn. osoba jest zobowiązana do dostarczenia przesyłek. W związku z tym nie można zakwalifikować czynności doręczania przesyłek jako spełniających kryteria dla uznania ich za podlegające prawu pracy.

W związku z powyższym Odwołujący mając w celu zapewnienie adekwatności zakresu zamówienia do wymaganych przez Zamawiającego zasobów Wykonawcy żąda modyfikacji zapisów SWZ na następujący: Rozdział III ust. 28 pkt 7 OPZ: 7) świadczenia usług w oparciu o pracowników (placówki nadawczej i oddawczej dla Zamawiającego, osób wyznaczonych do nadzoru nad realizacją umowy) zatrudnionych zgodnie z prawem polskim, niekaranych,

przeszkolonych w zakresie dostarczania przesyłek, posiadających czysty i schludny wygląd, cechujących się wysoką kulturą osobistą.

2. Odwołujący przywołał brzmienie § 3 ust. 16 projektu umowy oraz rozdziału III ust. 12 OPZ. Uzasadniał, że wprowadzając powyższe zapisy Zamawiający w sposób istotny ograniczył konkurencję umożliwiając udział podwykonawców jedynie dla niewielkiej części zamówienia w zakresie udostępnienia sieci placówek pocztowych jedynie na wybranym przez Zamawiającego obszarze kraju. Zgodnie z zapisami zawartymi w Rozdziale I OPZ przedmiot zamówienia obejmuje: Świadczenie usług pocztowych wraz z obsługą korespondencji wychodzącej dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. 1. Zakres usług: 1) Obsługa korespondencji zakopertowanej; 2) Obsługa korespondencji przeznaczonej do kopertowania przez Wykonawcę; 3) Obsługa korespondencji przeznaczonej do wydrukowania i kopertowania przez Wykonawcę; 4) Usługi komplementarne. Zgodnie z zapisami ustawy Pzp Zamawiający nie może ograniczać udziału podwykonawców w realizacji zamówienia publicznego – takie ograniczenie możliwe jest wyłącznie w drodze wyjątku. Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 21 września 2017 r., sygn. akt KIO 1837/17

i uzasadniał, że Zamawiający, który decyduje się na wprowadzenie obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia powinien mieć pewność, że takie ograniczenie nie zaburza konkurencji na rynku. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do zakresu zamówienia oraz wymagań stawianych przez Zamawiającego udział w postępowaniu może wziąć wyłącznie jeden Wykonawca tj. Poczta Polska S.A., która jako jedyna na polskim rynku spełnia wymogi określone przez Zamawiającego tj.: posiada wymaganą przez Zamawiającego sieć placówek, posiada status operatora pocztowego (w tym szczególnie status Operatora Wyznaczonego do świadczenia powszechnych usług pocztowych, który jednocześnie wiąże się z obowiązkiem posiadania sieci placówek pocztowych, których ilość spełnia wymogi określone przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu) oraz świadczy usługi w zakresie wydruku i konfekcji przesyłek (patrz: <https://www.poczta-polska.pl/biznes/korespondencja/druk-ikonfekcjonowanie/>). Każdy inny podmiot funkcjonujący na rynku, aby móc zrealizować usługę określoną przez Zamawiającego musi korzystać z usług innych podmiotów czy to w zakresie świadczenia usług pocztowych, czy też w zakresie wydruku i konfekcji przesyłek. W związku z powyższym Odwołujący żądał wykreślenia powyższych zapisów z treści SWZ.

3. Odwołujący przywołał brzmienie § 8 ust. 1 pkt 4 – 7 projektu umowy i wskazał, że zdarzenia te opierają się o zgłoszenie o jednostronne uznanie każdej zgłoszonej reklamacji za zasadną przez Zamawiającego. Kwestie rozpatrywania reklamacji reguluje umowa, ale także prawo powszechne tj. Ustawa prawo pocztowe (art. 92- 95) oraz Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 26 listopada 2013 r. w sprawie reklamacji usługi pocztowej. Prawo to przewiduje uznanie przez operatora pocztowego reklamacji jak też odmowę uznania reklamacji, na które to uprawnionemu Nadawcy przysługuje odwołanie. Natomiast w postanowieniach umownych karę przewidziano również w przypadku, gdy została zgłoszona reklamacja niezasadna, w przypadku której odmowa uznania reklamacji jest w pełni zgodna z prawem. Oznacza to sytuację, gdy została złożona reklamacja a nie zaszły podstawy formalne lub prawne do jej uznania, gdyż usługa została wykonana należyście. Osoba składająca reklamację zaś mylnie oceniła stan faktyczny. Kara umowna nie powinna w związku z tym być nakładana w sytuacji, gdy zgłoszone reklamacje prawidłowo zostały uznane przez operatora pocztowego za niezasadne i operator odmówił ich uznania. W przeciwnym wypadku Wykonawca karany jest za okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności co jest niezgodne z zasadami odpowiedzialności i nadmierne na gruncie ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący żądał zmiany powyższych zapisów na następujące:

