

WYROK
z dnia 15 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk
Członkowie: Jolanta Markowska
Aneta Młacka

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- 1) w dniu 18 maja 2015 r. przez **Polską Grupę Poczтовую S.A z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 1040/15);
- 2) w dniu 18 maja 2015 r., przez **Pocztę Polską S.A, z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 1043/15);

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie,**

przy udziale:

- A. **Poczty Polskiej S.A z siedzibą w Warszawie** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1040/15 po stronie **Zamawiającego**;
- B. **Ogólnopolskiego Związku Pracodawców Niepublicznych Operatorów Poczтовых z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1043/15 po stronie **Zamawiającego**;

orzeka:

1

1.1. uwzględnia odwołanie Polskiej Grupy Poczтовой S.A z siedzibą w Warszawie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:

- doprecyzowanie warunku określonego w Rozdziale IV pkt 3 ppkt 6 lit. e) SIWZ – poprzez określenie otwartego katalogu wymaganych minimalnie warunków lub rozwiązań niezbędnych dla uznania, że lokalizacja oraz warunki placówki pocztowej w sposób oczywisty nie utrudniają dostępu osobom niepełnosprawnym;
- doprecyzowanie podstaw i sposobu sprawdzenia wybranych przez – Zamawiającego placówek wykonawcy w zakresie spełnienia warunków, o których mowa w Rozdziale IV pkt 3 ppkt 6 SIWZ;
- usunięcie klauzuli zawartej w paragrafie 14.3 załącznika nr 6 do SIWZ; –

1.2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie Polskiej Grupy Poczтовой S.A z siedzibą w Warszawie.

1.3. uwzględnia odwołanie Poczty Polskiej S.A z siedzibą w Warszawie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej załączników przez:

- doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w części dotyczącej zakresu – funkcjonalnego oraz interfejsów wymiany danych Elektronicznej książki nadawczej i Elektronicznej książki odbiorczej;
- wykreślenie z Rozdziału IV pkt 3 ppkt 6 SIWZ wymogu zawartego w literze d) – z jednoczesnym pozostawieniem na etapie realizacji zamówienia tożsamesgo wymogu, określonego w pkt 21.7 załącznika nr 5 do SIWZ oraz w § 5.4.7. załącznika nr 6 do SIWZ;
- doprecyzowanie Rozdziału VI pkt 6.2. ppkt 2) SIWZ oraz paragrafu 14.4.2. – załącznika nr 6 do SIWZ poprzez określenie warunków przewidzianej zmiany

- umowy w stosunku do treści oferty;
doprecyzowanie paragrafu 10.14.3 załącznika nr 6 do SIWZ poprzez –
wskazanie, iż brak adnotacji o dwukrotnym awizowaniu przesyłki sądowej, ze
wskazaniem dat awizowania odnosi się do strony adresowej przesyłki;
- 1.4. w pozostałym zakresie oddala odwołanie Poczty Polskiej S.A. z siedzibą w
Warszawie;
- 1.5. nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w
takim zakresie, w jakim zmiana nakazana w pkt 1.1. i 1.3 wyroku prowadzi do
zmiany treści ogłoszenia;

2

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego**, i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty po **15 000 zł 00 gr**
(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez **Odwolujących** tytułem
wpisu od odwołań,
- 2.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwolującego - Polskiej Grupy Poczтовой S.A.**
z siedzibą w Warszawie – kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych
zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu
od odwołania, a na rzecz **Odwolującego - Poczty Polskiej S.A. z siedzibą w**
Warszawie – kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero
groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od
odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych
(Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia
- przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu
Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

3

Sygn. akt: KIO 1040/15

Sygn. akt: KIO 1043/15

Uzasadnienie

Zamawiającego – Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum
Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie –
prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych
(Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na
„Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania,
przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych na
rzecz sądów powszechnych”, nr postępowania ZP-01/2015.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na
podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii
Europejskiej w dniu 7 maja 2015 r. pod nr 2015/S 088-158925.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1040/15.

W dniu 18 maja 2015 r., Odwołujący – Polska Grupa Poczтовая S.A. z siedzibą w
Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia
oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu
naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ustawy Pzp poprzez naruszenie obowiązku opisanie
przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą

dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję w odniesieniu do wymagań stawianych placówkom pocztowym wykonawcy, określenia terminu wykonania zamówienia, a także innych postanowień wskazanych w dalszej części odwołania;

- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 1 pkt 2 poprzez opisanie warunków, jakim muszą odpowiadać oferowane przez wykonawcę usługi w odniesieniu do

4

wymaganych placówek pocztowych w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji;

- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opis sposobu weryfikacji spełniania przez oferowane przez wykonawców usługi wymagań Zamawiającego w odniesieniu do wymaganych placówek pocztowych;
- 4) art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie odnoszącym się do sposobu opisanego przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert;
- 5) art. 7 i 29 Pzp, a także art. 14 i 139 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. i art. 353 k.c. poprzez wadliwe określenie postanowień wzorca umowy w zakresie opisanych w dalszej części odwołania naruszeń,
- wnosząc o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiedniej modyfikacji postanowień ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób określony w dalszej części odwołania.

W uzasadnieniu Odwołujący zwrócił uwagę na szczególny charakter niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarówno ze względu na znaczącą wartość przedmiotu zamówienia (powyżej 700 mln zł) oraz na znaczenie dla bezpieczeństwa działania polskiego wymiaru sprawiedliwości. Tym samym Zamawiający powinien zachować szczególną dbałość o sporządzenie jednoznacznego opisu warunków przetargowych unikając z jednej strony niejednoznacznych postanowień, a także wymagań bezzasadnie faworyzujących jednego z wykonawców.

Odwołujący – w zakresie zarzutów i ich podstaw faktycznych podtrzymanych do momentu zamknięcia rozprawy – wskazał na następujące, wadliwe w jego ocenie, postanowienie SIWZ:

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał na wymagania odnoszące się do placówek pocztowych (opis przedmiotu zamówienia oraz tzw. warunek przedmiotowy).

W tym zakresie podniesiono na wstępie, że w treści załącznika nr 5 do s.i.w.z. (opis przedmiotu zamówienia - dalej „OPZ”) punkty od 21.1 do 21.8 Zamawiający zawarł wymagania odnoszące się do placówek pocztowych wykorzystywanych w trakcie wykonywania zamówienia. Przedmiotowe wymagania zostały powtórzone w treści § 5 wzorca umowy, a także w treści tzw. przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał opisu w sposób niezgodny z treścią ustawy Prawo

5

zamówień publicznych, w szczególności z art. 29 ustawy Pzp. Przekazany wykonawcom opis jest między innymi niejednoznaczny oraz utrudnia uczciwą konkurencję.

Odnosząc się do poszczególnych wymagań, Odwołujący wskazał na poniżej omówione okoliczności.

Ułatwienia dla osób niepełnosprawnych.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 21.5 OZP zamawiający postawił wymaganie, by wszystkie placówki pocztowe, w których wykonawca zapewnia odbiór przesyłek sądowych powinny być umiejscowione w lokalizacjach oraz posiadać warunki lokalowe, które w sposób oczywisty nie utrudniają dostępu osobom niepełnosprawnym. Zamawiający nie doprecyzował przy tym, co oznacza brak utrudniania dostępu osobom niepełnosprawnym.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o

rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. z 2011 roku nr 127 poz.721), pod pojęciem niepełnosprawności należy rozumieć szeroki katalog naruszenia sprawności organizmu w zakresie takich cech jak przykładowo choroby narządu wzroku, słuchu, upośledzenia narządu ruchu, choroby neurologiczne, genetyczne, bądź upośledzenia umysłowe. W ocenie odwołującego koniecznym jest znacząco bardziej jednoznaczne określenie wymagań Zamawiającego w zakresie postulowanego przystosowania placówek do wymagań osób niepełnosprawnych.

że Zamawiający opis przedmiotu Argumentowano następnie, sporządzając zamówienia winien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W tym zakresie podnosimy, iż żaden z krajowych operatorów pocztowych nie ma przystosowanych placówek pocztowych nie tylko dla potrzeb osób niepełnosprawnych w każdym typie niepełnosprawności, ale nawet w odniesieniu do osób wyłącznie z upośledzeniem narządów ruchu. Jak przykładowo podniesiono w Raporcie o stanie rynku pocztowego za rok 2013” wydanym przez Urząd Komunikacji Elektronicznej (maj 2014 rok) odnosząc się do placówek pocztowych Poczty Polskiej S.A. : Stwierdzanym często problemem było zapewnienie możliwości samodzielnego wjazdu osobom poruszającym się na wózkach inwalidzkich do kontrolowanych placówek. Przystosowanie to stwierdzono w 276 urzędach, co stanowiło 57,4% kontrolowanej w 2013 roku próby placówek (z czego placówki w miastach przystosowane były w ok 65,3% (203 placówki), a na wsi - ok 42,9% (73 placówki). W trakcie kontroli pracownicy UAE przeprowadzili również czynności polegające na sprawdzeniu czy przy wejściach do urzędów pocztowych (do których niemożliwy był samodzielny wjazd osoby poruszającej się na wózku inwalidzkim) istnieje możliwość skorzystania z urządzeń przywołujących personel placówki. Jedynym zaobserwowanym urządzeniem stosowanym

6

powszechnie w urzędach Poczty Polskiej S.A. jest dzwonek elektryczny (w niektórych przypadkach bezprzewodowy).

Odwołujący zwrócił także uwagę na treść dokumentacji konkursowej sporządzonej przez Urząd Komunikacji Elektronicznej w postępowaniu na wybór na wybór operatora wyznaczonego do świadczenia pocztowych usług powszechnych . Zawarte tam rozwiązania można potraktować jako postulowany sposób określania wymagań przez podmiot publiczny w odniesieniu do przystosowania placówek dla potrzeb osób niepełnosprawnych. UAE postawiło następujące wymaganie: Obowiązek doręczania osobom: a) z uszkodzeniem narządu ruchu powodującym konieczność korzystania z wózka inwalidzkiego, b) niewidomym lub ociemniałym - na ich wniosek i bez pobierania dodatkowych opłat, przesyłek listowych, przesyłek rejestrowanych, w tym przesyłek z zadeklarowaną wartością oraz kwot pieniężnych określonych w przekazach pocztowych, z pominięciem oddawczej skrzynia pocztowej oraz bez konieczności odbierania przesyłki w placówce pocztowej.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący stwierdził, że kwestią zasadniczą jest doprecyzowanie przez Zamawiającego swoich wymagań, tak by z jednej strony zachować konkurencyjność niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, a zarazem nie pozostawić wątpliwości co do zakresu wymagań Zamawiającego. W dokumentacji postępowania winno zostać określone, jakie rozwiązania techniczne lub organizacyjne Zamawiający w tym zakresie dopuszcza.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie odpowiedniej zmiany SIWZ.

Godziny otwarcia placówek pocztowych.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią punktu 21.7: wszystkie placówki pocztowe, w których Wykonawca zapewnia odbiór przesyłek sądowych, muszą być czynne we wszystkie dni robocze przez co najmniej 6 godzin dziennie, w tym w jeden dzień roboczy do godziny 20:00 lub w soboty przez co najmniej 3 godziny. Powyższe wymaganie ma tożsamą treść w odniesieniu do tzw. przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale IV SIWZ

W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę na niejednoznaczność pojęcia „placówki muszą być czynne we wszystkie dni”. Zamawiający nie precyzuje, czy placówki mają być czynne w wymagany sposób wyłącznie w trakcie realizacji zamówienia (tak należy rozumieć deklarację wykonawcy potwierdzającą posiadanie wymaganych placówek), czy także w dniu w którym upływa termin na składanie ofert. Przedmiotowa okoliczność ma kluczowe znaczenie dla badania spełniania przez wykonawcę warunku przedmiotowego (co

Odwołujący podniósł następnie także niejednoznaczność wymagania Zamawiającego odnoszącego się do konieczności otwarcia placówek w soboty przez trzy godziny (przy założeniu że wykonawca korzystać będzie z tego rozwiązania w ramach alternatywy przyjętej przez Zamawiającego). Zamawiający nie rozstrzyga, czy obowiązkiem wykonawcy będzie zapewnienie otwarcia placówki także w przypadku, gdy w danym tygodniu sobota będzie dniem ustawowo wolnym od pracy (sobota 11 listopada 2017 roku, czy sobota 6 stycznia 2018 roku). Należy podkreślić, iż w przypadku sieci składającej się z ponad 8.000 placówek taka kwestia ma znaczące konsekwencje finansowane dla wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie doprecyzowania SWZ poprzez wyeliminowanie wskazanej powyżej niejednoznaczności.

Wyznaczone stanowisko.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią punktu 21.7 OPZ: we wszystkich placówkach pocztowych w których Wykonawca zapewnia odbiór przesyłek sądowych, wydawanie przesyłek pocztowych musi być przeprowadzone na specjalnie wyznaczonym do tego stanowisku, oddzielonym od wszelkich innych czynności wykonywanych w takiej placówce odbiorczej, w sposób wyraźny i jednoznaczny, zapewniający bezpieczeństwo tajemnicy korespondencji oraz powagę odbioru korespondencji sądowej.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę na wadliwe w jego ocenie (nie znajdujące uzasadnienia w celach niniejszego postępowania) ustanowienia zakazu wykonywania jakichkolwiek innych czynności na stanowisku przeznaczonym do odbioru przesyłek sądowych. Uważamy za nieuzasadnione uniemożliwienie wykonywania na tym samym stanowisku innych usług pocztowych, niż tylko wydawanie przesyłek sądowych.

Powyższy wymóg znacząco ogranicza możliwość wykorzystania placówek pocztowych, takich w których na danym stanowisku wykonywane są także inne czynności. Należy zauważyć, iż ze względu na spadającą liczbę korespondencji pocztowej wszyscy operatorzy pocztowi zmuszeni są do dopuszczenia na terenie placówki pocztowej także innej działalności zarobkowej. Przykładowo w odniesieniu do placówek Poczty Polskiej jest to działalność ubezpieczeniowa, bankowa, a nawet handel (sprzedaż środków piśmienniczych, zabawek, etc.). Należy pamiętać, iż to uzasadnione potrzeby Zamawiającego winny decydować o sposobie opisywania przedmiotu zamówienia, w szczególności gdy określone wymagania ograniczają konkurencyjność postępowania. Podniesiono także, iż żadne uzasadnione potrzeby Zamawiającego nie przemawiają za ograniczeniem możliwości prowadzenia innej działalności na stanowisku przeznaczonym do wydawania przesyłek sądowych.

Odwołujący argumentował następnie, że podobne wymaganie zostało zamieszczone przez Urząd Komunikacji Elektronicznej w postępowaniu na wybór operatora wyznaczonego do świadczenia pocztowych usług powszechnych. Zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi przez UKE wymóg wyodrębnionego stanowiska należy rozumieć następująco: Zgodnie z pkt. 4.4.3.1. lit. G Dokumentacji konkursowej\ uczestnik konkursu wykaże, że posiada sieć placówek pocztowych na obszarze całego kraju, w których zapewniona jest obsługa ogółu społeczeństwa - użytkowników usług pocztowych, w szczególności konsumentów, w sposób jednolity w porównywalnych warunkach, przy zapewnieniu, że w placówce pocztowej, w której prowadzona jest inna niż pocztowa działalność gospodarcza, stanowisko obsługi klientów w zakresie usług pocztowych jest wyodrębnione i oznakowane w sposób widoczny jednoznacznie wskazujący i identyfikujący uczestnika konkursu. Mając powyższe na uwadze, wyjaśniamy że stanowisko obsługi klientów w zakresie usług pocztowych powinno być zorganizowane w ten sposób, by jednoznacznie wskazywać na uczestnika konkursu oraz prowadzoną przez niego, w obrębie tego stanowiska, działalność pocztową. Pojęcia wyodrębnionego stanowiska nie należy utożsamiać z koniecznością funkcjonowania odrębnego stanowiska, w którym oferowane są wyłącznie usługi pocztowe. W ocenie Odwołującego nie istnieje żadne uzasadnienie mające swoje źródło w potrzebach Zamawiającego przemawiające za koniecznością wyodrębnienia stanowiska, na którym nie będzie dopuszczalne wykonywanie jakichkolwiek innych czynności.

Odwołujący podniósł także zarzut niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zwrotu: „wydawanie przesyłek pocztowych musi być przeprowadzone na stanowisku zapewniającym powagę odbioru korespondencji sądowej”.

W ocenie Odwołującego cytowane postanowienie narusza opisany w art. 29 Pzp obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. W ocenie Odwołującego w toku badania i oceny ofert (warunek przedmiotowy), a także w trakcie wykonywania umowy wykładnia przedmiotowego postanowienia może być przedmiotem sporów pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści s.iw.z. oraz ogłoszenia i wzorca umowy w zakresie sposobu określenia wymagań dotyczących placówek pocztowych poprzez usunięcie opisanych powyżej naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych.