1. Z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kar umownych w określonych poniżej wysokościach:

4) za niedostarczenie listu zwykłego w terminach wskazanych w OPZ, stwierdzone na podstawie uznanej przez Operatora pocztowego reklamacji – w wysokości opłaty za dany list, zgodnie z opłatami zawartymi w Formularzu cenowym;

5) za niedostarczenie lub opóźnienie w dostarczeniu listu poleconego i listu za zwrotnym potwierdzeniem odbioru, w stosunku do terminów wskazanych w OPZ, stwierdzone na podstawie uznanej przez Operatora pocztowego reklamacji – w wysokości dwukrotności opłaty za dany list, zgodnie z opłatami zawartymi w Formularzu cenowym;

6) za więcej niż dwukrotne niedoręczenie lub nieterminowe doręczenie listów zwykłych, poleconych i za zwrotnym potwierdzeniem odbioru do jednego adresata, w stosunku do terminów wskazanych w OPZ, stwierdzone na podstawie reklamacji zgłoszonych przez Adresata lub na podstawie innych informacji uzyskanych przez Zamawiającego, oraz na podstawie uznanej przez Operatora pocztowego reklamacji – w wysokości 10 zł za każdy przypadek;

7) za każdy przypadek udokumentowanej utraty listu zwykłego, listu poleconego lub listu za zwrotnym potwierdzeniem odbioru, stwierdzone na podstawie uznanej przez Operatora pocztowego reklamacji – w wysokości

pięćdziesięciokrotności opłaty za dany list, zgodnie

z opłatami zawartymi w Formularzu cenowym.

4. Odwołujący przywołał brzmienie § 8 ust. 1 pkt 14 oraz § 12 ust. 11 – 14 projektu umowy

i wskazał, że tak szerokie określenie wymogu przez Zamawiającego jest nieracjonalne

z punktu widzenia zabezpieczenia jego interesu szczególnie w odniesieniu do tzw. pracowników szeregowych (np. pracownicy fizyczni wykonujący najprostsze czynności) Postanowienie takie może ewentualnie mieć uzasadnienie jedynie w przypadku personelu kluczowego, istotnego dla podejmowania głównych decyzji w realizacji umowy (np. osoby, które będą współpracowały ze strony Zamawiającego z Wykonawcą realizującym usługę). Realizacja usługi dla Zamawiającego będzie wiązała się z koniecznością stałego prowadzenia procesu rekrutacji w celu zatrudnienia osób wykonujących dość proste, ale niezbędne dla wykonania usługi czynności takie jak: odbiór przesyłek, dostarczanie przesyłek, obsługa urządzeń drukujących, prace magazynowe, pakowanie przesyłek, wydawanie ich w punktach wydawania korespondencji, itp. Wykonawca nie ma też żadnych realnych środków dla zweryfikowania czy osoba, która stara się o zatrudnienie np. jako listonosz nie jest zatrudniona u Zamawiającego. Oczywiście hipotetycznie Wykonawca mógłby zweryfikować np. świadectwa pracy dostarczane przez potencjalnych kandydatów jednak czynność ta następowałaby jedynie i tak już po zawarciu umowy oraz w odniesieniu wyłącznie do osób zatrudnianych w oparciu o przepisy kodeksu pracy a dodatkowo żaden Wykonawca nie będzie w stanie zweryfikować czy dostarczone mu świadectwa pracy są kompletne. W związku z tymi argumentami w ocenie Odwołującego ustanowienie zakazu zatrudnienia na tak szerokim poziomie kompetencji jest nadmierne, a więc nieproporcjonalne i niezgodne z art. 16 ustawy Pzp. Dodatkowo Odwołujący nie zna przepisów, które by obowiązywały lub pozwalały Zamawiającemu na zawarcie takiego postanowienia umowy, lub pozwalały na wymianę danych pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym o potencjalnych pracownikach w celu weryfikacji spełnienia tego wymogu. Dlatego też, Odwołujący żąda wykreślenia zapisów § 12 ust. 11 – 14 umowy lub ich zmiany na takie, które w sposób faktyczny w oparciu o obowiązujące przepisy prawa (w tym przy uwzględnieniu ograniczeń określonych w przepisach RODO) pozwolą na ewentualną realizację obowiązku określonego przez Zamawiającego.

#### Zarzut trzeci

Odwołujący wskazał, że w związku z wyznaczeniem zbyt krótkiego terminu składania ofert Odwołujący żąda wydłużenia go do 30 dni, zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych. W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający podał jako powód skrócenie „pilną potrzebę udzielenia zamówienia” czego nie można uznać za uzasadnienie skrócenia. Wykonawca, aby przygotować ofertę potrzebuje znacznie więcej czasu niż przewidział Zamawiający w dokumentach postępowania, biorąc pod uwagę złożoność przedmiotu zamówienia. Skrócenie terminu składania ofert stawia w uprzywilejowanej sytuacji Wykonawcę, który dotychczas realizuje to zamówienie dla Zamawiającego.

Zamawiający w dniu ...listopada 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron, Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie podwykonawstwa – pkt 6.14.1 oraz 6.14.2 SWZ

i doprecyzuje tę kwestię w specyfikacji.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami, modyfikacjami oraz wyjaśnieniami treści specyfikacji.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 29 listopada 2023 r.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego sprawy wnioski dowodowe Odwołującego w postaci czterech wydruków ze stron internetowych.

#### Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych wraz z obsługą korespondencji wychodzącej dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.

W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający wskazał, że: zgodnie z art. 138 ust. 2 pkt 2 Pzp, zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia.

Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu, pierwotny termin składania ofert wyznaczono na 20 listopada 2023 r.

Zgodnie z punktem 6.14. SWZ, w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego wraz

z ofertą wykonawca składa następujące przedmiotowe środki dowodowe:

6.14.1. Wykaz posiadanych przez Wykonawcę co najmniej 80 placówek odbiorczych na terenie m.st. Warszawy, w tym co najmniej po trzy placówki w każdej z dzielnic, w których adresat może odebrać awizowane listy polecone i za zwrotnym potwierdzeniem odbioru. Ww. placówki powinny być czynne we wszystkie dni robocze (od poniedziałku do piątku),

z wyjątkiem dni ustawowo wolnych od pracy w godzinach otwarcia od maksymalnie godz. 8:00 do co najmniej godz. 19.00, oraz w soboty co najmniej jednej placówki w każdej

z dzielnic otwartej minimum przez 4 godziny. Każda placówka powinna być oznakowana

w sposób widoczny „szyldem” z nazwą bądź logo Wykonawcy, jednoznacznie wskazującym na jednostkę Wykonawcy, na załączniku nr 7 do IDW, Część I SWZ, zgodnie z III Rozdziałem pkt 10 OPZ,

6.14.2. Wykaz posiadanych przez Wykonawcę placówek odbiorczych, w ilościach wskazanych poniżej:

- Legionowo – co najmniej 5 placówek odbiorczych
- Piaseczno – co najmniej 5 placówek odbiorczych
- Pruszków – co najmniej 4 placówki odbiorcze
- Piastów – co najmniej 3 placówki odbiorcze
- Raszyn – co najmniej 2 placówki odbiorcze
- Michałowice – co najmniej 1 placówka odbiorcza
- Serock – co najmniej 1 placówka odbiorcza
- Wieliszew – co najmniej 1 placówka odbiorcza
- Nieporęt – co najmniej 1 placówka odbiorcza
- Komorów – co najmniej 1 placówka odbiorcza
- Sulejówek – co najmniej 1 placówka odbiorcza
- Łomianki – co najmniej 1 placówka odbiorcza
- Marki – co najmniej 1 placówka odbiorcza,

które to placówki są czynne we wszystkie dni robocze (od poniedziałku do piątku),

z wyjątkiem dni ustawowo wolnych od pracy – co najmniej przez 6 godzin dziennie, przy czym raz w tygodniu każda placówka jest czynna co najmniej do godz. 20:00 lub w sobotę nie krócej niż 3 godziny, gdzie każda z tych placówek oznakowana jest w sposób widoczny „szyldem” z nazwą bądź logo Wykonawcy, jednoznacznie wskazującym na jednostkę Wykonawcy, na załączniku nr 8 do IDW, Część I SWZ, zgodnie z III Rozdziałem pkt 11 i 12 OPZ.

Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Zgodnie z rozdz. III ust. 12 OPZ: W pozostałych miejscowościach znajdujących się na terenie Polski Wykonawca zobowiązany jest do posiadania co najmniej jednej placówki odbiorczej w każdej gminie lub w przypadku braku placówki w gminie sąsiedniej, z tym, że

w gminach miejskich co najmniej jedną placówkę na każde rozpoczęte 30 000 mieszkańców. Zamawiający dopuszcza podwykonawstwo w zakresie wskazanym w niniejszym punkcie. Zgodnie z rozdz. III ust. 13 OPZ: Każda placówka, o której mowa powyżej (pkt. 11

i 12 OPZ), powinna być:

- czynna we wszystkie dni robocze (od poniedziałku do piątku), a jeżeli w tygodniu przypada dzień ustawowo wolny od pracy, liczba dni może być odpowiednio niższa – co najmniej przez 6 godzin dziennie, przy czym raz w tygodniu placówka powinna być czynna co najmniej do godz. 20:00 lub w sobotę nie krócej niż 3 godziny;
- oznakowana w sposób widoczny „szyldem” z nazwą bądź logo Wykonawcy, jednoznacznie wskazującym na jednostkę Wykonawcy.

Zgodnie z rozdz. III ust. 28 pkt 7) OPZ: Wykonawca zobowiązany jest do: świadczenia usług w oparciu o pracowników (placówki nadawczej i oddawczej dla Zamawiającego, doręczycieli usług pocztowych, osób wyznaczonych do nadzoru na realizacją umowy) zatrudnionych zgodnie z prawem polskim, niekaranych, przeszkolonych

w zakresie dostarczania przesyłek, posiadających czysty i schludny wygląd, cechujących się wysoką kulturą osobistą.

Zgodnie z rozdz. V OPZ: Zamawiający informuje, że korespondencja wysyłana do odbiorców znajdujących się na terenie:

- m.st. Warszawy stanowi ok. 85% z całości korespondencji wychodzącej ze Spółki;
- miejscowości należących do województwa mazowieckiego, o których mowa w Rozdziale III ust. 11, stanowi 10% z

całości korespondencji wychodzącej ze Spółki;

- pozostałych miejscowości, o których mowa w Rozdziale III ust. 12, stanowi 5% z całości korespondencji wychodzącej ze Spółki.

Projekt umowy w sprawie zamówienia stanowi załącznik nr 2 do SWZ.

Zgodnie z § 3 ust. 15 projektu umowy: Zamawiający wymaga, aby osoby wskazane

w rozdz. III ust. 28 pkt 7) OPZ były zatrudnione przez Wykonawcę na podstawie umowy

o pracę, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy.

Zgodnie z § 3 ust. 16 projektu umowy: Zamawiający zezwala na zatrudnienie podwykonawców do realizacji umowy jedynie w zakresie wskazanym w Rozdziale III ust. 12 OPZ.

Zgodnie z § 8 ust. 1 projektu umowy: Z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kar umownych

w określonych poniżej wysokościach:

(...)

4) za niedostarczenie listu zwykłego w terminach wskazanych w OPZ, stwierdzone na podstawie dowodów, które wskazują na niedostarczenie listu zwykłego – w wysokości dwukrotności opłaty za dany list, zgodnie z opłatami zawartymi w Formularzu cenowym;

5) za niedostarczenie lub opóźnienie w dostarczeniu listu poleconego i listu za zwrotnym potwierdzeniem odbioru, w stosunku do terminów wskazanych w OPZ – w wysokości dwukrotności opłaty za dany list, zgodnie z opłatami zawartymi w Formularzu cenowym;

6) za więcej niż dwukrotne niedoręczenie lub nieterminowe doręczenie listów zwykłych, poleconych i za zwrotnym potwierdzeniem odbioru do jednego adresata, w stosunku do terminów wskazanych w OPZ, stwierdzone na podstawie reklamacji zgłoszonych przez Adresata lub na podstawie innych informacji uzyskanych przez Zamawiającego, które wskazują na niedostarczenie lub opóźnienie w dostarczeniu listów – w wysokości 40 zł za każdy przypadek;

7) za każdy przypadek udokumentowanej utraty listu zwykłego, listu poleconego lub listu za zwrotnym potwierdzeniem odbioru – w wysokości pięćdziesięciokrotności opłaty za dany list, zgodnie z opłatami zawartymi w Formularzu cenowym;

(...)

14) za każdy przypadek naruszenia przez Wykonawcę zobowiązań zawartych w § 12 ust. 11 - 14 w wysokości 0,5 % maksymalnego wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 1 pkt 3).