Lokalizacja placówek.

Odwołujący wskazał, że w punktach 21.1 - 21.2 Zamawiający ustanowił przejrzyste reguły lokowania wymaganych placówek (liczba mieszkańców, wielkość obszaru etc.).

9

Następnie w punkcie 21.4 Zamawiający dodał: lokalizacja placówek pocztowych, o których mowa w postanowieniach pkt 21.1 do 21.3 powyżej, uwzględnia występujące na danym obszarze zapotrzebowanie na usługi.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że nie jest zrozumiały charakter niniejszego postanowienia, czy spełnienie wymagań 21.1 - 21.3 potwierdza uwzględnienie występujących potrzeb, czy też obok spełnienia opisanych wymagań wykonawca ma obowiązek zapewnienia dodatkowych placówek, o ile pojawią się takie potrzeby. Utworzenie dodatkowej placówki wiąże się z koniecznością poniesienia kosztów, zatem obowiązki wykonawcy w tym zakresie nie mogą być niejednoznaczne. Przykładowo - czy pojedyncze skargi składane przez adresatów przesyłek mogą być źródłem żądania utworzenia dodatkowej placówki na danym terenie? SIWZ nie dookreśla wymagań w tym zakresie.

Odwołujący wniósł o nakazanie doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia, bądź też o wykreślenie przedmiotowego postanowienia.

W odniesieniu do zarzutów związanych z wadliwym opisem procedury weryfikacji spełniania warunku przedmiotowego (placówki pocztowe).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści SIWZ opisał tzw. przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do placówek pocztowych oraz zarazem działając na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp domaga się od wykonawców przedłożenia listy placówek pocztowych.

Ponadto Zamawiający zastrzegł, iż przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający zastrzega sobie prawo sprawdzenia wybranych przez Zamawiającego placówek Wykonawcy w zakresie spełnienia warunków.

W pierwszej kolejności Odwołujący podkreślił, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu następuje, co do zasady na dzień upływu terminu do składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dokumenty mają charakter dowodowy i ich badanie pod względem spełniania warunków udziału w postępowaniu powinno odnosić się do terminu tożsamego dla wszystkich wykonawców. Takim terminem może być jedynie termin składania ofert lub wniosków.

Zatem z jednej strony ustawa określa dzień na który jest dokonywane badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu (data złożenia oświadczenia, nie później niż dzień składania ofert). Zarazem co warto dodatkowo podkreślić w przypadku sieci składających się z kilku tysięcy placówek pocztowych mamy do czynienia ze zrozumiałymi zmianami placówek w czasie (zamykanie jednych, otwieranie nowych). Tym samym Zamawiający może badać stan placówek wykonawcy, ale jedynie na dzień złożenia

10

stosownego oświadczenia (w praktyce dzień składania ofert). Przywołując doświadczenia PGP z innych postępowań przetargowych należy zauważyć, iż częstym problemem w trakcie badania ofert operatorów pocztowych jest nieuwzględnienie przez zamawiających tej właśnie i okoliczności. Na znaczenie uwzględnienia powyższego wskazywała także Krajowa Izba

Odwoławcza odnosząc się do zarzutów (oddalonych) Poczty Polskiej S.A. dotyczących placówek pocztowych InPost: Słusznie zauważył Przystępujący, że niektóre z oświadczeń złożonych przez Odwołującego potwierdzają stan na różne dni, większość wystawiona jest po dacie składania ofert, co nie może stanowić dowodu na okoliczność, że także w terminie składania ofert placówka nie istniała.

Tym samym wydaje się, iż zastrzeżenie Zamawiającego prawa do sprawdzenia wybranych przez niego placówek Wykonawcy w zakresie spełnienia warunków - nie uwzględnia powyżej przedstawionej argumentacji oraz narusza wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp zasadę uczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia lub też odpowiedniego zmodyfikowania przedmiotowego postanowienia siwz.

W odniesieniu do zarzutów związanych z wadliwością kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści dokumentacji postępowania przewidział następujące kryteria oceny ofert:

- Cena. Waga 70
- Społeczne (procent osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę). Waga 15
- Wolumen doręczenia D+5. Waga 5
- Terminy zwrotu. Waga 5
- Obszar dostępności EPO. Waga 5

Odnosząc się do poszczególnych kryteriów Odwołujący wskazał na następujące nieprawidłowości naruszające wyrażoną w art. 7 Pzp zasadę uczciwej konkurencji.

Kryterium społeczne.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią s.i.w.z. kryterium społeczne będzie oceniane w następujący sposób: procent osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, z ogólnej liczby osób, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia w zakresie doręczania i wydawania przesyłek sądowych (tj. doręczyciele-listonosze, osoby wydające korespondencję), z uwzględnieniem personelu podwykonawców.

Sformułowane w niniejszym postępowaniu kryterium oceny ofert nie jest elementem opisu przedmiotu zamówienia dokonywanym na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 4 Pzp. Mamy do czynienia z zakazaniem co do zasady kryterium oceny ofert odnoszącym się do właściwości

11

wykonawcy (art. 91 ust. 3 Pzp), które zastosowane zostało na zasadzie wyjątku przewidzianego w treści art. 5 ust. 1 Pzp (w odniesieniu do usług pocztowych mających charakter niepriorytetowy).

Zatem dokonując analizy dopuszczalności zastosowania powyższego kryterium niejako samodzielnie należy dokonać oceny zgodności przyjętego przez Zamawiającego rozwiązania z przepisami polskiego i wspólnotowego prawa zamówień publicznych. Warto w tym zakresie w szczególności przywołać stanowisko Rady Ministrów odnoszące się do problematyki wymagania zatrudnienia przez wykonawcę osób na podstawie umów o pracę: Nałożenie w drodze ustawy obowiązku zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę należałoby traktować jako arbitralną ingerencję w sferę zachowań podmiotów gospodarczych niedopuszczalną na gruncie przepisów Konstytucji. Narzucenie konkretnej formy zatrudnienia wkracza w dziedzinę wolności działalności gospodarczej wykonawcy, czy podwykonawcy realizujących zamówienie publiczne (...) należy mieć na uwadze, iż cel unijnych regulacji odnoszących się do szeroko rozumianych względów społecznych, powinien być definiowany w kontekście brzmienia motywu 33 dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którym warunki realizacji zamówienia są zgodne z dyrektywą, pod warunkiem że nie są one, bezpośrednio lub pośrednio dyskryminujące oraz są przedstawione w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentacji zamówienia. Mogą one w szczególności zachęcać do organizacji wewnętrznych szkoleń zawodowych zatrudniania osób mających szczególne trudności z integracją, a także zwalczania bezrobocia lub ochrony środowiska. Można na przykład ustanowić wymóg - odnoszący się do realizacji zamówienia - co do zatrudnienia osób długotrwale poszukujących pracy, co do przeprowadzenia szkoleń dla bezrobotnych lub młodocianych oraz co do zatrudnienia większej liczby osób niepełnosprawnych niż przewiduje to ustawodawstwo krajowe. Tym samym powyższy cel nie może być interpretowany przez charakter prawny stosunku łączącego wykonawcę z daną osobą zaangażowaną do realizacji zamówienia publicznego.

Odwołujący zaznaczył zarazem, że przy tak postawionym kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego faworyzowany jest bezzasadnie jeden z operatorów pocztowych - Poczta Polska S.A. Wykonawca ten posiada bez wątpienia największą liczbę osób zatrudnionych na podstawie umów o pracę, w proporcji do wszystkich pracowników wykonawcy. Z komunikatu Poczty Polskiej S.A. zamieszczonego na stronie internetowej operatora wyznaczonego wynika, że Poczta Polska S.A. zatrudnia na umowach o pracę blisko 80 000 osób¹⁰. W przypadku Poczty Polskiej S.A. stosunek pracy jest podstawową formą zatrudnienia, wynikającą przede wszystkim z faktu, że firma ta jest od

12

początku swego istnienia państwowa. Można wręcz stwierdzić, że żaden z prywatnych operatorów pocztowych nie jest w stanie konkurować z Poczta Polską S.A. pod kątem ilości osób zatrudnionych na umowach o pracę. Prywatni operatorzy pocztowi zatrudniają współpracowników w oparciu o różne tytuły, kierując się przede wszystkim efektywnością przyjętych rozwiązań, w tym często w oparciu o umowy cywilnoprawne. W tym przypadku przy tak postawionym kryterium operator wyznaczony składając ofertę uzyska maksymalną ilość punktów przyznawanych za to kryterium, tj. 15 punktów a w konsekwencji to oferta Poczty Polskiej S.A. może zostać wybrana jako najkorzystniejsza, również wtedy, gdy będzie ofertą zdecydowanie droższą. Odwołujący podnosi, że takie działanie Zamawiającego stanowi ograniczenie konkurencji w niniejszego postępowania. Tak postawione kryterium oceny ofert czyni iluzorycznym konkurencyjność postępowania bowiem w przypadku omawianego powyżej kryterium oceny ofert maksymalną liczbę punktów może uzyskać wyłącznie jeden operator pocztowy - Poczta Polska S.A.

Odwołujący zaznaczył następnie, że zamawiający określając warunki i kryteria udzielenia zamówienia publicznego zobowiązany jest przestrzegać zasady równego traktowania oferentów i zasady uczciwej konkurencji. Zatem Zamawiający winien się wystrzegać zamieszczania w dokumentacji postępowania postanowień faktycznie wskazujących na możliwość złożenia najkorzystniejszej oferty tylko przez jednego wykonawcę - Poczta Polską S.A. Powyższe potwierdzone zostało przykładowo w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 czerwca 2013 r., KIO 1189/13,

W ocenie Odwołującego, ustanowienie w postępowaniu na usługi pocztowe w ramach kryteriów oceny ofert preferencji w odniesieniu do umów o pracę stanowi naruszenie wyrażonej w art. 7 zasady uczciwej konkurencji. W tym miejscu chcielibyśmy w całości zacytować następującą opinię Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 361/10: Izba zauważyła, iż każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia, postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji wykonawców. (...) Tego typu ograniczenia konkurencji są niejako w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne. Podlegają jednak badaniu i ocenie pod względem stopnia ograniczenia możliwości uzyskania zamówienia dla zidentyfikowanego kresu wykonawców obecnych na rynku, tj. ograniczenia konkurencji, co bezpośrednio ma się przekładać na nieuzasadnione preferowanie i ułatwianie przez zamawiającego określonym podmiotom uzyskanie zamówienia kosztem innych wykonawców obecnych na rynku. Podstawową miarą i punktem odniesienia przy ustalaniu stopnia dopuszczalności tego typu preferencji jest przede wszystkim identyfikacja i określenie kręgu podmiotów, które dane postanowienia siwz

13

preferują/dyskryminują oraz skonfrontowanie powyższego i odniesienie do uzasadnionych i obiektywnych potrzeb zamawiającego, które w skrajnych wypadkach mogą prowadzić nawet do konieczności zupełnego wyeliminowania konkurencji w danym zamówieniu (np. udzielenia zamówienia z wolnej ręki), A contrario uznać należy, iż jakiegokolwiek ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednie, jak i pośrednie (poza przewidzianymi w przepisach ustawy), w przypadku gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowiło będzie naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp* Konsekwentnie: dopuszczalny stopień ograniczenia dostępu do zamówienia i preferowania jednych wykonawców kosztem innych rósł będzie wraz ze wzrostem znaczenia i wagi potrzeb zamawiającego, które tego typu ograniczenia będą dyktować i uzasadniać. I na odwrót: jako proporcjonalnie malejące, w świetle przepisów ustawy, należało będzie ocenić przyzwolenie na ograniczanie konkurencji

w przypadku relatywnie słabego uzasadnienia dla tego typu działań zamawiającego - nieuzasadnione ograniczenie konkurencji należy uznać za przekreślenie zasady „uczciwej konkurencji

Argumentowano następnie, że skoro w chwili wszczęcia postępowania kryterium to znacząco uprzywilejowuje Poczta Polska S.A. istotnym jest, by przedmiotowe kryterium miało uzasadnienie w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego. Ustanowienie preferencji w zakresie umów o pracę musi znaleźć uzasadnienie w celach prowadzonego postępowania. Odwołujący jest zdania, że cele niniejszego postępowania mogą zostać osiągnięte niezależnie od wymagań dotyczących umów o pracę. Zwrócono w szczególności uwagę na opinię Prezesa UZP wyrażoną w Informacji o wynikach kontroli o sygn. UZP/DKUE/KN/7/12 (Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 6/2013.): W niniejszej sprawie można uznać, że wykonawca dysponujący kadrą na innych podstawach prawnych niż umowy o pracę, nie byłby w stanie należycie zrealizować zamówienia. Dla wykonania zamówienia istotne bowiem są kwalifikacje danych osób, nie zaś rodzaj umowy, w oparciu o którą wykonują swoje zadania. Warto także powtórzyć za Izba: iż to "wykonawca kalkulując ofertę ponosi ryzyko związane z jej złożeniem na zaproponowanych przez siebie warunkach, w tym ryzyko związane z odpowiedzialnością za przestrzeganie przepisów Kodeksu pracy odpowiedzialność z tytułu przestrzegania tychże przepisów obciąża bowiem wykonawcę, a nie zamawiającego. Podobnie np. wyrok z 20.03.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 277/09 oraz np. wyrok SO w Gorzowie Wielkopolskim z 9.10.2008r. sygn. akt VII Ga 24/08. Zamawiający ma możliwość opisu warunków wykonywania zamówienia zgodnie ze swoimi oczekiwaniami, ale nie może w sposób arbitralny, nieuzasadniony swoimi potrzebami preferować określonych rozwiązań. Warto pamiętać, iż to na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, iż określony sposób

14

realizacji zamówienia umożliwia mu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok SO w Bydgoszczy z dn. 25.01. 2006 sygn. akt II Ca 693/5). Zamawiający może oczekiwać pozyskania przedmiotu zamówienia w najlepszej dostępnych warunkach, ale nie może tego robić w taki sposób, iż narusza zasady równego traktowania wykonawców (wyrok z dnia 9 kwietnia 2008, KIO/UZP 270/08). Zamawiający określa wymogi, jakim ma odpowiadać efekt prawidłowego wykonania usługi, natomiast ustalenie sposobu i środków niezbędnych dla jej zrealizowania należy do przyszłego wykonawcy, gdyż czynniki te mają wpływ na przebieg i koszty jej wykonania (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 sierpnia 2004 r. sygn. akt UZP/ZO/O-1363/04). To wykonawcy prowadzący profesjonalną działalność pocztową są w stanie lepiej określić rodzaj rozwiązań właściwy dla potrzeb Zamawiającego.

Odwołujący podniósł także, że nowelizacja Pzp z dnia 29 sierpnia 2014 roku w art 29 ust. 4 pkt 4 wprowadziła możliwość domagania się od wykonawców zatrudniania personelu na podstawie umowy o pracę („zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności). Jak słusznie zauważono jednak w uzasadnieniu nowelizacji: Należy jednak podkreślić, że wymóg zatrudnienia na umowę o pracę powinien być dopuszczalny jedynie wówczas, gdy jest to "uzasadnione charakterem zamówienia", a więc organizacja realizacji zamówienia pociąga za sobą określone miejsce, czas i kierownictwo wykonawcy (podwykonawcy) nad zaangażowanym personelem. Wyraźnie zaznaczono, iż sam charakter czynności wykonywanych przez pracowników operatorów pocztowych nie wiąże się z organizacją realizacji zamówienia w określonych miejscu, czasie i pod kierownictwem wykonawcy.

Podkreślono również, iż powyższe opinie wydaje się dzielić także Ministerstwo Sprawiedliwości, chociażby w zakresie wymogów jakie zostały opisane w rozporządzeniu z co dnia 4 maja 2011 r. w sprawie warunków organizacji oraz struktury sądowej służby doręczeńiowej. Zgodnie z treścią §3 rozporządzenia: Sądową służbę doręczeńiową tworzą pracownicy zatrudnieni do doręczania pism sądowych lub inni pracownicy sądu, z którymi zawarto umowę cywilnoprawną w przedmiocie doręczania pism sądowych jako wykonywania dodatkowych zadań poza godzinami urzędowania sądów, zwani dalej "doręczycielami". Zatem w ocenie Ministerstwa świadczenia polegające na doręczaniu korespondencji sądowej mogą i zazwyczaj są wykonywane na podstawie umów cywilnoprawnych.

Odwołujący wskazał następnie, że forma zatrudnienia osób przy pomocy, których dany operator pocztowy świadczy usługi, jeśli już ma mieć wpływ na jakość świadczonych usług to w przypadku zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę, jakość tę osłabia, a nie poprawia.