Zgodnie z § 12 ust. 11 – 14 projektu umowy:

11. Wykonawca zobowiązuje się, że w okresie trwania niniejszej umowy oraz w okresie 3 miesięcy licząc od dnia jej rozwiązania lub wygaśnięcia, bez zgody Zamawiającego wyrażonej w formie pisemnej pod rygorem nieważności, nie zatrudni bezpośrednio lub pośrednio pracownika lub pracowników Zamawiającego lub nie nawiąże z takimi osobami współpracy, niezależnie od formy i rodzaju tej współpracy (w tym umowa zlecenia bądź umowa o dzieło), oraz nie nawiąże takiej współpracy z osobą prawną bądź jednostką organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej (spółki osobowe), w której pracownicy Zamawiającego są zatrudnieni (niezależnie od podstawy prawnej takiego stosunku, w tym umowa o pracę, umowa zlecenia bądź umowa o dzieło) lub posiadają łącznie co najmniej 5% akcji lub udziałów lub są członkami organów osoby prawnej lub współnikami spółki osobowej.

12. Postanowienia ust. 11 powyżej, mają również odpowiednie zastosowanie do nawiązania zatrudnienia lub współpracy z pracownikiem Zamawiającego przez spółkę zależną, dominującą lub powiązaną z Wykonawcą w rozumieniu właściwych przepisów oraz przez podwykonawcę, z którym Wykonawca realizuje przedmiot niniejszej umowy.

13. Zatrudnienie lub współpraca o których mowa w ust. 11 i 12 powyżej obejmuje

w szczególności działania pracownika Zamawiającego o charakterze bezpośrednim lub pośrednim, odpłatnie lub nieodpłatnie, działalność w charakterze doradcy, konsultanta, wykonującego zlecenie, dzieła albo też podmiotu spełniającego inne podobne świadczenia, lub wykonywanie pracy w ramach umowy o pracę.

14. W przypadku realizowania niniejszej umowy przy udziale podwykonawców, Wykonawca zobowiązany jest zawrzeć postanowienia niniejszego paragrafu ust. 11-13 w umowie z podwykonawcą z którym realizuje przedmiot umowy.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie podwykonawstwa – pkt 6.14.1 oraz 6.14.2 SWZ

i doprecyzuje tę kwestię w specyfikacji. Mając na uwadze złożone przez Zamawiającego ww. oświadczenie oraz brak zgłoszenia przystąpienia wykonawców do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Izba uznała, że

postępowanie odwoławcze w ww. zakresie podlega umorzeniu.

W tym miejscu zauważyć należy, iż kwestia podwykonawstwa została ujęta także w rozważaniach Odwołującego na str. 8 i 9 odwołania, referujących do postanowień § 3 ust. 16 projektu umowy oraz rozdziału III ust. 12 OPZ. Zarzuty te pozostają w związku z postanowieniami punktu 6.14.1 oraz 6.14.2 specyfikacji.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że w pozostałym zakresie odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę zarzutów należy wskazać, iż:

- zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny;
- zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów;
- zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności;
- zgodnie z art. 116 ust. 1 Pzp, w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Tytułem wstępu w ocenie Izby zasadne jest przedstawienie uwag natury ogólnej.

Izba wskazuje, że odwołania dotyczące postanowień SWZ, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa, a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści przyszłej umowy, jeżeli treść nadana przez zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. Legalność jest jedynym kryterium oceny stosowanym przez Izbę w postępowaniu odwoławczym.

Ponadto w przypadku odwołań na treść SWZ należy jeszcze zwrócić uwagę na dwie istotne kwestie. Po pierwsze na wagę, jaką dla wyniku postępowania ma sposób skonstruowania podstaw faktycznych stawianych zarzutów. Wskazać należy, iż to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu. Kluczowa jest przede wszystkim podstawa faktyczna, która powinna odnosić się do wykazania konkretnych przyczyn, które zdaniem Odwołującego świadczą o tym, że doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp – Odwołujący powinien więc przedstawić argumentację, dlaczego dane wymaganie narusza przywołane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp. Nie jest zatem wystarczające zwrócenie uwagi na istnienie określonego problemu, lecz niezbędne jest przedstawienie argumentacji, dlaczego dane okoliczności świadczą o naruszeniu przepisów prawa. Granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle określone przez zarzuty odwołania, na co wskazuje art. 555 ustawy Pzp. Konsekwencją powyższego jest fakt, iż rozszerzanie podstaw faktycznych zarzutów po upływie terminu na wniesienie odwołania, na późniejszym etapie postępowania odwoławczego jest działaniem spóźnionym, a tak podniesiona argumentacja nie może stanowić dla Izby podstawy rozstrzygnięcia.