Gwarancją należytego świadczenia usług jest odpowiedni system motywacyjny współpracowników oraz należyte zabezpieczenie interesów operatora pocztowego, poprzez odpowiednie uregulowanie zasad odpowiedzialności osób, które wykonują określone czynności w imieniu operatora. Zdaniem Odwołującego prawdziwym jest twierdzenie, że osoby zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych (z uwagi na zapisy umowne, których niejednokrotnie nie dałoby się zastosować w przypadku umów o pracę) nierzadko bardziej przykładają się do nałożonych na nie obowiązków służbowych niż osoby zatrudnione na podstawie umów o pracę. Osoby zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych samodzielnie organizują sposób wykonywania przez nich usług. Ponadto, w przypadku umów cywilnoprawnych operatorzy prywatni mają możliwość nałożenia na osoby z nimi współpracujące sankcji za wadliwe wykonywanie usług lub wykonywanie ich w sposób nienależyty w postaci odpowiedniego zmniejszenia wynagrodzenia za dany miesiąc lub naliczenia kar umownych. W innych formach zatrudnienia niż umowy o pracę współpracownicy wynagradzani są za efekty i jakość swojej pracy. W przeciwieństwie do osób zatrudnianych na podstawie umów o pracę, gdzie odpłatność zależy nie od wyniku pracy, ale od staranności wykazanej przy świadczeniu pracy. W przypadku umów cywilnoprawnych zatrudniający mogą w większym stopniu uzależnić wysokość wynagrodzenia od realizacji poszczególnych zadań, czy też od osiągnięcia uzgodnionych wyników. Uzależnienie wysokości wynagrodzenia od efektów pracy wpływa w sposób motywujący na osobę świadczącą usługi. Im wyższy stopień realizacji zadań oraz jakość świadczonych usług, tym wyższe wynagrodzenie. Co więcej, operatorzy prywatni zatrudniając współpracowników w oparciu o umowy cywilnoprawne celem zabezpieczenia ewentualnych swoich roszczeń powstałych względem nich z powodu nienależytego lub wadliwego wykonania usług mogą żądać wystawienia weksla oraz podpisania deklaracji wekslowej. Nadto, w przypadku zatrudniania w oparciu o umowę o pracę odpowiedzialność pracownika jest ograniczona do wysokości trzykrotności wynagrodzenia (art. 119 kodeksu pracy). W przypadku umów cywilnoprawnych powyżej opisane ograniczenia nie występują - za szkodę wyrządzoną osobie trzeciej wyłączną odpowiedzialność ponosi współpracownik. Dodatkowo za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez współpracowników zobowiązań wynikających umów cywilnoprawnych operatorzy prywatni mogą nakładać na współpracowników kary umowne. Wymaga podkreślenia, że operator pocztowy zatrudniający w oparciu o umowy cywilnoprawne nie jest pozbawiony kontroli nad swoimi współpracownikami. Współpracownicy operatorów prywatnych zatrudniani na umów cywilnoprawnych zobowiązani są przykładowo do: potwierdzenia doręczenia przesyłek na listach wydania, rozliczania się z listy wydań oraz przesyłek niedoręczonych, wystawiania druków awizo. Operator pocztowy pomimo tego, że w wielu przypadkach nie zatrudnia do

kolportażu przesyłek osób na podstawie umów o pracę posiada gwarancję należytego wykonania usług przez współpracowników. Operatorzy prywatni dbają o to, aby każda z osób współpracujących z nimi miała świadomość znaczenia usług jakie wykonuje oraz konsekwencji związanych z nienależytym wykonaniem usług, jak również o to aby każda z tych osób była przeszkolona przed przystąpieniem do świadczenia usług. Wobec powyższego, nie można uznać, że umowa o pracę gwarantuje lepszą jakość usług niż umowa cywilnoprawna.

Warto wreszcie zauważyć, iż szereg współpracowników PGP S.A. uczestniczących w wykonywaniu świadczeń pocztowych to mikroprzedsiębiorstwa, często o charakterze rodzinnym. Nie jest zrozumiałym deprecjonowanie agencyjnego sposobu wykonywania świadczeń pocztowych przez takie przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego umowa o pracę nie zapewnia - jak to określił Zamawiający - „większej rękojmi należytego dokonywania doręczeń przesyłek sądowych osobom uprawnionym do ich odbioru” (§5 ust. 2 umowy).

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wniósł o nakazania Zamawiającemu wykreślenia przedmiotowego kryterium.

Kryterium obszaru dostępności EPO.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią s.i.w.z. kryterium będzie oceniane w następujący sposób: procent wszystkich kodów pocztowych, będących w powszechnym użyciu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej (zgodnie z Oficjalnym Spisem Poczтовых Numerów Adresowych, wprowadzonym 1 stycznia 1973 roku Zarządzeniem Nr 89 Ministra Łączności z 17 listopada 1972 r., opracowanym i aktualizowanym przez Poczta Polska S.A.),

dla których będzie świadczona usługa elektronicznego potwierdzenia odbioru (dalej jako „EPO”), o której mowa w przepisach prawa powszechnie obowiązującego.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę na to, iż sposób oceny ofert w ramach kryterium obszaru dostępności EPO został sporządzony w sposób niegwarantujący zachowania uczciwej konkurencji, gdyż oferty badane będą w oparciu o spis pocztowych numerów adresowych który jest kształtowany przez jednego z potencjalnych wykonawców (ma on wpływ na zmiany kodów). Warto w tym zakresie przywołać treść strony internetowej Poczty Polskiej S.A. na której zamieszczono następujące informacje: System kodów pocztowych wprowadzono 1 stycznia 1973 roku Zarządzeniem Nr 89 Ministra Łączności z 17 listopada 1972 r. w sprawie wprowadzenia pocztowych numerów adresowych i zmiany Ordynacji pocztowej. (...) System PNA opracowuje i aktualizuje Poczta Polska S.A. Zgodnie z ustawą z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 1994 r. Nr 24, poz. 83 z późn. zm.) autorskie prawa majątkowe do Systemu PNA przysługują Poczcie Polskiej S.A. Ponadto na podstawie przepisów ustawy z 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (tekst jednolity: Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 ze zm.) - Pocztove Numery Adresowe

17

chronione są prawem ochronnym R-227807 na słowo - graficzny znak towarowy „Poczta Polska Pocztove Numery Adresowe”, udzielonym przez Urząd Patentowy RP na rzecz Poczty Polskiej Spółka Akcyjna.

W ocenie Odwołującego opisanie kryterium za pomocą kodu, który może być następnie samodzielnie zmieniany przez jednego z wykonawców (zmiana obszaru, liczby ludności etc.) rażąco narusza zasadę uczciwej konkurencji i może mieć wpływ na wynik postępowania. Poczta Polska S.A. może dokonać takiej zmiany zarówno przed upływem terminu na składanie ofert, jak i w trakcie wykonywania umowy (w sposób dla siebie korzystny). Domagamy się nakazania pominięcia przez Zamawiającego w treści kryterium odwołania do System kodów pocztowych. Przyjęte w tym zakresie powinno pozwalać na zachowanie porównywalności wydzielonych obszarów (wielkość obszarów, liczba ludności, liczba przesyłek etc.). Jedynie takie rozwiązanie pozwoli na zachowanie porównywalności ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odpowiedniego zmodyfikowania treści s.i.w.z. w zakresie omówionych naruszeń ustawy Pzp.

Wadliwość kryterium ceny – stawka podatku VAT.

Odwołujący wskazał, że w treści formularza cenowego Zamawiający wyodrębnił (dla każdego z typów usług pocztowych) pola uzupełniane przez wykonawców: cena jednostkowa brutto oraz wartość brutto. Ocenie w ramach kryterium cenowego podlega cena brutto obejmująca sumę wszystkich wymaganych świadczeń. W ocenie Odwołującego sposób sporządzenia formularza ofertowego jest wadliwy i narusza zasadę uczciwej konkurencji.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego operator wyznaczony jakim jest obecnie Poczta Polska S.A. składa oferty w dwiema stawkami podatku VAT: 23% oraz stawka zwolniona (przykładowo okoliczność omówiona w sprawie o sygn. KIO 745/15). Tym samym brak wyodrębnienia miejsca na podanie kwoty netto oraz wysokości należnego podatku VAT uniemożliwiać będzie wykonywanie umowy. W szczególności należy pamiętać o treści art. 142 ust. 5 pkt 1 Pzp w zakresie odnoszącym się do zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług.

Brak wiedzy na temat zastosowanej stawki uniemożliwiać będzie w praktyce zastosowanie art. 142 ust. 5 pkt 1. Pamiętać także należy, iż postępowanie na wybór operatora wyznaczonego nie jest jak dotąd rozstrzygnięte, zatem możliwym jest utrata możliwości zastosowania zwolnienia przez operatora wyznaczonego (o ile usługi wykonywane na rzecz sądownictwa mogą być objęte takim zwolnieniem). Analogicznie, także rozpoczęcie wykonywania usług powszechnych przez nowego operatora wyznaczonego może mieć znaczenie dla wykonywania niniejszego zamówienia.

18

Odwołujący zwrócił także uwagę na to, iż InPost S.A. (przykładowo postępowanie o sygn. KIO 745/15) kwestionuje dopuszczalność oferowania przez tzw. operatora wyznaczonego usług powszechnych w trakcie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego. O ile zatem wszczęte w tym zakresie postępowania administracyjne potwierdzą brak takiej dopuszczalności - koniecznym może być uwzględnienie tej okoliczności na gruncie

niniejszego zamówienia (o ile operator wyznaczony będzie wykonywał niniejsze zamówienie oraz zaoferuje usługi ze zwolnieniem od podatku VAT).

Zwrócić wreszcie należy uwagę na zasadę uczciwej konkurencji w odniesieniu do umożliwienia wykonawcom innym niż Poczta Polska S.A. dokonania oceny dopuszczalności zastosowania przez Poczta Polska S.A. stawki VAT „zwolniona” w odniesieniu do poszczególnych oferowanych świadczeń. Możliwość zastosowania zwolnienia znacząco wpływa na wynik postępowania, dając znaczącą przewagę w ramach oferowanej ceny operatorowi wyznaczonemu. Tym samym w interesie publicznym, w celu zachowania uczciwej konkurencji leży ujawnienie tej informacji w składanych ofertach.

Biorąc pod uwagę powyższe ocenie Odwołującego brak wyodrębnienia w formularzu ofertowym kwot netto narusza zasadę uczciwej konkurencji i stanowi naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wniósł o nakazanie przez Izbę dokonania stosowej modyfikacji s.i.w.z.

Wadliwość kryterium ceny – cena za usługę potwierdzenia odbioru.

Odwołujący wskazał, że w treści formularza cenowego w pozycjach 104 i 105 Zamawiający wyodrębnił dwie odrębne ceny za świadczenie usługi potwierdzenia odbioru - wersja papierowa oraz wersja elektroniczna

rodzaj świadczenia ilość sztuk wartość cena

brutto

104 Potwierdzenie odbioru (forma papierowa) dla paczki pocztowe krajowe 437913

105 Potwierdzenie odbioru (forma elektroniczna) dla paczki pocztowe krajowe 143643

W ocenie Odwołującego tak skonstruowane kryterium oceny ofert narusza zasadę uczciwej konkurencji poprzez naruszenie porównywalności składanych ofert. Zamawiający dopuścił możliwość zróżnicowanego sposobu wykonywania umowy w zakresie wprowadzania elektronicznego potwierdzenia odbioru (potwierdzenie odbioru forma elektroniczna). Zgodnie z kryterium oceny ofert o nazwie „Obszar dostępności EPO” wykonawca deklaruje obszar pokrycia kraju na którym będzie świadczona usługa elektronicznego potwierdzenia odbioru w dwóch datach: rozpoczęcia wykonywania usług oraz po upływie kolejnych 6 miesięcy. Zatem

19

podane w formularzu cenowym „ilości sztuk” (437.913 oraz 143.643) nie mają charakteru szacunkowego w tym rozumieniu, iż to wykonawcy poprzez różne ukształtowanie oferty będą wykonywali świadczenia w proporcji przez siebie wybranej.

W ocenie Odwołującego jedyne rozwiązanie zapewniające Rachowanie porównywalności ofert to przyjęcie jednej ceny za oba sposoby wykonywania świadczenia (forma papierowa i elektroniczna potwierdzenia odbioru).

W zakresie zarzutów związanych z wadliwością przedmiotu zamówienia oraz wzorca umowy.

Odwołując podniósł naruszenie zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 oraz art. 29 ustawy Pzp, a także art. 14 i 139 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. i art. 353 § 1 k.c. poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia oraz ukształtowanie postanowień wzorca umowy w zakresie opisanych poniżej naruszeń. W szczególności:

Opis usług kurierskich.

Odwołujący wskazał, że w treści punktu 5.4.5 opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający określił, iż zakresem zamówienia objęte są przesyłki kurierskie, bez ograniczenia nadawcy możliwości dowolnego oznaczenia wartości przesyłki kurierskiej, o wadze od 15 kg do 30 kg oraz od 30 kg do 50 kg.

Należy zauważyć, iż przesyłka kurierska została zdefiniowana w art.3 ust. 19 Prawa Pocztowego, zgodnie z którym za przesyłkę kurierską uważa się przesyłkę listową będącą przesyłką rejestrowaną lub paczkę pocztową. Prawo Pocztove określa maksymalną wagę paczki pocztowej 20 000 g w art.3 ust. 14 Prawa Pocztowego.

Wobec powyższego, maksymalna waga przesyłki kurierskiej doręczanej za pośrednictwem operatora pocztowego na podstawie ustawy Prawo Pocztove może wynosić 20 kg.

Zamawiający w punkcie 5.4 opisu przedmiotu zamówienia przewiduje nadawanie przesyłek kurierskich w przedziałach 15 - 30 kg (pkt 5.4.4) oraz 30 - 50 kg (pkt 5.4.5) tym

samym wymaga od operatora pocztowego świadczenia usług nieprzewidzianych w ustawie Prawo Pocztowe. W tym miejscu należy podkreślić, że operator pocztowy wykonuje działalność pocztową polegającą na świadczeniu usług pocztowych w obrocie krajowym lub zagranicznym, które to usługi zostały w sposób wyczerpujący uregulowane w ustawie Prawo Pocztowe.

Usługi nieuregulowane w Prawie Pocztowym nie wchodzą w zakres działalności pocztowej tym samym nie są świadczone przez operatora pocztowego.

Niezgodność OPZ z przepisami powszechnie obowiązującymi.

20

Odwołujący wskazał, że w treści punktu 6 opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający zawarł następującą definicję: Na potrzeby określenia sposobu świadczenia przedmiotu zamówienia „awizowaniem” jest obowiązek pozostawienia zawiadomienia o możliwości odbioru przesyłki w drzwiach mieszkania adresata, oddawczej skrzynce pocztowej lub skrytce pocztowej adresata, wynikający dla operatorów pocztowych z przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Postanowienie powtórzono w punkcie 1.4.2 wzorca umowy.

Należy zauważyć, iż powyższa definicja odnosi się do czynności operatora pocztowego do których znajdują zastosowanie przepisy bezwzględnie obowiązujące. Przykładowo art. 139 § 1 i § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.) czy też art. 133 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555, z późn. zm.). Tym samym powyższa definicja niezgodna jest z przepisami bezwzględnie obowiązującymi znajdującymi zastosowanie do przedmiotu zamówienia. Zamawiający sporządzając OPZ nie uwzględnił zatem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Warto podkreślić, iż naruszenie bezwzględnych przepisów prawa w zakresie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia może być przedmiotem zarzutu podnoszonego w trakcie postępowania przetargowego (przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. sygn. akt XII Ga 314/11, czy wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2013 roku sygn. akt: KIO 110/13).

Podobnie postanowienie zawarte w treści punktu 11 OPZ o treści: W szczególności Wykonawca będzie uprawniony do wysyłania adresatom elektronicznych powiadomień o awizowaniu przesyłki sądowej, na podstawie zawartych z nimi Umów. Jest ono w ocenie Odwołującego niezgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi nieprzewidującymi dla przesyłek objętych przedmiotem zamówienia takiej możliwości.