Po drugie podnieść należy, że wykonawca, który kwestionuje w ramach środków ochrony prawnej treść postanowień specyfikacji warunków zamówienia winien również w sposób precyzyjny i staranny określić swoje żądania, bowiem ocena zarzutów podniesionych w ramach odwołania dokonywana jest z uwzględnieniem żądań wykonawcy co do nowych postanowień SWZ. Podkreślić należy, iż to obowiązkiem wykonawcy, a nie rolą Izby, jest precyzowanie żądań odwołującego, które uczynią zadość jego interesom w przypadku uwzględnienia odwołania. Zadaniem Odwołującego jest także wyjaśnienie, dlaczego postulowana zmiana

SWZ prowadzić będzie do konwalidacji czynności, której wadliwość została w odwołaniu zakwestionowana. Precyzyjnie postawione przez Odwołującego zarzuty odwołania oraz skorelowane z nim żądania wykonawcy wyznaczają zatem granice postępowania odwoławczego prowadzonego przez Izbę.

Uwzględniając powyższe rozważania prawne Izba wskazuje, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie zostało wykazane naruszenie przepisów ustawy Pzp zarzucanych przez Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu odwołania dotyczącego liczby placówek pocztowych w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego (kwestia podwykonawstwa) Izba wskazuje, że zawarte na str. 5 i 6 żądania zmiany postanowień dokumentów zamówienia nie zostały uzasadnione.

W zakresie punktu 16.14.1, 16.14.2 oraz rozdz. III pkt 12 i 13 opisu przedmiotu zamówienia Odwołujący oprócz dopuszczenia podwykonawstwa domagał się także skrócenia godzin otwarcia placówek odbiorczych oraz zmniejszenia liczby placówek odbiorczych na terenie m.st. Warszawy do 30. Odwołujący nie przedstawił jednak żadnej merytorycznej argumentacji w powyższym zakresie ani nie wykazał zasadności zmniejszenia liczby placówek odbiorczych na terenie m.st. Warszawy z 80 do 30. Niewątpliwie zaplecze techniczne w postaci placówek odbiorczych jest ważnym elementem przedmiotu zamówienia, a Odwołujący nie podważył potrzeb zakupowych Zamawiającego w tym zakresie. Ponadto analiza zarzutu odwołania wskazuje, że Odwołujący kwestionował wymaganą przez Zamawiającego sieć placówek poza Warszawą, a nie na terenie miasta stołecznego Warszawy.

Brak było zatem podstaw do uznania, że warunki zamówienia określone w punkcie 16.14.1, 16.14.2 oraz rozdz. III pkt 12 i 13 opisu przedmiotu zamówienia są nadmierne i nie znajdują uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego.

Za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób doręczających przesyłki.

W powyższym zakresie Odwołujący stał na stanowisku, że osoby doręczające przesyłki nie wykonują czynności stanowiących świadczenie pracy w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy, bowiem nie wykonują pracy pod kierownictwem i zgodnie z wytycznymi pracodawcy.

Stosownie do art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w ustawie z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2022 r. , i oraz z 2023 r. i ). Zgodnie natomiast z art. 22 § 1 Kodeksu pracy, przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca - do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia zarzucanych przepisów ustawy Pzp. Nie odparł stanowiska Zamawiającego, iż standardem rynkowym, jest zatrudnianie osób doręczających przesyłki na podstawie umowy o pracę oraz że czynności wykonywane przez te osoby spełniają cechy stosunku pracy. W szczególności nie wykazał, iż doręczyciele przesyłek pocztowych nie wykonują pracy pod kierownictwem i zgodnie z wytycznymi danego wykonawcy. Dowodu takiego nie stanowią złożone przez Odwołującego wydruki ze stron internetowych zawierające artykuły prasowe dotyczące pracy kurierów i osób doręczających przesyłki. Z kolei jak twierdził Zamawiający, doręczyciele przesyłek nie wyznaczają sobie zadań samodzielnie, lecz realizują z góry określone polecenia dostarczenia przesyłki z miejsca do miejsca. Przy wykonywaniu tych czynności trudno stwierdzić, aby nie zostały spełnione cechy stosunku pracy, tj. realizacja czynności pod kierownictwem i w określonym miejscu. Podobnie w przypadku czasu świadczenia pracy – czas ten musi być powiązany z godzinami pracy wykonawcy (co umożliwi np. odbiór przesyłek) i odnosić się do z góry założonego terminu doręczenia. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż czynność doręczenia listów do adresatów przez doręczyciela jest istotna dla Spółki. Doręczyciel jest to osoba, której powierza się korespondencję do doręczenia pod wskazany adres, a skuteczność dostarczenia korespondencji leży w interesie Zamawiającego. W związku z tym istotne jest również, żeby doręczyciel był nadzorowany przez kierownika (osobę nadzorującą) i wykonywał pracę zgodnie z poleceniami i wytycznymi Wykonawcy, jak również podlegał regulaminom oraz normom porządkowym.