W punkcie 14 OPZ zamieszczono następujące postanowienie: W razie uchybienia zobowiązaniom wskazanym w zdaniu poprzedzającym przez osoby dokonujące doręczeń takich przesyłek, Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kar umownych wskazanych w umowie, której wzór stanowi Załącznik 6 do SIWZ, przy czym zapłata kary umownej nie wyłącza możliwości dochodzenia naprawienia szkody w pełnej wysokości. Zgodnie jednak z treścią art. 87 ust. 5 Prawa pocztowego operator pocztowy odpowiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej w zakresie określonym ustawą, chyba że niewykonanie lub nienależyte jej wykonanie jest następstwem czynu niedozwolonego albo nastąpiło z winy umyślnej operatora albo jest wynikiem rażącego niedbalstwa operatora. Zatem odpowiedzialność operatora - jedynie poza tymi trzema przypadkami - ma charakter odpowiedzialności uregulowanej ustawowo. Tym samym cytowane postanowienie jest niezgodne z przepisami bezwzględnie obowiązującymi.

21

Z tych samych względów co w punkcie powyżej, kwestionujemy także treść punktu 20 OPZ: W przypadku niewykonania zobowiązania opisanego w pkt. 15, 16, 17 i 18 powyżej, Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej na rzecz nadawcy, na zasadach wskazanych w umowie, której wzór stanowi Załącznik nr 6 do SIWZ, przy czym zapłata kary umownej nie wyłącza możliwości dochodzenia naprawienia szkody w pełnej wysokości.

W punkcie 16 zamawiający dodaje: Termin zwrotu przesyłki kurierskiej do nadawcy wynosi 2 dni robocze od dnia, w którym zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego przesyłkę kurierską niepodjętą przez adresata należy zwrócić do nadawcy. Zwracamy uwagę, iż nie istnieją przepisy prawa powszechnie obowiązującego do których odwołuje się postanowienie.

W treści OPZ (punkt 22.3) Zamawiający zawarł obowiązki wykonawcy dotyczące deklarowanego poziomu zatrudnienia osób na podstawie umów o pracę: Wykonawca, dla

zapewnienia kontroli realizacji wymagania, o którym mowa w pkt 22.1 oraz 22.2 powyżej będzie zobowiązany przedstawiać na każde wezwanie Zamawiającego dokumentację dotyczącą spełniania tych wymogów, a w razie uchybienia swojemu zobowiązaniu będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej.

W ocenie Odwołującego takie postanowienie jest niezgodne z przepisami bezwzględnie obowiązującymi w zakresie ochrony danych osobowych. Wykonawca nie może przekazać Zamawiającemu dokumentacji odnoszącej się do zatrudnienia osób wykonujących przedmiot zamówienia. Na pracodawcy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa pracy (patrz art. 94 pkt 9a ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy oraz Rozporządzenie, Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie zakresu prowadzenia przez pracodawców dokumentacji w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz sposobu prowadzenia akt osobowych pracownika) ciąży obowiązek prowadzenia dokumentacji w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz akt osobowych pracowników. Znajdujące się w aktach pracowniczych dane osobowe podlegają ochronie przewidzianej w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (dalej „uodo”). Stosownie do regulacji uodo pracodawca jest administratorem danych osobowych a w konsekwencji ponosi on odpowiedzialność za bezprawne udostępnienie danych osobowych pracowników. Pracodawca zobligowany jest do odpowiedniego zabezpieczenia danych osobowych, jak również do zapewnienia ochrony danych osobowych przed dostępem osób nieuprawnionych. Uodo w sposób wyraźny wskazuje w jakich przypadkach dopuszczalne jest przetwarzanie danych osobowych, w tym danych dotyczących pracowników (art. 23 uodo). Przepis art. 23 ust. 1 uodo reguluje przesłanki legalizujące proces przetwarzania danych osobowych.

22

Z przetwarzaniem danych osobowych będziemy mieli do czynienia także w przypadku przekazania Zamawiającemu przez Wykonawcę danych pracowników celem zweryfikowania czy spełnione zostały deklaracje Wykonawcy w zakresie deklarowanego poziomu zatrudnienia. Wykonawca nie będzie jednak mógł w sposób dowolny zadysponować danymi osobowymi zatrudnianych przez siebie osób. Proces przetwarzania danych osobowych będzie zgodny z prawem o ile zajdzie jedna z przesłanek wskazanych w art. 23 ust.1 uodo. Przede wszystkim, administrator danych osobowych może przekazać innemu podmiotowi dane osobowe pracownika do przetwarzania, jeżeli pracownik wyrazi na to uprzednio zgodę. Przekazywanie dokumentacji dotyczącej zatrudnienia u danego Wykonawcy - zawierającej dane osobowe pracownika (przykładowo: imię, nazwisko, adres zamieszkania, nr PESEL) - na każde żądanie Zamawiającego bez zgody osoby, której dane dotyczą stanowił będzie naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych, o ile nie zajdą inne z przesłanek z art. 23 ust. 1 uodo (Odwołujący zaprzecza aby zachodziły jakiekolwiek przesłanki legalizujące proces przetwarzania danych osobowych). Należy w tym miejscu podkreślić, że zgoda musi być udzielona w sposób dobrowolny, niczym nieskrępowany. Jak wskazano w doktrynie: „Decyzja w sprawie wyrażenia zgody powinna być podjęta swobodnie” (tak Barta J., Fajgielski P., Markiewicz R., Ochrona danych osobowych. Komentarz, LEX 2011). Wykonawca nie będzie mógł „zmusić” pracownika do wyrażenia zgody na powierzenie przetwarzania danych osobowych Zamawiającemu. Brak zgody pracownika uniemożliwi Wykonawcy przekazanie Zamawiającemu w pełni kompletnej dokumentacji dotyczącej zatrudnienia. Zamawiający zaś zgodnie z zapisem OPZ będzie mógł nałożyć na Wykonawcę karę umowną. Wykonawca w takiej sytuacji aby uniknąć kary umownej musiałby przekazać Zamawiającemu dane osobowe pracowników bez ich zgody, narażając się jednocześnie na odpowiedzialność karną wynikającą z uodo. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że wprowadzie wyrażenie zgody na przetwarzanie danych osobowych nie jest jedyną przesłanką legalizującą proces przetwarzania danych osobowych, ale okoliczności niniejszej sprawy nie wyczerpują i nie będą wyczerpywać znamion żadnej z przesłanek uregulowanych w art 23 ust. 1 uodo. W szczególności przekazanie danych osobowych pracowników nie jest niezbędne dla zrealizowania uprawnienia lub spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa (art. 23 ust. 1 pkt 2 uodo), czy też jest niezbędne do wykonania określonych prawem zadań realizowanych dla dobra publicznego (art. 23 ust. 1 pkt 4 uodo). Powyższe oznacza, że Wykonawca nie będzie w stanie bez naruszenia przepisów uodo przekazać Zamawiającemu danych dotyczących zatrudnienia pracowników.

23

W zakresie zarzutów związanych z niejednoznacznością opisu przedmiotu zamówienia.

Odwolujący wskazał, że w punktach 23 i 24 Zamawiający zamieścił informację na temat obowiązków wykonawcy związanych z dostosowaniem systemów informatycznych oraz szkoleniami:

23. [wykorzystanie systemów informatycznych] Wykonawca będzie zobowiązany dostosować systemy informatyczne, które wykorzystuje do prowadzenia działalności pocztowej do systemów informatycznych wykorzystywanych przez poszczególne Sądy, a w przypadku zmiany takich systemów informatycznych Wykonawca będzie zobowiązany do wdrożenia zmian, w ciągu sześciu miesięcy od otrzymania informacji o ich przedmiocie.

23.1 [Szkolenia] Wykonawca będzie zobowiązany do nieodpłatnego przeprowadzenia dotyczących wdrożonych przez Wykonawcę funkcjonalności systemów szkoleń informatycznych wykorzystywanych przez Sądy - w zakresie, terminach i na żądanie poszczególnych Sądów, jeżeli wprowadzone rozwiązania wymagają przeprowadzenia takiego szkolenia.

24. [Elektroniczna książka nadawcza w sądach powszechnych] Wykonawca będzie zobowiązany, na własny koszt doręczyć i zapewnić należyte funkcjonowanie, w każdym narzędzia informatycznego zapewniającego możliwość rozliczenia nadanej Sądzie, korespondencji w danym okresie rozliczeniowym oraz integrację tego systemu z narzędziami informatycznymi, wskazanymi przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego powyższe postanowienia są niejednoznaczne, uniemożliwiają sporządzenie oferty. Nie jest znana liczba wymaganych szkoleń, liczba uczestników, ani tym bardziej zakres prac niezbędnych do dostosowania systemów informatycznych (jakie systemy są w posiadaniu jednostek, w ilu jednostkach będą dokonywane zmiany, na czym mają one polegać, jak ma przebiegać integracja z systemami zamawiającego etc.). Należy pamiętać, iż mamy do czynienia z liczbą 377 jednostek organizacyjnych sądownictwa. Zamawiający przerzuca na wykonawcę ryzyko zdarzeń przyszłych i niepewnych oraz ryzyko wykonania niedookreślonych świadczeń uniemożliwiając oszacowanie kosztów oferty w tym zakresie. Jak słusznie podnosi KIO w podobnych okolicznościach : Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie zapewnił porównywalności złożonych ofert, gdyż każdy z wykonawców dokonując obliczenia ceny dla tego pakietu kierować się będzie odmienną oceną ryzyka gospodarczego oraz przypuszczeniami dotyczącymi potrzeb zamawiającego precyzowanymi dopiero na etapie realizacji dostaw po zawarciu umowy. Hipotetyczne założenia wykonawców co do wielkości i ilości poszczególnych [świadczeń...] nie mogą zostać uznane za dane służące do skonstruowania przez wykonawców prawidłowej oferty, tym

24

bardziej nie mają statusu danych wyjściowych umożliwiających prawidłowe określenie ceny, która jest gwarantem porównywalności złożonych w postępowaniu ofert. Jak słusznie podkreśla Izba14: nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego, do ustalania warunków zamówienia, nadmierny rygoryzm i asekuracja, niewłaściwe stosowanie prawa, nie służy realizacji celów zakładanych przez Ustawę prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert, także w aspekcie określonym art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Podobnie w punkcie 45 OPZ o treści: Wykonawca będzie zobowiązany do świadczenia usług pocztowych, których przedmiotem będzie korespondencja nadawana w elektronicznym postępowaniu upominawczym, w szacunkowej ilości około 10 000 przesyłek pocztowych dziennie, na takich samych zasadach jak w przypadku pozostałej korespondencji sądowej, z zachowaniem wymogów technicznych dotyczący organizacji elektronicznego postępowania upominawczego. Zamawiający nie precyzuje żadnych wymagań technicznych dotyczący organizacji elektronicznego postępowania upominawczego. Mamy zatem do czynienia z obowiązkiem, który nie został jednoznacznie określony uniemożliwiając oszacowanie kosztów wykonywania świadczenia.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany s.i.w.z. poprzez wykreślenie lub modyfikację przedmiotowych postanowień.

W zakresie innych naruszeń odnoszących się do treści umowy.

Odwolujący wskazał, że Zamawiający w treści §3 punkt 3.1 wzorca umowy zawarł wymagania dotyczące odbiorów przesyłek pocztowych: 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 odbioru przesyłek nadawanych, będącego punktem centralnego wydruku, z którego Wykonawca będzie zobowiązany odbierać masowo część korespondencji nadawanej przez dużą liczbę sądów.

W ocenie Odwołującego takie postanowienie - wobec skali świadczeń objętych zamówieniem - skutkuje brakiem możliwości jednoznacznego określenia kosztów jego wykonywania. W ocenie wykonawcy koniecznym jest określenie maksymalnej liczby punktów nadawania przesyłek.

25

W §4 punkt 4.3 zamieszczono wymaganie: Wykonawca zobowiązuje się do doręczenia lub awizowania każdej przesyłki pocztowej nadanej przez poszczególne z Jednostek, w terminie 14 dni roboczych od dnia nadania, przy czym korespondencję nadaną po godzinie 16:00 uznaje się za nadaną w następnym dniu roboczym.

Odwolujący zwrócił uwagę, iż w przypadku listu zwykłego (przesyłki nierejestrowanej) nie jest możliwe weryfikowanie powyższego wymagania. Zatem wymaganie jest nieprecyzyjne, nie uwzględnia charakteru wykonywanych świadczeń. Z tych samych

punktu 4.8 (w do względów kwestionujemy brzmienie odniesienia przesyłek nierejestrowanych).

W §4 wzorca umowy Zamawiający określił swoje wymagania w zakresie sposobu wykonywania usług pocztowych (gwarancje doręczenia). W punkcie 4.7 doprecyzowano: Wolumeny, o których mowa w postanowieniach niniejszego § 4 Umowy, będą obliczane osobno, w stosunku do poszczególnych Jednostek, w tym wskazanych przez te Jednostki punktów nadawania i odbioru korespondencji.

Odwolujący zwrócił uwagę, iż punkty nadawania i odbioru przesyłek mogą się różnić. Nie zostało doprecyzowane czy wymagania winny być spełniane dla każdej jednostki samodzielnie, czy też ponadto dla każdego nadawczego punktu oraz dla każdego punktu odbioru oddzielnie. Postanowienie jest zatem niejednoznaczne i nie pozwala na precyzyjne określenie obowiązków wykonawcy.

W § 6 punkt 6.7 zawarto następujące postanowienie: Wykonawca oświadcza, że w zakresie, w jakim otrzyma od Jednostek informacje zawierające dane osobowe, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1182), zobowiązuje się przetwarzać takie dane osobowe zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego oraz złożyć Jednostkom i Zamawiającemu ofertę zawarcia umów dotyczących przetwarzania danych osobowych, ilekroć sposób przetwarzania danych osobowych będzie wymagać zawarcia takiej umowy. Zarazem nie doprecyzowano zasad zawierania takiej umowy, czy będzie miała ona charakter odpłatny, jakie będą zasady ustalania w tym zakresie ewentualnego wynagrodzenia wykonawcy (skoro będziemy mieć do czynienia z odrębną umową). W ocenie Odwołującego jest to niejednoznaczne postanowienie.

W §7 punkt 7.7 wzorca umowy określono: Wykonawca zobowiązuje się dostosować sposób świadczenia usług pocztowych na rzecz każdej Jednostki prowadzącej elektroniczne postępowanie upominawcze, o którym mowa w przepisach prawa powszechnie obowiązującego, (dalej jako „EPU”) do szczególnych wymogów należytego funkcjonowania takiej Jednostki, w szczególności faktu nadawania około 10.000 przesyłek pocztowych dziennie oraz innych wymogów wskazanych w Załączniku nr 7 do Umowy - „Opis techniczny

26

EPU”. Strony oświadczają, że w dniu zawarcia Umowy EPU jest prowadzone wyłącznie przez Sąd Rejonowy Lublin-Zachód w Lublinie. Ponownie Zamawiający w sposób niejednoznaczny opisuje swoje wymagania w zakresie dostosowania sposobu wykonywania świadczeń do nieopisanych i niedookreślonych „szczególnych wymogów należytego funkcjonowania Jednostki”. Zamawiający uniemożliwia złożenie oferty, jednoznaczne określenie kosztów wykonywania świadczeń.

Odwolujący zakwestionował także jednoznaczność opisu obowiązków wykonawcy określonych w punkcie 8.1 w §8 wzorca umowy, o treści: Wykonawca, zobowiązuje się

niezwłocznie dostarczyć na każde wezwanie Zamawiającego, jednak nie później niż w terminie 5 dni kalendarzowych od dnia otrzymania takiego wezwania, informacje oraz kopie dokumentów, związanych z wykonywaniem Umowy. Zamawiający nie określa jakie to kopie dokumentów oraz informacji winien wykonawca przekazywać. Wskazać należy, iż przy zaangażowaniu nawet kilkudziesięciu tysięcy osób współpracujących przy realizacji zamówienia niezbędnych jest precyzyjne określenie, jakie obowiązki sprawozdawcze spoczywają na wykonawcy.

Biorąc pod uwagę skalę świadczeń objętych zamówieniem (przykładowo w formularzu cenowym liczbę przesyłek zwykłych rejestrowanych określono na około 160 mln), koniecznym jest precyzyjne określenie zasad naliczania kar umownych za nienależyte wykonywanie umowy. W treści §10 punkt 10.1 zamieszczono następujące postanowienie: Wykonawca, w przypadku nienależytego wykonania któregośkolwiek ze zobowiązań Wykonawcy, zawartego w postanowieniach § 1 ust. 1 do 6 oraz § 5 ust. 2 i 3 Umowy, zobowiązuje się zapłacić na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 0,003 % kwoty brutto wskazanej w postanowieniu § 9 ust. 1 Umowy - za każdy rozpoczęty dzień trwania naruszenia.

W ocenie Odwołującego poprzez zastosowanie odesłanie całkowicie nieprecyzyjnie określono zakres odpowiedzialności wykonawcy. Utrudnia to oszacowanie kosztów wykonywania świadczenia. Podobna niejednoznaczność dotycząca obciążania karami umownymi zawarta jest punkcie 10.6 w odniesieniu do zdania: „za każdy zgłoszony przez Jednostkę przypadek naruszenia”.