Tym samym, w okolicznościach sporu, Izba nie znalazła podstaw do nakazania Zamawiającemu zmiany postanowień SWZ przez wykreślenie, z wymogu dotyczącego zatrudnienia osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, osób doręczających przesyłki.

Za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący kar umownych w zakresie referującym do procedury reklamacyjnej.

W powyższym zakresie Odwołujący stał na stanowisku, iż zasadne jest powiązanie kar umownych z rozpatrywaniem reklamacji.

Wskazać należy, iż zastrzeżone w umowie kary dotyczą okoliczności obiektywnych, takich jak przekroczenie

terminu umówionego przez strony. Dodatkowo, dla naliczenia kary umownej wymagane jest odpowiednio – istnienie dowodów wskazujących na niedostarczenie listu (punkt 4) lub reklamacji Adresata (punkt 6).

Izba przychyliła się do stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, iż nie jest zasadne wiązanie możliwości naliczenia kary umownej w oparciu o dwustronny stosunek prawny z przepisami prawa powszechnie obowiązującego ustanawiającego wymogi dotyczące postępowania reklamacyjnego. Czym innym jest bowiem uregulowanie wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, a czym innym jest spełnienie wymogów określonych przez prawo. Innymi słowy – możliwe jest umowne rozszerzenie sankcji kierowanych względem jednej ze stron stosunku prawnego za brak realizacji zobowiązań wynikających z umowy względem przepisów prawa ustanawiających procedurę reklamacyjną. Co kluczowe, gdyby zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, to w rzeczywistości Zamawiający byłby pozbawiony możliwości naliczenia kar umownych, gdyż decyzje w postępowaniu reklamacyjnym byłyby podejmowane jednostronnie przez wykonawcę. Tym samym proponowany przez Odwołującego kształt postanowień § 8 ust. 1 pkt 4 – 7 projektu umowy był nieakceptowalny.

Ponadto Izba wskazuje, iż Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu żadnej argumentacji uzasadniającej obniżenie kary umownej określonej w § 8 ust. 1 pkt 4 i 6 projektu umowy.

Z powyższych przyczyn zarzut oddalono.

Nie podlegał uwzględnieniu zarzut odwołania dotyczący kary umownej w zakresie zakazu zatrudniania pracowników Zamawiającego.

W powyższym zakresie Odwołujący powołał się na art. 16 ustawy Pzp i wskazał, że określony przez Zamawiającego zakaz zatrudniania pracowników Zamawiającego jest zbyt szeroki, a przez to nieproporcjonalny.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy Pzp w powyższym zakresie.

W szczególności nie jest wystarczające dla wykazania zasadności zarzutu powołanie się przez Odwołującego na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 16 ustawy. Konieczne jest wykazanie, iż nieproporcjonalność narusza konkretny przepis prawa. Zauważyć należy, iż kwestionowane odwołaniem postanowienia (§12 ust. 11 – 14 projektu umowy), których wykreślenia oczekiwał Odwołujący, mają zastosowanie do wszystkich wykonawców. O ile przewidziane przez Zamawiającego postanowienia umowy nie naruszają obowiązujących przepisów prawa, to Wykonawca nie może kwestionować umowy, tylko z tej przyczyny, iż uważa, że stosunek umowny bez określonych postanowień byłby dla niego korzystniejszy. Ponadto nie przekonuje argumentacja Odwołującego, iż Wykonawca nie ma żadnych realnych środków umożliwiających zweryfikowanie, czy osoba która stara się o zatrudnienie np. jako listonosz nie jest zatrudniona u Zamawiającego. Wskazać należy, iż zgodnie z art. 22<sup>1</sup> § 1 pkt 6 Kodeksu pracy, pracodawca żąda od osoby ubiegającej się o zatrudnienie podania danych osobowych obejmujących przebieg dotychczasowego zatrudnienia. Również w przypadku poza pracowniczych form zatrudnienia wykonawca przy dołożeniu należytej staranności jest w stanie zweryfikować, czy dana osoba nie jest zatrudniona u Zamawiającego, po to aby nie naruszyć przewidzianego w umowie o zamówienie publiczne zakazu zatrudniania pracowników Zamawiającego. Izba oddaliła złożony przez Odwołującego dowód w postaci wydruku ze strony internetowej Zamawiającego wskazujący na liczbę zatrudnionych pracowników, bowiem dotyczył okoliczności bezspornej między Stronami.