W § 6 i 7 umowy określono obowiązki wykonawcy odnoszące się do systemów informatycznych. Następnie w punkcie 10.10 zamieszczono postanowienie: Wykonawca, w przypadku nienależytego wykonania któregośkolwiek ze zobowiązań Wykonawcy, zawartych w postanowieniach § 6 i 7 Umowy z wyłączeniem § 7 ust. 3 Umowy, zobowiązuje się zapłacić na rzecz Zamawiającego, karę umowną w wysokości 0,0001 % kwoty brutto wskazanej w postanowieniu § 9 ust. 1 Umowy, za każdą pełną godzinę trwania naruszenia, w ciągu dnia roboczego, w godzinach od 07:30 do 16:00, w odniesieniu do którejkolwiek z Jednostek,

27

niezależnie od faktu wykonywania Umowy w sposób należyty w odniesieniu do innych Jednostek

W ocenie Odwołującego przedmiotowe postanowienie nie koresponduje z treścią postanowień §6 i 7 do których wprost odsyła. Zamawiający tym samym w sposób niejednoznaczny określa zasady obciążania wykonawcy karami umownymi.

Przywołany już kilkakrotnie argument skali wykonywanych na podstawie umowy świadczeń przemawia także za obowiązkiem dochowania przez Zamawiającego szczególnej staranności przy określeniu przesłanek odstąpienia od umowy (jakie naruszenia umowy, w jakiej skali i okresie). W treści punktu 10.19 Zamawiający określił: Wykonawca zobowiązuje się zapłacić na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 5 % kwoty brutto wskazanej w postanowieniu § 9 ust. 1 Umowy, w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca, w szczególności w sytuacji niewykonywania lub nienależytego wykonywania Umowy przez Wykonawcę. Tak określone przesłanki odstąpienia od umowy nie pozwalają na sporządzenie oferty z uwzględnieniem ryzyk występujących przy realizacji świadczenia. Jak zauważała Izba odnosząc się do niedookreślonych przesłanek odstąpienia od umowy: W ocenie Izby Zamawiający w sposób nieuprawniony, powyższą możliwość pozostawia do rozstrzygnięcia po wyborze oferty najkorzystniejszej, na etapie podpisywania umowy. Jak słusznie zauważył Odwołujący, kwestie ustalenia terminu, po którym Zamawiający będzie mógł odstąpić od umowy wchodzi w zakres oceny ryzyka i kosztów z tym związanych.

Zamawiający winien także dokonać jednoznaczne rozgraniczenia odpowiedzialności wykonawcy wynikającej z przepisów Prawa pocztowego oraz odpowiedzialności umownej. W tym zakresie wskazujemy na brzmienie punktu 10.19.1 o treści: W przypadku utraty, ubytku, uszkodzenia przesyłki bądź niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia Wykonawca zapłaci jednostce należne odszkodowania i inne świadczenia zgodnie z przepisami ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529 z późn. zm.). Uprawnionymi do dochodzenia odszkodowania z tego tytułu są Jednostki będące odbiorcą przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie określa czy wzajemnych relacji pomiędzy powyższym postanowieniem a uprawnieniami Zamawiającego opisanymi w §10 wzorca umowy.

Zgodnie z punktem 12.2.1: Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy gdy

Wykonawca, pomimo pisemnego wezwania Zamawiającego lub Jednostki nie wykonuje zobowiązań wynikających z Umowy lub wykonuje je nienależycie, a stan nienależytego wykonywania Umowy na rzecz wszystkich Jednostek przekracza 120 dni roku kalendarzowego.

28

Przedmiotowe postanowienie jest niejednoznaczne, ponadto nie uwzględnia charakteru wykonywanych świadczeń. Przykładowo za rażąco niezasadne należałoby uznać uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od umowy już w przypadku opóźnienia jednostkowego w dostarczeniu korespondencji w odniesieniu do 120 przesyłek.

Zgodnie z treścią art. 145 ust. 1 Pzp: w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. Jak podkreśla się w piśmiennictwie: Zaistnienie istotnej zmiany okoliczności prowadzącej do stanu, w którym wykonanie nie leży w interesie publicznym, nie może być przewidywalne w chwili zawarcia umowy. Zamawiający w treści punktu 14.1 wzorca umowy zawarł następujące postanowienie: Strony ustalają, że powierzenie doręczania przesyłek sądowych operatorowi wyznaczonemu lub innemu podmiotowi, w drodze regulacji prawa powszechnie obowiązującego stanowi zaistnienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie Umowy nie leży w interesie publicznym w rozumieniu przepisu art. 145 ust. 1 p.z.p. poczynwszy od dnia opublikowania aktu prawnego wprowadzającego taką zmianę.

W ocenie Odwołującego takie postanowienie stanowi obejście przepisów ustawy. Z jednej strony mamy bowiem do czynienia z próbą obejścia art. 145 ust. 1 Pzp poprzez z góry określenie jaka okoliczność ma decydować o zastosowaniu przepisu, choć zgodnie z ustawą winna mieć ona charakter nieprzewidywalny. Ponadto Zamawiający - Skarb Państwa zamierza pozostawić możliwość odstąpienia od umowy w okolicznościach całkowicie zależnych od siebie (zmiana przepisów). W ocenie Odwołującego takie postanowienie należy uznać za niedopuszczalne.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiedniej modyfikacji s.i.w.z.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1043/15.

W dniu 18 maja 2015 r., Odwołujący – Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące

29

mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego;

- 2) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 3) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 19 ust. 1 i art. 23 pkt 2 ustawy z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wymogów ustawowych w zakresie doręczania przesyłek świadkom koronnym;
- 4) art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie wzajemnie sprzecznych postanowień w zakresie zasad weryfikacji oferowanego przedmiotu zamówienia, a także ustalenie tych zasad w sposób naruszający zasadę proporcjonalności.
- 5) art. 91 ust 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie sposobu weryfikacji kryteriów oceny ofert w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
- 6) art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w z w. z art. 5 i 353 i kodeksu cywilnego oraz art. 87-89 Prawa

pocztowego poprzez wprowadzenie do wzoru umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzących do nadużycia własnego prawa podmiotowego w zakresie w szczególności dotyczących kar umownych, oraz określenie niektórych terminów realizacji przedmiotu zamówienia w sposób preferujący jednego wykonawcę,

- 7) art. 140 ust. 1 oraz art. 144 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do projektu umowy postanowień mogących skutkować istotną modyfikacją zakresu świadczenia wykonawcy w przedmiocie wykonania zamówienia w stosunku do zobowiązania zawartego w złożonej ofercie, w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 140 ust. 1 i art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.
- 8) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
- 9) inne wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania ofert, jeśli okaże się to niezbędne.

30

Odwołujący – w zakresie zarzutów i ich podstaw faktycznych podtrzymanych do momentu zamknięcia rozprawy – wskazał na następujące, wadliwe w jego ocenie, postanowienie SIWZ:

Kwestie odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia.

System – zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazał na wstępie, że wykonawca świadczący obecnie analogiczne usługi na rzecz Zamawiającego posiada dużo szerszą wiedzę o oczekiwaniach Zamawiającego co do systemu oraz jego funkcjonowania. Przy opisanym poniżej kształcie postanowień OPZ, dotychczasowy wykonawca świadczący przedmiotowe usługi na rzecz Zamawiającego, posiada niczym nieuzasadnioną przewagę nad pozostałymi wykonawcami w zakresie wiedzy o oczekiwanym i możliwym do wdrożenia systemie informatycznym.

Elektroniczna książka nadawcza i odbiorcza – interfejsy.

Odwołujący podniósł, że w pkt. 24 i 25 Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 5 do SIWZ, dalej jako "OPZ"), Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek doręczenia i zapewnienia należytego funkcjonowania w każdym Sądzie narzędzi informatycznych zapewniających możliwość rozliczenia odpowiednio nadanej i odebranej korespondencji wraz z koniecznością integracji tego systemu z narzędziami informatycznymi, wskazanymi przez Zamawiającego. W powyższych punktach OPZ nie opisano jednak zakresu funkcjonalnego narzędzia informatycznego, a także interfejsów wymiany danych, których oczekuje Zamawiający. W opisie brakuje:

- (i) specyfikacji interfejsów,
- (ii) opisu zakresu i wymagań funkcjonalnych,
- (iii) opisu zakresu i wymagań niefunkcjonalnych (na przykład aplikacja ma działać przez stronę WWW, wspierać pracę określonej liczby użytkowników).

Brak szczegółowych informacji i wytycznych w tym zakresie determinuje, że Zamawiający nie uwzględnił w przedstawionym opisie wszystkich okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty i nie przekazał tych informacji wszystkim wykonawcom potencjalnie zainteresowanym zamówieniem, co w konsekwencji prowadzi do możliwości zaoferowania przez poszczególnych wykonawców nieporównywalnych rozwiązań w tym zakresie. Przy obecnych, ogólnych zapisach OPZ, możliwa jest interpretacja pozwalająca na dostarczenie zarówno narzędzia w postaci tabelki w Excelu jak i dedykowanego systemu informatycznego, gdzie koszty wytworzenia rozwiązań są nieporównywalne. Co za tym idzie, sporządzony przez Zamawiającego OPZ w tym zakresie nie pozwala wykonawcom na zidentyfikowanie rzeczywistych potrzeb Zamawiającego i uniemożliwia identyfikację oczekiwanej klasy produktu, co w konsekwencji prowadzi do niemożliwości precyzyjnego

31

art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W związku z tym Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ poprzez sporządzenie załącznika do opisu przedmiotu zamówienia (zgodnie z numeracją istniejących załączników - załącznik nr 5E do SIWZ) szczegółowo określającego wymagania dotyczące i) specyfikacji interfejsów. ii) opisu zakresu i wymagań funkcjonalnych, (iii) opisu zakresu i wymagań niefunkcjonalnych (na przykład aplikacja ma działać przez stronę WWW, wspierać prace określonej liczby użytkowników). W konsekwencji Odwołujący wniósł o nadanie pkt 24 i 25 OPZ następującego brzmienia:

Pkt 24 - w brzmieniu:

„Elektroniczna książka nadawcza w sadach powszechnych - Wykonawca będzie zobowiązany, na własny koszt doręczyć i zapewnić należyte funkcjonowanie, w każdym Sądzie, narzędzia informatycznego zapewniającego możliwość rozliczenia nadanej korespondencji w danym okresie rozliczeniowym oraz integrację tego systemu z narzędziami wskazanymi Zamawiającego wg wymagań informatycznych, przez specyfikacji funkcjonalnych i niefunkcjonalnych oraz interfejsów stanowiących Załącznik 5E do SIWZ.”

Pkt 25 - w brzmieniu:

Elektroniczna książka odbiorcza w sadach powszechnych - Wykonawca będzie zobowiązany, na własny koszt doręczyć i zapewnić należyte funkcjonowanie, w każdym Sądzie, narzędzia informatycznego zapewniającego możliwość rozliczenia odebranej korespondencji w danym dniu oraz integrację tego systemu z narzędziami informatycznymi, wskazanymi przez Zamawiającego, za pośrednictwem elektronicznej książki nadawczej, odpowiadającej funkcjonalnościom. o których mowa w postanowieniach pkt 24 powyżej.

Komunikacja systemów informatycznych – brak wskazania kanału komunikacji oraz specyfikacji interfejsów.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 29 OPZ Zamawiający wskazał, iż „Wykonawca będzie zobowiązany zapewnić komunikację swoich systemów informatycznych z systemami informatycznymi Sądów, za pośrednictwem usług sieciowych (ang. web services) oraz innych form przekazu informatycznego, zgodnie ze specyfikacją techniczną, która stanowi Załączniki nr 5A-C do SIWZ, z wyjątkiem formatów komunikacji zastrzeżonych dla wydziałów Krajowego Rejestru Sądowego i Rejestru zastawów, Wydziałów Ksiąg Wieczystych oraz Wydziału prowadzącego elektroniczne postępowanie upominawcze, dla których zobowiązany będzie przyjmować komunikację również poprzez xml.”

Powyższe oznacza, że dla Krajowego Rejestru Sądowego i Rejestru zastawów, Wydziałów Ksiąg Wieczystych oraz Wydziału prowadzącego elektroniczne postępowanie

32

upominawcze nie określono kanałów komunikacji (e-mail, ftp, strona www) oraz formatów plików (poza określeniem "również xml"), a także specyfikacji interfejsu wymiany danych.

Tym samym, Zamawiający nie przekazał wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu szczegółowych informacji niezbędnych dla prawidłowego sporządzenia i wyceny składanej oferty, a więc naruszył art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Wykonawca w rezultacie tych zaniechań nie ma bowiem wiedzy o sposobach komunikacji z Zamawiającym oraz zakresie i wolumenie danych jaki będzie przetwarzany. W konsekwencji nie jest w stanie oszacować kosztów i czasu niezbędnego na przygotowanie przedmiotowej integracji systemów.

Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ poprzez sporządzenie załącznika do opisu przedmiotu zamówienia (zgodnie z numeracją istniejących i postulowanych załączników - załącznik nr 5 F do SIWZ) szczegółowo i jednoznacznie określającego możliwe kanały komunikacji, formaty plików, specyfikacje interfejsów oraz przetwarzany zakres informacyjny na wzór tego, jak uczynił to na przykład w załącznikach 5A-C dla części systemów i jednostek. W konsekwencji Odwołujący wnosi o zmianę pkt 29 OPZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Komunikacja systemów informatycznych - Wykonawca będzie zobowiązany zapewnić komunikację swoich systemów informatycznych z systemami informatycznymi Sądów, za pośrednictwem usług sieciowych (ang. web services) oraz innych form przekazu informatycznego, zgodnie ze specyfikacją techniczną, która stanowi Załączniki nr 5A-C do SIWZ, z wyjątkiem formatów komunikacji zastrzeżonych dla wydziałów Krajowego Rejestru Sądowego i Rejestru zastawów, Wydziałów Ksiąg Wieczystych oraz Wydziału prowadzącego elektroniczne postępowanie upominawcze, dla których zobowiązany będzie przyjmować komunikację również poprzez xml. Specyfikacje interfejsów wymiany danych dla wydziałów

Krajowego Rejestru Sadowego i Rejestru zastawów, Wydziałów Ksiąg Wieczystych oraz Wydziału prowadzącego elektroniczne postępowanie upominawcze stanowi załącznik 5F do SIWZ".

Numery nadawcze korespondencji wychodzącej.

Odwołujący podniósł, że w pkt 33.1. OPZ oraz w §6 ust. 6.4 Załącznika nr 6 do SIWZ ("Projekt Umowy") Zamawiający wskazał na konieczność zapewnienia 14 cyfrowego algorytmu generowania kodów indywidualizujących przesyłki pocztowe nadane przez poszczególnych nadawców, pozwalającego na przyporządkowanie każdej przesyłki nadanej z wykorzystaniem takiego kodu do każdego z poszczególnych wydziałów Jednostek. Jednocześnie, w Załączniku Z5C umieszczony został przykład Księgi Nadawczej xml, w którym numery nadania przesyłek są 20 znakowe.

33

W związku z tym, postanowienia zawarte w poszczególnych częściach SIWZ, odnoszące się do algorytmu cyfrowego są ze sobą niespójne w aspekcie ilości cyfr tego algorytmu. Jednocześnie, wskazać przy tym należy, że 14-cyfrowy numer nadania nie jest stosowany przez operatorów zarówno krajowych jak i zagranicznych i jest niezgodny ze standardami organizacji pocztowych (na przykład UPU - Światowy Związek Pocztowy). Co za tym idzie, dotychczasowy kształt postanowień SIWZ, w tym postanowień zawartych w OPZ, jest nie tylko nieprecyzyjny, ale może również doprowadzić do niemożliwości złożenia ważnej oferty przez wykonawców dających najwyższą rękojmię wykonywania usług tego rodzaju, czyli wykonawców będących członkami UPU. Świadczy to w sposób bezpośredni o naruszeniu m.in. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w rozumieniu przedstawionym na wstępie niniejszego odwołania.

W związku z tym Odwołujący wniósł o modyfikację pkt 33.1 OPZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Wykonawca będzie zobowiązany zapewnić algorytm generowania kodów indywidualizujących przesyłki pocztowe nadawane przez poszczególnych nadawców. Algorytm, o którym mowa w zdaniu poprzednim będzie składał się z 20 cyfr w przypadku przesyłek listowych i pączkowych krajowych albo 13 znaków w przypadku usług zagranicznych i kurierskich, pozwalających na przyporządkowanie każdej przesyłki nadanej z wykorzystaniem takiego kodu do każdego z poszczególnych wydziałów Jednostek”.

W konsekwencji Odwołujący wniósł przy tym o dokonanie analogicznej zmiany w treści § 6 ust. 6.4. Projektu Umowy.

Zmiany systemów informatycznych – termin.

Argumentowano, że w pkt 23 OPZ Zamawiający zastrzegł: "Wykonawca będzie zobowiązany dostosować systemy informatyczne, które wykorzystuje do prowadzenia działalności pocztowej do systemów informatycznych wykorzystywanych przez poszczególne Sądy, a w przypadku zmiany takich systemów informatycznych, Wykonawca będzie zobowiązany do wdrożenia zmian, w ciągu sześciu miesięcy od otrzymania informacji o ich przedmiocie". Jednocześnie, w §6.6.3 umowy wskazano, że: "Wykonawca zobowiązuje się zapewnić komunikację swoich systemów informatycznych z systemami informatycznymi Jednostek za pośrednictwem usług sieciowych (ang. web services) oraz innych form przekazu informatycznego, zgodnie ze specyfikacją techniczną, która stanowi Załączniki nr 4, 5A, 5B i 5C do Umowy. W przypadku zmiany zakresu lub struktury elektronicznej książki nadawczej lub innych danych umożliwiających monitorowanie statusu przesyłek nadanych lub środków ich przekazywania Wykonawcy w formie elektronicznej, Wykonawca zobowiązuje się niezwłocznie wdrożyć zmiany w swojej strukturze informatycznej, nie później niż w terminie miesiąca od otrzymania informacji o zakresie zmian od Zamawiającego".

34

Biorąc pod uwagę powyższe, oraz fakt, iż dyspozycje obu wskazanych zapisów odnoszą się do zmian w systemach informatycznych, termin na wprowadzenie tych zmian przewidziany w treści SIWZ powinien być jednolity, tak aby Wykonawca mógł w sposób prawidłowy przygotować się do realizacji przedmiotu umowy.

W związku z tym. Odwołujący wniósł o modyfikację § 6 ust. 6.3. Projektu Umowy, poprzez nadanie mu następującego brzmienia: "Wykonawca zobowiązuje się zapewnić komunikację swoich systemów informatycznych z systemami informatycznymi Jednostek za pośrednictwem usług sieciowych (ang. web services) oraz innych form przekazu informatycznego, zgodnie ze specyfikacją techniczną, która stanowi Załączniki nr 4. 5A. 5B i

5C do Umowy. W przypadku zmiany zakresu lub struktury elektronicznej książki nadawczej lub innych danych umożliwiających monitorowanie statusu przesyłek nadanych lub środków ich przekazywania Wykonawcy w formie elektronicznej. Wykonawca zobowiązuje się niezwłocznie wdrożyć zmiany w swojej strukturze informatycznej, nie później niż w terminie 6 miesięcy od otrzymania informacji o zakresie zmian od Zamawiającego”.

Świadek koronny.

Odwolujący wskazał, że z treści Opisu Przedmiotu Zamówienia sporządzonego przez Zamawiającego wynika, iż przedmiotem zamówienia ma być świadczenie kompleksowej usługi pocztowej w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych, bez względu na tematykę czy rodzaj adresata. Kompleksowe świadczenie usługi tego rodzaju determinuje, iż w jej ramach mieści się również korespondencja kierowana do świadków koronnych, która podlega szczególnej ochronie.

Zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 36 poz. 232 ze zm.) w razie zastosowania ochrony lub pomocy polegającej na zmianie miejsca pobytu lub wydaniu dokumentów, o których mowa w art. 14 ust. 1, Komendant Centralnego Biura Śledczego Policji może zobowiązać operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529) lub jego placówkę pocztową do: 1) przekazywania pod wskazany przez siebie adres przesyłek przeznaczonych dla osoby objętej ochroną, 2) doręczania przesyłek przeznaczonych dla osoby objętej ochroną za pośrednictwem osoby przez niego upoważnionej.

Operator pocztowy zobowiązany jest do realizacji zadań nałożonych rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 18 października 2006 r. w sprawie udzielania ochrony i pomocy świadkom koronnym i innym uprawnionym osobom oraz rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 8 października 2014 r. (zmieniającym rozporządzenie w sprawie udzielania ochrony i pomocy świadkom koronnym i innym uprawnionym osobom użyte w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 18 października 2006 r. w sprawie udzielania ochrony i pomocy świadkom

35

koronnym i innym uprawnionym osobom), w sposób określony przez Komendanta Centralnego Biura Śledczego Policji. Ww. zadania realizowane są w trybie określonym w ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228).

W związku z tym, realizacja ww. zadań wiąże się z obowiązkiem posiadania przez operatora pocztowego odpowiedniego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, co determinuje konieczność spełniania przez operatora wszelkich wymagań, wynikających z ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych. Świadectwem bezpieczeństwa uprawniającym do wykonywania tego rodzaju działań jest świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego II stopnia do kl. "ściśle tajne".

Niewątpliwie w postępowaniach przed sądami występują świadkowie koronni, co więcej są do nich kierowane pisma zawierające wezwania do stawienia się w toku rozprawy. Korespondencja kierowana przez jednostki reprezentowane przez Zamawiającego będzie więc poddana rygorowi wynikającemu z art. 19 ust. 1 ustawy o świadku koronnym. Jednocześnie ustawa o świadku koronnym wyraźnie zastrzega ochronę informacji o zastosowaniu opisanego powyżej trybu doręczania przesyłek świadkom koronnym. Do wskazanych informacji zastosowanie winna znaleźć ochrona przewidziana dla informacji niejawnych (art. 23 pkt 2 ustawy o świadku koronnym). Na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228) klauzulą "ściśle tajne" objęte są m.in. informacje, których nieuprawnione ujawnienie informacji zagraża lub może zagrazić życiu lub zdrowiu świadków koronnych lub osób dla nich najbliższych albo świadków, o których mowa w art. 184 ustawy z dnia 6 czerwca 1997r. - Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555, z późn. zm.5), lub osób dla nich najbliższych.

Powierzając zatem wykonawcy doręczanie przesyłek sądowych, które z konieczności obejmować będą także przesyłki dla świadków koronnych, Zamawiający powinien zagwarantować spełnianie przez wykonawców wymogów przewidzianych dla zabezpieczenia informacji niejawnych. Ustawa o ochronie informacji niejawnych przewiduje zaś co następuje (art. 54 ust. 1 i 2): „1. Warunkiem dostępu przedsiębiorcy do informacji niejawnych w związku z wykonywaniem umów albo zadań wynikających z przepisów prawa, zwanych dalej „umowami”, jest zdolność do ochrony informacji niejawnych. 2. Dokumentem potwierdzającym zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej jest świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, zwane dalej „świadectwem”, wydawane przez ABW albo

SKW po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego”.

W związku z powyższym podmiot doręczający przesyłki adresowane do świadków koronnych winien posiadać stosowne świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, w

36

przeciwnym przypadku nie będzie mógł on wykonywać wskazanego przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zmianę treści OPZ poprzez wyraźne wskazanie, iż przedmiot umowy obejmuje również dostarczanie przesyłek świadkom koronnym, z czym wiąże się obowiązek posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego II stopnia do kl. "ściśle tajne". Z uwagi na wagę omawianej kwestii Odwołujący wskazuje przy tym na marginesie, iż zasadnym jest aby Zamawiający w sposób rzeczywisty zweryfikował fakt posiadania wskazanego świadectwa przez wykonawców, rozszerzając katalog dokumentów przedmiotowych, zamieszczony w Rozdziale 3 ust. 6 SIWZ o świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego II stopnia do kl. "ściśle tajne". Jednocześnie, Odwołujący wniósł o rozszerzenie katalogu ustaw regulujących realizację przedmiotowego zamówienia, zawartego w pkt 1 OPZ o ustawę z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym oraz ustawę z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.

„Polecona – e”

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści OPZ umieścił definicję EPO, w której został sformułowany wymóg zastosowania EPO w odniesieniu do przesyłek, dla których Zamawiający dokona umieszczenia oznaczenia "Polecona-e". Wykonawca interpretuje obecny zapis OPZ z uwzględnieniem przepisów Kodeksu postępowania karnego i Kodeksu postępowania cywilnego oraz Rozporządzeń do ww. Kodeksów w taki sposób, iż możliwość Zamawiającego do zastosowania EPO dotyczy przesyłki poleconej, o której mowa w ww. aktach prawnych a w OPZ zdefiniowanych jako przesyłki listowe rejestrowane, pomimo iż Zamawiający w dalszej części SIWZ taką przesyłkę określił jako „Polecona-e”. Interpretację Wykonawcy potwierdza fakt, umieszczenia w poz. 6 Formularza cenowego oczekiwania wyceny usługi potwierdzenie odbioru (forma elektroniczna) dla usługi w nagłówku tej sekcji formularza nazwanego „Przesyłki listowe rejestrowane krajowe”. W definicji EPO nie zostały ujęte żadne inne zapisy powodujące możliwość interpretacji przez Wykonawcę, iż Zamawiający oczekuje zastosowania EPO dla paczek pocztowych. Jednocześnie w poz. 105 Formularza cenowego, Zamawiający zawarł oczekiwanie wyceny tego rodzaju usługi, co czyni postanowienia SIWZ w tym zakresie wzajemnie niekompatybilnymi. Jednocześnie, postanowienia SIWZ we wskazanym kształcie determinują konieczność wyceny elementu, który nie jest objęty przedmiotem zamówienia w myśl terminologii nadanej przez Zamawiającego i obowiązujące przepisy prawa, które zgodnie z OPZ mają zastosowanie do przesyłek pocztowych objętych zamówieniem.

W związku z tym. Odwołujący wniósł o modyfikację treści SIWZ poprzez wykreślenie z Formularza cenowego, poz. 105, odnoszącej się do wyceny elementu nie objętego przedmiotem świadczenia.

37

Wartość przesyłki kurierskiej.

Zgodnie z pkt 5.4. OPZ Zamawiający dokonał podziału przesyłek kurierskich będących przedmiotem niniejszego zamówienia na pięć kategorii w oparciu o wagę tych przesyłek. Jednocześnie we wskazanym punkcie wskazane zostało, iż nie zostaje wprowadzone ograniczenie nadawcy co do możliwości dowolnego oznaczenia wartości przesyłki kurierskiej. W tym miejscu, Odwołujący wskazuje, iż określone przez Zamawiającego w treści OPZ dane są niewystarczające dla prawidłowej wyceny świadczenia w tym zakresie. Wycena tego typu usług oparta jest bowiem nie tylko na ich wadze, ale również na innych parametrach usługi, które są wymagane przez Zamawiającego jak na przykład wartości każdej z przesyłek. Tym samym, w celu prawidłowej wyceny oferty, wykonawcy muszą dysponować kompleksowymi informacjami w tym zakresie, w tym wartością przesyłki, która w sposób bezpośredni wpływa na jej cenę. Omawiany postulat, nie tylko nie został zrealizowany przez Zamawiającego, ale wręcz został zaprzeczony poprzez wprowadzenie zasady braku jakiegokolwiek limitu wartości przesyłek kurierskich. Odwołujący zwraca uwagę, iż Zamawiający ma świadomość konieczności przekazania wszystkich koniecznych parametrów usług objętych zamówieniem na potwierdzenie czego w sposób szczegółowy prezentuje wszystkie wymagane usługi objęte zamówieniem w formularzu cenowym stanowiącym Załącznik nr 1a do SIWZ, uwzględniając

ich podziały wagowy, maksymalną masę, gabaryty, kraje przeznaczenia i świadczenia dodatkowe, wobec powyższego zasadne jest uzupełnienie wymagań i podanie Wykonawcom równie wyczerpujących informacji w zakresie wartości przesyłki kurierskiej.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wniósł o modyfikację treści SIWZ poprzez zmianę pkt 5.4. OPZ poprzez określenie maksymalnej wartości pojedynczej przesyłki kurierskiej. Zasadne jest przy tym aby maksymalna wartość pojedynczej przesyłki została określona na poziomie nie wyższym niż 10.000 zł w stosunku do pojedynczej przesyłki.

W odniesieniu do kwestii związanych z nieprawidłowościami w zakresie sposobu weryfikacji, czy oferowane usługi spełniają wymagania Zamawiającego.

Oświadczenie dotyczące placówek.

Zgodnie z Rozdziałem IV pkt 6 lit. d) i e) SIWZ, Zamawiający wskazał odpowiednio, że "wszystkie placówki pocztowe, w których Wykonawca zapewnia odbiór przesyłek sądowych muszą być czynne są we wszystkie dni robocze przez co najmniej 6 godzin dziennie, w tym jeden dzień roboczy w tygodniu do godziny 20:00 lub w soboty przez co najmniej 3 godziny" oraz, że "wszystkie placówki pocztowe, w których Wykonawca zapewnia odbiór przesyłek sądowych umiejscowione muszą być w lokalizacjach oraz posiadać warunki lokalowe, które w sposób oczywisty nie utrudniają dostępu osobom niepełnosprawnym. Jednocześnie, w celu

38

potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym w Rozdziale IV pkt 6 SIWZ, Zamawiający zażądał od wykonawców przedłożenia wraz z ofertą załącznika nr 9, we wzorze, którego znalazło się oświadczenie, o treści sprzecznej ze wskazanymi wymaganiami, określonymi w Rozdziale IV pkt 6 lit. d) i e) SIWZ, tj., oświadczenie o treści: oświadczamy, iż wszystkie placówki pocztowe wskazane powyżej spełniają następujące wymogi: a) wszystkie placówki pocztowe, czynne są we wszystkie dni robocze przez co najmniej 6 godzin dziennie, w tym jeden dzień roboczy w tygodniu do godziny 20:00 lub w soboty przez co najmniej 3 godziny; b) "wszystkie placówki pocztowe, umiejscowione są w lokalizacjach oraz posiadać warunki lokalowe, które w sposób oczywisty nie utrudniają dostępu osobom niepełnosprawnym

W związku ze wskazanymi, sprzecznymi postanowieniami Odwołujący zawnioskował o modyfikację treści SIWZ poprzez zmianę treści załącznika nr 9 polegającą na wykreśleniu oświadczenia zawartego pod tabelą "Wykaz placówek".

W odniesieniu do wymagań co do sieci placówek.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Rozdziale IV ust. 3.6. lit. a-g sformułował szereg wymogów dotyczących sieci placówek, którymi dysponować ma wykonawca dla potrzeb wykonania przedmiotu zamówienia. Należy zauważyć, że wymagania w odniesieniu do sieci placówek zawarte w SIWZ są zdecydowanie wyższe, niż w przypadku wymogów nałożonych na operatora wyznaczonego - a w konsekwencji zdecydowanie nadmierne i oderwane od realiów rynkowych.

Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 roku w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego (Dz. U. 2013 r., nr 545 - dalej „Rozporządzenie”) zawiera jedynie wskazanie dotyczące gęstości sieci placówek operatora wyznaczonego (§ 24 Rozporządzenia) oraz określa zdecydowanie niższe, niż w SIWZ, wymagania dotyczące okresów, w których placówki mają pozostać otwarte (§ 25 Rozporządzenia).

Co prawda samo Rozporządzenie nie jest wiążące dla zamawiających, jeśli chodzi o ustalenie warunków, jakim odpowiadać ma sieć placówek wykonawcy, pozwala jednak na ustalenie, jakie wymogi uznawane są za proporcjonalne przez samego ustawodawcę. Zgodnie zaś z regulacją europejską ustanowienie operatora wyznaczonego służy zagwarantowaniu, by potencjalni „użytkownicy korzystali z prawa do usług powszechnych obejmujących ciągłe świadczenie usług pocztowych o określonej jakości we wszystkich punktach na swoich obszarach” (art. 3 ust. 1 dyrektywy 97/67/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 grudnia 1997 r. w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych

39

Krajowy ustawodawca określając wymogi dotyczące operatora wyznaczonego wskazuje jednocześnie warunki świadczenia usług pocztowych, które zapewniają określoną jakość. W niniejszym postępowaniu Zamawiający formułuje warunki zdecydowanie surowsze od warunków przewidzianych w Rozporządzeniu wobec operatora wyznaczonego, co narusza zasadę proporcjonalności warunków postępowania. Określone warunki są na tyle surowe, iż zdecydowanie ograniczają konkurencję w postępowaniu.