Z uwagi na powyższe omówiony zarzut podlegał oddaleniu.

Oddaleniu podlegał zarzut naruszenia art. 16 oraz art. 138 ust. 1 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez wyznaczenie skróconego terminu składania ofert.

Wskazać należy, iż zgodnie z art. 138 ust. 1 ustawy Pzp termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Z kolei zgodnie z ust. 2 ww. przepisu, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert krótszy niż termin określony w ust. 1, nie krótszy jednak niż 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, w następujących przypadkach: 1) opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego, o którym mowa w art. 89, o ile zawierało ono wszystkie informacje wymagane dla ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie, w jakim były one dostępne w chwili publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego, które zostało przekazane do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego na co najmniej 35 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej; 2) jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione.

Jak wskazano w uzasadnieniu do ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r.): „Zmianą w porównaniu do obowiązujących przepisów ustawy PZP jest wprowadzenie w projekcie ustawy procedury przyspieszonej (stanu pilnej konieczności) również w przetargu nieograniczonym. Procedura przyspieszona została przewidziana m.in. na potrzeby sytuacji wynikających ze zwykłych błędów ludzkich, jak np. zamówienie dla szpitala, które musi być zrealizowane w określonym terminie (np. dostawa określonego sprzętu czy leków), w którym zamawiający nie dopilnował, aby opublikować ogłoszenie o

*zamówieniu*

*w terminie umożliwiającym uwzględnienie minimalnych terminów składania ofert.”*

Z powyższego wynika zatem, że intencją ustawodawcy przy wprowadzeniu ww. przepisu, było objęcie jego dyspozycją szerokiego katalogu przypadków, w których możliwym będzie skrócenie terminu składania ofert, w tym również przypadków, które zamawiający mógł przewidzieć lub które wynikają z przyczyn, za które odpowiada zamawiający.

W niniejszej sprawie poza sporem było, że Zamawiający wyznaczył skrócony termin składania ofert wynoszący 15 dni, który pierwotnie upływał 20 listopada 2023 r. W ogłoszeniu

o zamówieniu Zamawiający powołał się na pilną potrzebę udzielenia zamówienia. Zgodnie

z wyjaśnieniami Zamawiającego złożonymi w odpowiedzi na odwołanie pilna potrzeba realizacji zamówienia przejawiała się w konieczności zapewnienia ciągłości świadczenia usług krytycznych z punktu widzenia interesu Zamawiającego, jakimi są usługi pocztowe, które mają być realizowane od 1 stycznia 2024 r. Z kolei dotychczasowa umowa na realizację tożsamyh usług obowiązuje do dnia 31 grudnia 2023 r. Brak zapewnienia ciągłości świadczenia usług pocztowych spowodowałby, że bieżąca działalność Zamawiającego byłaby znacznie utrudniona lub wręcz niemożliwa, ponieważ Zamawiający nie byłby w stanie wystawiać faktur, dokonywać bieżących rozliczeń, otrzymywać płatności

i zawierać nowych umów w zakresie prowadzonej działalności. Niewątpliwie zatem okoliczności sprawy potwierdzają, że istniał stan pilnej potrzeby udzielenia zamówienia,

a skrócenie terminu składania ofert było uzasadnione.

Ponadto wskazać należy, iż na dzień zamknięcia rozprawy, termin składania ofert został przesunięty na 1 grudnia 2023 r., co oznacza, że wydłużony został do 27 dni. Tym samym zaproponowany przez Odwołującego w ramach żądań termin składania ofert (wydłużenie terminu do 30 dni) niemalże uległ zmaterializowaniu o czas postulowany przez Wykonawcę. Ponadto, jak wyjaśnił Zamawiający w toku rozprawy, w związku

z oświadczeniem o częściowym uwzględnieniu zarzutu odwołania dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia, nie można wykluczyć, iż termin ten zostanie wydłużony

o dodatkowy czas.

Powyższe okoliczności zdaniem Izby przesądzają o bezzasadności postawionego zarzutu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....