Powyższe w sposób dobitny pokazuje, iż w praktyce zamawiania i świadczenia usług pocztowych warunków posiadania sieci placówek pocztowej określony bardziej rygorystycznie niż warunki dotyczące sieci placówek operatora wyznaczonego stanowią wymóg nadmierny i nieproporcjonalny.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o dokonanie zmiany treści SIWZ poprzez zastąpienie treści Rozdziału IV SIWZ pkt 3 ppkt 6 lit d): *"wszystkie placówki pocztowe, w których Wykonawca zapewnia odbiór przesyłek sadowych, muszą być czynne są we wszystkie dni robocze przez co najmniej 6 godzin dziennie, w tym w jeden dzień roboczy w tygodniu do godziny 20:00 lub w soboty przez co najmniej 3 godziny"*, na następującą treść, odpowiednio wynikającą z Rozporządzenia: *"wszystkie placówki pocztowe operatora powinny być czynne we wszystkie dni robocze, z wyjątkiem sobót, co najmniej 5 dni w tygodniu, a jeżeli w tygodniu przypada dzień ustawowo wolny od pracy, liczba ta może być odpowiednio niższa"*

W konsekwencji Odwołujący wniósł również o analogiczną zmianę pkt 21.7 OPZ oraz §5 ust. 5.4.7 projektu Umowy.

W odniesieniu do kwestii związanych z koniecznością wprowadzenia zmian do projektu umowy.

EPO – termin.

Odwołujący wskazał, że w § 7 ust. 7.3 Projektu Umowy, Zamawiający wskazał terminy, w których wykonawca zobowiązany będzie do świadczenia usługi elektronicznego potwierdzenia odbioru dla kodów adresowych obejmujących określony pułap procentowy. Realizacja usługi EPO, której dotyczy wskazany fragment Projektu Umowy wymaga dopasowania i spójnego infrastruktury aplikacyjno - sprzętowej. Wymagania Zamawiającego odnoszące się do świadczenia usług EPO są bowiem na tyle spersonalizowane, iż konieczne jest poczynienie odpowiednich przygotowań i zaangażowania odpowiednich środków rzeczowo- finansowych przed przystąpieniem do realizacji przedmiotowego zamówienia.

40

Sprzęt wymagany do świadczenia usługi Elektronicznego Potwierdzenia Odbioru zgodnego z wymaganiami Zamawiającego musi posiadać specyficzne cechy, między innymi musi on zbierać indywidualne cechy składanego na nim podpisu uwzględniając np. siłę nacisku. Powoduje to, że liczba modeli (tabletów) spełniających takie wymagania jest ograniczona i wymaga dostosowania i rozbudowania posiadanej przez wykonawców infrastruktury sprzętowej. Jednocześnie, aby w sposób prawidłowy świadczyć usługę EPO konieczne jest przeprowadzenie prac związanych ze zmianą systemów informatycznych, które są niezbędne do świadczenia usługi EPO (aplikacja na tablety oraz integrację z systemami centralnymi funkcjonującymi u danego Wykonawcy).

Biorąc pod uwagę powyższe, a także fakt, iż Zamawiający przewidział wysokie kary za nieprawidłowe obsłużenie korespondencji wysłanej z EPO (wielokrotność wartości pojedynczej przesyłki), stwierdzić należy, iż oczekiwaniem Zamawiającego jest otrzymanie usługi po pierwsze spersonalizowanej, po drugiej zaś usługi o odpowiednim standardzie jakości. Aby standard taki uzyskać, jak zostało wskazane powyżej, konieczne jest poczynienie licznych przygotowań po stronie Wykonawcy ale z koniecznością współpracy z Zamawiającym, w tym z dokonaniem integracji systemowej.

W przypadku niniejszego przedmiotu zamówienia istotne jest, aby przed podjęciem świadczenia właściwych usług objętych przedmiotowym zamówieniem, wykonawca wybrany do wykonania zamówienia podjął szereg działań o charakterze przygotowawczym, które wymagają określonego czasu, zgodnie z zakładanym przez Zamawiającego harmonogramem prac.

W celu przygotowania do wymagań Zamawiającego, Odwołujący pozyskać musi infrastrukturę sprzętową (m.in. tablety, pady do podpisu) niezbędne do świadczenia usługi, dostosować posiadane systemy informatyczne, zapewnić ich integrację z systemem Zamawiającego, o czym też Odwołujący wspomina w powyższych zapisach odwołania, oraz

przeprowadzić testy przed produkcyjnym uruchomieniem usługi EPO. Dodatkowo zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, Odwołujący zobowiązany jest do przeprowadzenia szkoleń dla osób, którym zostanie powierzone wykonywanie Umowy w zakresie wymaganej przez Zamawiającego procedury doręczania i wydawania przesyłek sądowych. Co istotne, część prac na które zwraca uwagę Odwołujący może zostać wykonana dopiero po skompletowaniu sprzętu dedykowanego do realizacji przedmiotowego zamówienia, gdyż wybór urządzeń determinuje rozwiązania systemów informatycznych, które muszą zostać zaimplementowane (np. każdy typ padu do podpisu ma swój interfejs komunikacyjny z innymi systemami; taka sama sytuacja jest z tabletami) oraz co wymaga podkreślenia, dopiero po integracji z Zamawiającym.

41

Mając na uwadze powyższe, terminy wskazane przez Zamawiającego są zbyt krótkie, przez co ograniczają konkurencyjność postępowania. Podkreślenia wymaga, że nadmierne ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednie, jak i pośrednie w przypadku, gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Jakikolwiek ograniczenie konkurencji musi opierać się na realnych i proporcjonalnych powodach, które stopień tego ograniczenia będą uzasadniać. Należy odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu wykraczającym ponad jego potrzeby.

W związku z tym Odwołujący wskazuje, iż terminy uruchomienia EPO przewidziane w Projekcie umowy generują ryzyko niemożliwości świadczenia przez inny podmiot niż wykonawca, który aktualnie realizuje dane zamówienie. Wskazać bowiem należy, że Zamawiający wspólnie z obsługującym go obecnie operatorem usług pocztowych uruchamia usługę Elektronicznego Potwierdzenia Odbioru od około 1,5 roku. Pierwotnie pilotaż usługi prowadzony był na infrastrukturze aplikacyjno-sprzętowej (aplikacja do obsługi EPO oraz tablety dla doręczycieli) Zamawiającego, co oznacza, że firma obecnie dostarczająca usługi pocztowe dla Zamawiającego, bez inwestowania własnych środków, mogła przygotować się do spełnienia tego wymagania. Dodatkowo Polska Grupa Poczta miała dużo większy dostęp do informacji na temat działania Elektronicznego Potwierdzenia Odbioru według wymagań Zamawiającego, przez co mogła dużo lepiej przygotować się do wskazanego wyżej wymagania. Co za tym idzie, utrzymanie postanowień SIWZ w dotychczasowym kształcie prowadzi do nieuzasadnionego preferowania wykonawcy, który obecnie świadczy dane usługi na rzecz Zamawiającego.

W tym aspekcie należy również raz jeszcze podkreślić, iż warunki realizacji zamówienia powinny być tak wyznaczone, by dawały możliwość wywiązania się ze zobowiązań zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły usługi objęte przedmiotem zamówienia (w tym na rzecz Zamawiającego) i posiadają pełną lub częściową infrastrukturę, jak i tym podmiotom, które dla realizacji zamówienia muszą pozyskać niezbędną infrastrukturę, (wyrok KIO z dnia 24 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 707/08).

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji Umowy w § 7 ust. 7.3.1 - 7.3.3. w następujący sposób:

7.3.1 (% wskazany w ofercie, nie mniej niż 50%) kodów pocztowych (PNA) na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, począwszy od pierwszego dnia po upływie trzech miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług przez Wykonawcę, zgodnie z postanowieniem § 11 ust. 1

42

Umowy:

7.3.2[% wskazany w ofercie, nie mniej niż 75%) kodów pocztowych na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, począwszy od pierwszego dnia po upływie dziewięciu miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług przez Wykonawcę, zgodnie z postanowieniem §11 ust. 1 Umowy:

1 Umowy:

7.3.3 100% kodów pocztowych na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, począwszy od pierwszego dnia po upływie dwunastu miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług przez Wykonawcę, zgodnie z postanowieniem § 11 ust. Umowy.

Jednocześnie, Odwołujący wniósł przy tym o dostosowanie zapisów SIWZ Rozdział VI pkt. 2 lit, d) odnoszący się do sposobu wyliczenia punktacji dotyczącej kryteriów obszaru

dostępności EPO (E) / do wskazanych powyżej zmian.

W kwestii zmiany umowy.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z Rozdziałem VI pkt 6.2. ppkt 2) SIWZ (oraz odpowiednio §14 ust. 14.4. ppkt 14.4.2 Projektu Umowy) Zamawiający przewidział następującą możliwość wprowadzenia zmian w umowie: "Zmiana jednostkowej ceny brutto oraz zmiana całkowitego wynagrodzenia brutto Wykonawcy, w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zmianę, w szczególności w przypadku zmiany warunków świadczenia usług."

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Jednocześnie, zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Bazując na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako „TSUE”), za istotne należy przy tym uznać zmiany, które charakteryzują się cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym: 1. wskazują one na wolę ponownego negocjowania warunków zamówienia, 2. modyfikują krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, 3. dopuszczają inne oferty niż pierwotnie wybrana, 4. dochodzi do znacznego poszerzenia zakresu zamówionych usług, które nie było wcześniej przewidziane, 5. ma miejsce modyfikacja równowagi ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy w sposób, który nie był przewidziany w jej pierwotnej treści, 6.

43

dochodzi do zastąpienia kontrahenta, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia, przez inny podmiot.

Biorąc powyższe pod uwagę, bez wątpliwości wskazać należy, że kwestia przyjętych w umowie cen jednostkowych oraz standardu świadczenia danej usługi i warunków jej świadczenia, stanowi istotny element treści oferty, który odbiega w znacznym stopniu od zobowiązań podjętych na etapie składania ofert, gdzie w tożsamych warunkach faktycznych zobowiązania podejmowane były przez wszystkich zainteresowanych wykonawców.

Jednocześnie, wskazanie, iż możliwość wprowadzenia takiej zmiany istnieje w sytuacji zmiany warunków świadczenia usług nie może być uznane za wypełnienie przesłanki umożliwiającej wprowadzenie takiej zmiany, o której mowa w art. 144 ust 1 ustawy Pzp. Jest to bowiem określenie na tyle niekonkretne i nieprecyzyjne, że może być ono przedmiotem dowolnych ustaleń pomiędzy przyszłym wykonawcą, a Zamawiającym, zmierzających do obejścia przepisów ustawy Pzp i jako takie narusza zasady uczciwej konkurencji.

W tym aspekcie, należy przy tym podnieść, że podstawową wartością podlegającą ochronie poprzez treść cytowanego powyżej art 144 ust. 1 ustawy Pzp jest ochrona uczciwej konkurencji. W związku z tym, wszystkie zmiany, które mogą być wprowadzone do przyszłego stosunku zobowiązaniowego, muszą być na tyle precyzyjne, aby nie budziło wątpliwości, że intencją zamawiającego nie jest próba pozornego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w następstwie której, planuje on dowolnie kształtować stosunek zobowiązaniowy z wybranym przez siebie wykonawcą. Co za tym idzie, swoboda zamawiającego ograniczona jest w tym zakresie w tym sensie, że niedopuszczalne są wszelkie zmiany, które przez sposób ich redakcji otwierają drogę zamawiającemu oraz przyszłemu wykonawcy do renegocjowania zakresu zamówienia, w taki sposób, który niweczyłby skutek przeprowadzenia konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy uznać, iż przesłanki zmiany umowy określone w Rozdziale VI pkt 6.2. ppkt 2) SIWZ (oraz odpowiednio §14 ust. 14.4. ppkt 14.4.2 Projektu Umowy), z uwagi na swój brak precyzji, nie powinny być wprowadzane przez Zamawiającego do treści umowy, i choć dotyczą przyszłego stosunku zobowiązaniowego, powinny zostać eliminowane na jak najwcześniejszym etapie, tak aby w sposób realny chroniona była podstawowa zasada zamówień publicznych mówiąca o konieczności zachowania uczciwej konkurencji.

W związku z tym. Odwołujący wniósł o wykreślenie z katalogu możliwych zmian w

W kwestii kar umownych.

Odwolujący wskazał, że w §10 ust. 10.1 -10.19 Projektu umowy Zamawiający przewidział szczegółowe wytyczne co do zakresu i wysokości naliczanych na wykonawcę kar umownych. Należy w tym miejscu wskazać, że postanowienia Projektu umowy w tym zakresie, stoją w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie, które wskazują na maksymalną wysokość odpowiedzialności ponoszonej przez podmioty świadczące usługi pocztowe. Wysokość kar umownych określonych przez Zamawiającego cechuje się jednocześnie rażącym wygórowaniem i stanowi o nieuzasadnionym zaburzeniu równowagi stron przyszłego stosunku zobowiązaniowego.

Odwolujący podkreślił m.in. fakt, iż w doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie KIO wskazuje się, że ustanawianie przez Zamawiającego w umowie rażąco wysokich kar umownych, bezwzględnie należy uznać, za naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, które może być uzasadnioną podstawą do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi, iż postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma bowiem charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art 5 Kodeksu cywilnego.

Wysokość kar umownych przewidzianych przez Zamawiającego pozostaje też w sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa odnoszącymi się do świadczenia usług pocztowych co wynika z regulacji zawartej w art. 87 Prawa pocztowego.

Przepis art. 87 ust. 5 wskazuje na wzajemne powiązanie pomiędzy Prawem pocztowym a Kodeksem cywilnym. W świetle rzeczonego przepisu, odejście od zasad odpowiedzialności określonych w Prawie pocztowym, jest dopuszczalne wyłącznie w przypadkach kwalifikowanych, związanych ze znacznie wyższym stopniem nieprawidłowości po stronie operatora pocztowego. Tylko wówczas dopuszczalne jest przejście na ogólne zasady odpowiedzialności i - przykładowo - określenie odrębnych kar umownych w umowie o świadczenie usług pocztowych.

Innymi słowy, co literalnie już wynika z cytowanego przepisu, 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.

Wskazać należy przy tym, iż art 87 ust 5 Prawa pocztowego stanowi niewielką modyfikację art. 57 ust. 3 uprzednio obowiązującej ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo pocztowe (tekst jedn. Dz.U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1159 z późn. zm.), w myśl którego operator publiczny odpowiadał za niewykonanie lub nienależyte wykonanie powszechnej usługi

pocztowej jedynie w zakresie określonym ustawą, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie powszechnej usługi pocztowej było następstwem czynu niedozwolonego. O tym, że intencją ustawodawcy było uregulowanie w aktualnej ustawie kwestii odpowiedzialności operatora w sposób analogiczny, gdzie granice i zakres tej odpowiedzialności wynika z samej ustawy, świadczy uzasadnienie projektu ustawy Prawo pocztowe, złożonego w Sejmie VII kadencji (druk nr 801 z dnia 8 października 2012 r., str. 59-60).

Stanowisko Odwołującego potwierdza, z zastosowaniem analogu przepisów prawa, choćby interpretacja i praktyka stosowania art 65 Prawa przewozowego, który określając zasady i zakres odpowiedzialności przewoźnika kreuje w tym zakresie zasady bezwzględnie obowiązujące, które nie mogą być modyfikowane w ramach indywidualnych umów. Jak wskazuje się w piśmiennictwie dotyczącym Prawa przewozowego: „Przyjmuje się, że przepisy regulujące zasady odpowiedzialności (jak również przepisy dotyczące ustalenia szkody i dochodzenia roszczeń oraz wysokości odszkodowania) mają charakter bezwzględnie obowiązujący (...). Choć przepisy komentowanej ustawy wprost tego nie stanowią, pogląd ten oparty jest na celu regulacji, jakim jest właściwe rozłożenie ciężarów i ryzyka związanego z przewozem pomiędzy uczestników procesu transportowego. Rozłożenie to, będące wyrazem pewnego kompromisu, zasadza się nie tylko na odpowiednim unormowaniu przesłanek i

46

granic odpowiedzialności przewoźnika, lecz także kwestii rozkładu ciężaru dowodu na istnienie tych przesłanek i przyczyn zwalniających oraz wysokości należnego odszkodowania. Problemy te są ściśle ze sobą związane. Każda ingerencja w stworzony ustawowo system odpowiedzialności przewoźnika prowadzi do jego dezintegracji. Stąd też jako nieważne należy ocenić postanowienia umów czy też regulaminów wydawanych przez przewoźników, w których granice odpowiedzialności określone zostały w sposób odmienny od postanowień ustawy. Pogląd ten w niczym nie uchybia możliwości regulowania w umowach i regulaminach odpowiedzialności za inne niż unormowane ustawowo przypadki niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przewozu, w tym na zasadzie obowiązku zapłaty kar umownych. Wątpliwa jest natomiast praktyka stosowania kar umownych w odniesieniu do unormowanego w ustawie przypadku opóźnienia w przewozie przesyłki, z którym ustawa wiąże konsekwencje prawne w postaci odszkodowania wyłącznie w przypadku, gdy wskutek opóźnienia powstaje szkoda. Praktyka taka prowadzi do naruszenia równowagi interesów uczestników procesu transportowego”.

W świetle powyższych uwag, Odwołujący wskazał, że przepisy Prawa pocztowego, regulujące zasady odpowiedzialności za nienależyte wykonanie usług pocztowych, mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Przepisy te stanowią systemowe unormowanie przesłanek i granic odpowiedzialności operatora pocztowego a także przyczyn zwalniających oraz wysokości należnego odszkodowania i nie podlegają dowolnym modyfikacjom.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wniósł o modyfikację SIWZ poprzez dodanie w Projekcie umowy w §10 ust. 10.20 o następującej treści: ” Postanowienia ustępów 1-19 maja zastosowanie w przypadkach określonych w art. 87 ust. 5 ustawy Prawo Pocztowe, natomiast z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania usługi pocztowej przysługuje Zamawiającemu odszkodowanie określone w art. 88 lub art. 89 ustawy Prawo Pocztowe”.

W odniesieniu do pkt 10.14.3 załącznika nr 6 do SIWZ.

Odwołujący wskazał, że w katalogu przyczyn wadliwości wypełnienia formularza potwierdzenia odbioru, stanowiących podstawę do wypłaty kary umownej, wskazano jako jedną z przyczyn brak adnotacji o dwukrotnym awizowaniu przesyłki sądowej, ze wskazaniem dat awizowania lub wskazania błędnych dat awizowania. Zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego w tym zakresie, w szczególności kpc, kpk oraz aktami wykonawczymi do nich wymóg nanoszenia adnotacji o dwukrotnym awizowaniu przesyłki sądowej, ze wskazaniem dat awizowania odnosi się do strony adresowej przesyłki, a nie do formularza. Przepisy nie wskazują na obowiązek nanoszenia tego typu adnotacji na formularzu potwierdzenia odbioru czy formularzu pokwitowania odbioru. Wzór formularza pokwitowania

47

odbioru w postępowaniu karnym, stanowiącym załącznik do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie szczegółowych zasad i trybu doręczania pism sądowych w postępowaniu karnym i wzór formularza potwierdzenia odbioru w postępowaniu cywilnym,

stanowiącym załącznik do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie szczegółowego trybu i sposobu doręczania pism sądowych w postępowaniu cywilnym nie przewiduje nawet miejsca na adnotację o dwukrotnym awizowaniu przesyłki sądowej.

W związku z powyższym wymóg w rzeczonym załączniku wykracza poza zakres przepisów, w oparciu których ma być świadczony przedmiot zamówienia i o których mowa w pkt 1 załącznika nr 5 do SIWZ. Wobec tego Odwołujący wniósł o dostosowanie tego postanowienia do obowiązujących przepisów.

W odpowiedzi na odwołania Zamawiający wniósł o ich oddalenie.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów i twierdzeń Odwołujących Zamawiający wskazał m.in.:

Istotą walki konkurencyjnej jest wyścig oferentów wzwyż, a nie dążenie do obniżania wymogów SIWZ do najniższych możliwości w poszczególnych zakresach świadczenia z uwagi na ograniczenia dotyczące poszczególnych oferentów.

Żaden przepis prawa nie ogranicza zamawiającego w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia, zgodnie z jego indywidualnymi potrzebami. Powszechnie przyjmuje się, że w zakresie tego uprawnienia mieści się również wskazanie skonkretyzowanego rozwiązania technicznego. Jeżeli konsekwencją swobodnie określonych przez zamawiającego wymagań co do przedmiotu zamówienia, jest brak dostatecznej ilości ofert, fakt ten, sam przez się, nie stanowi przejawu naruszenia ustawy Pzp.

Podkreślono, że Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest doręczanie przesyłek nadawanych przede wszystkim w postępowaniu sądowym, zawartość korespondencji sądowej, a także terminy i prawidłowy sposób ich doręczania stanowią szczególnie element świadczenia usług pocztowych, konstruuja bowiem element publicznoprawnej relacji obywateli i podmiotów gospodarczych, występujących jako strony postępowań sądowych. Skutki nienależytego wykonywania usługi pocztowej, której przedmiotem jest korespondencja sądowa, mogą okazać się nieodwracalne i zawsze towarzyszą im trudności w wykazaniu, jakie faktycznie czynności z zakresu prawidłowego doręczenia zostały wykonane, a które zostały zaniedbane. W konsekwencji, Zamawiający podejmuje starania, aby całość świadczenia usług pocztowych na rzecz sądów powszechnych była możliwie precyzyjnie uregulowana i stwarzała atmosferę zaufania do systemu doręczeń korespondencji sądowej, uwalniając go od społecznej krytyki.

48

Podkreślono, że Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest świadczenie usług pocztowych na rzecz niemal 400 sądów powszechnych, będących nadawcą kilku milionów przesyłek miesięcznie. Jakość tak zdefiniowanego przedmiotu zamówienia obejmuje nie tylko terminowe doręczenie całego wolumenu przesyłek, ale też najwyższy dopuszczalny prawem poziom staranności w odniesieniu do każdej z tych milionów przesyłek. W ocenie Zamawiającego, realizacja tych dwóch postulatów - jakości i terminowości doręczeń, wymaga z jednej strony dogłębnego i szerokiego zdefiniowania zakresu zobowiązań wykonawców, a z drugiej restrykcyjnego systemu kar umownych, stanowiących narzędzie do wyciągnięcia należnych konsekwencji w odniesieniu do każdej nienależycie doręczonej przesyłki sądowej.

Realizując cele zamówień publicznych wskazane przez ustawodawcę, Zamawiający zdecydował, aby na udzielenie zamówienia publicznego miał wpływ również zakres społecznego zobowiązania Wykonawcy. Na podstawie przepisów prawne zamówień publicznych oraz w celu zwiększenia jakości świadczonych usług i społecznego zaufania do metod i zasad doręczania korespondencji sądowej, Zamawiający wprowadził wymóg, aby, elementem oceny ofert był stopień, w jakim poszczególni wykonawcy powierzą realizację przedmiotu zamówienia w zakresie doręczania i wydawania korespondencji sądowej osobom pozostającym w stosunku pracy. Sposób sformułowania tego kryterium obejmuje również personel podwykonawców. Zamawiający stoi na stanowisku, iż osoby zatrudnione na podstawie stosunku pracy dają lepszą rękojmię realizacji zamówienia, w tak ważnym przedmiocie jakim jest obsługa korespondencji sądowej. Nie ulega bowiem wątpliwości, że w odczuciu społecznym zatrudnienie na podstawie umowy o pracę jest bardziej cenione niż inne formy zatrudnienia, przez co stwarza oczekiwanie większej dbałości o rzetelne wykonywanie obowiązków pracowniczych. W przypadku listonoszy, zatrudnienie na podstawie stosunku pracy stwarza dodatkowe społeczne oczekiwanie, iż dla danego obszaru listonoszom będzie niezmiennie ta sama osoba, znając specyfikę poszczególnych adresów, z którą łatwo będzie

pozostawać w stałym kontakcie. Stosunek pracy zapewnia większą stabilność zatrudnienia, bezpośredni nadzór i jasne zasady odpowiedzialności.

W odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołań Zamawiający wskazał m.in.:

Nie sposób stworzyć zamkniętego, wyczerpującego katalogu rozwiązań technicznych czy organizacyjnych, ułatwiających osobom niepełnosprawnym dostęp do usług pocztowych. Katalog takich rozwiązań i norm nie stworzył również ustawodawca.

Nie powinno także budzić wątpliwości, że warunki zawarte w SIWZ (tzw. warunki przedmiotowe) powinny być spełnione w dniu składania ofert.

49

Podobnie jak w przypadku wymogu nie utrudniania osobom niepełnosprawnym dostępu do placówki pocztowej, w której została awizowana korespondencja sądowa, tak również w przypadku formułowania wymogu zapewnienia stanowiska wydawania przesyłek sądowych, licującego z powagą takiej korespondencji, został przez Zamawiającego sformułowany na podstawie skarg i krytyki społecznej. Nie ulega wątpliwości, że przedmiotem zamówienia publicznego będzie doręczanie przesyłek sądowych o szczególnej wartości dla jej adresatów. Wydawanie takich przesyłek, w ocenie Zamawiającego nie może odbywać się przy tym sarny stanowisku, przy którym świadczone są również inne usługi. Wymóg ten nie powinien jednak dotyczyć czynności związanych ze świadczeniem usług pocztowych, w celu uniknięcia zarzutu potencjalnej stygmatyzacji społecznej osób odbierających korespondencję sądową.

Nie sposób również nie .zauważyć prokonkurencyjnych skutków wymogu sformułowanego przez Zamawiającego, który dopuszcza możliwość korzystania przez wykonawcę z sieci usługowej podwykonawców, z jednoczesnym zachowaniem standardów wydawania przesyłek sądowych, do których przyzwyczajone jest społeczeństwo.

W odniesieniu do lokalizacji placówek Zamawiający wskazał, że kwestionowane przez Odwołującego postanowienie jest tożsame z przepisem prawa powszechnie obowiązującego (Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego) oraz obecnie wykonywanego zamówienia publicznego, którego Odwołujący jest stroną. Wymóg ukształtowania sieci pocztowej wykonawcy, zgodnie ze standardem wymaganym od operatora wyznaczanego stanowi konsekwentny wymóg Zamawiającego, stosowany również w obecnie wykonywanym zamówieniu publicznym W sposób oczywisty, celem omawianego postanowienia jest zapobiegnięcie sytuacji, w której sieć pocztowa wykonawcy nie jest dostosowana do ilości adresatów odbierających korespondencją sądową na danym obszarze co może skutkować ograniczeniem dostępu do przesyłek awizowanych.

Podniesiono także, że zgodnie z intencją ustawodawcy, Zamawiający zdecydował, że jednym z elementów wyboru najkorzystniejszej oferty będzie kryterium społeczne, rozumiane jako uwzględnienie w procesie decyzyjnym stopnia społecznej odpowiedzialności przedsiębiorców, ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego. Zgodnie z wolą ustawodawcy, Zamawiający, w sposób wyraźny powiązał to kryterium z przedmiotem świadczeń. Nie powinno bowiem ulegać wątpliwości, że stosunek pracy odznacza się większą trwałością, zwłaszcza w odbiorze społecznym, niż jakiegokolwiek systemy motywacyjne generowane przez umowy inne niż urnowa o pracę. Osoba, z którą operator pocztowy nawiązuje stosunek pracy jest objęta ochroną ustawową, obejmującą wiele elementów, które

50

stanowią dla niej wartość skutecznie motywującą do należytego wykonywania obowiązków pracowniczych jak np.: urlop na żądanie, urlopy macierzyńskie oraz większa wiarygodność kredytowa.

Dodatkowo, w ocenie Zamawiającego, na podstawie przepisu art. 29 ust. 4 pkt 4 Pzp w zw. i art. 7 Pzp dopuszczalne, a w przypadku obecnego kształtu rynku usług pocztowych konieczne jest sformułowanie wymogu, aby zadeklarowany przez oferentów procent personelu, któremu zostanie powierzone doręczanie \ wydawanie przesyłek sądowych stanowiły osoby pozostające w stosunku pracy. Zamawiający stoi bowiem na stanowisku, że sytuacja, w której każdy z oferentów podejmuje pewne zobowiązanie do utrzymania minimalnej ilości pracowników pozostających w stosunku pracy, wykonujących określone czynności w ramach realizacji zamówienia publicznego, jest sytuacją bardziej korzystną dla

Zamawiającego, z uwagi na oczekiwaną jakość przedmiotu świadczenia, jak i oczekiwania społeczne, niż sytuacja, w której struktura zatrudnienia przedsiębiorcy będącego stroną zamówienia publicznego pozostawiona jest wyłącznie ocenie takiego przedsiębiorcy, który ze swojej natury kieruje się w pierwszej kolejności kryteriami finansowymi, a nie społecznymi.

Wskazano następnie, że nienależnie od statusu prawnego kodów pocztowych przypisanych do poszczególnych adresów na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, ani na etapie oceny ofert, ani na etapie wykonywania zamówienia publicznego, nie powstanie wątpliwość, jakie kody pocztowe są w powszechnym użyciu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Na podstawie swoich obecnych doświadczeń z wdrażaniem usługi elektronicznego potwierdzenia odbioru, Zamawiający jest przekonany, że lista kodów pocztowych jest jedynym obiektywnym kryterium weryfikowania należytego realizowania tej usługi.

Zamawiający wskazał także m.in., że jeden z sądów, na rzecz których operator pocztowy będzie zobowiązany świadczyć usługi pocztowe, będzie nadawcą znacznego wolumenu około 10.000 przesyłek pocztowych dziennie. Dodatkowo Zamawiający opisał zasady współpracy operatora pocztowego i takim nadawcą, w aspekcie technicznym, w osobnym załączniku do OPZ. W celu uniknięcia ewentualnych wątpliwości Zamawiający wskazał we wzorze umowy notoryjny fakt, iż jedynym sądem w Polsce prowadzącym elektroniczne postępowanie upominawcze jest Sąd Rejonowy Lublin-Zachód w Lublinie. W sposób oczywisty, Zamawiający będzie oczekiwał od operatora pocztowego, będącego przedsiębiorcą, zawodowym uczestnikiem obrotu na rynku pocztowym, do dochowania należytej staranności i takiej organizacji sposobu wykonania zobowiązań wykonawcy, który będzie odpowiadał właśnie tej specyfice nadawcy. Nie sposób dociec jakich jeszcze informacji wykonawca mógłby potrzebować, aby oszacować koszty świadczenia usługi w zakresie, który wykonuje również obecnie.

51

Argumentowano także, że Zamawiający określił obecny sposób współpracy Sądu Rejonowego Lublin-Zachód w Lublinie z operatorem pocztowym (który powinien być znany Odwoływającemu, który obecnie świadczy usługi pocztowe na rzecz tego Sądu) jednocześnie przewidując teoretyczną możliwość utworzenia Wydziału prowadzącego elektroniczne postępowanie upominawcze w innym Sądzie. Zasady współpracy z operatorem pocztowym, z uwagi na duży wolumen nadawany w elektronicznym postępowaniu upominawczym różnią się w stosunku do innych nadawców objętych zamówieniem publicznym przede wszystkim możliwą formą składania reklamacji oraz formą elektronicznej książki nadawczej. Zamawiający nie wykluczył jednak konieczności zmiany tych odmienności na przestrzeni 36 miesięcy wykonywania zamówienia publicznego i ewentualnej przyszłej współpracy wydziałów nadających korespondencję w elektronicznym postępowaniu upominawczym według tych samych standardów technicznych co pozostałe sądy powszechne.

W świetle powyższego stwierdzono, że Zamawiający opublikował nie tylko wszystkie informacje dotyczące zasad współpracy operatora pocztowego z wydziałem Sądu prowadzącym elektroniczne postępowanie upominawcze, ale też przekazał informacje wystarczające do podjęcia takiej współpracy. Zasady te nie uległy zmianie na przestrzeni ostatnich lat i obaj Odwoływający świadczyli usługi pocztowe na rzecz tego sądu w oparciu właśnie o te zasady.

W ocenie omawiającego, w sposób oczywisty „zakres funkcjonalny narzędzia informatycznego” a także „interfejsy wymiany danych”, których oczekuje Zamawiający zostały wyczerpująco i bardzo szczegółowo oprane w Załącznikach 5A do 5D do SIWZ. W szczególności, w treści tych załączników zostały osadzone przykładowe pliki elektronicznych książek nadawczych, zaś wskazane przez Odwoływającego pkt OPZ w sposób wyczerpujący i technologicznie neutralny wskazują oczekiwania Zamawiającego co do funkcji, jakie będzie realizować elektroniczna książka nadawcza.

Odnosnie komunikacji systemów informatycznych Zamawiający podniósł, że prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest zawarcie umowy o świadczenie usług pocztowych na rzecz niespełna 400 sądów powszechnych. W sposób oczywisty Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć dokładnego harmonogramu przekształceń infrastruktury informatycznej uwzględniającej tak wiele lokalizacji. W konsekwencji, w postanowieniach SIWZ zostały określone oczekiwania dotyczące obsługi technicznej korespondencji nadawanej przez Sądy poprzez SOP, ale z zastrzeżeniem trzech wyjątków. Pierwszym jest korespondencja nadawana w elektronicznym postępowaniu upominawczym, gdzie wraz ze wskazaniem szacunkowego wolumenu nadawanej korespondencji, Zamawiający zastrzegł konieczność

również na dotychczasowych zasadach - według wyboru Sądu, na rzecz którego świadczona będą usługi pocztowe. Oczekiwany przez zamawiającego sposób wykonywania umowy przez wykonawcę w tym zakresie nie wydaje się naruszać interesów żadnego z Odwołujących, bowiem obecny sposób wykonywania zamówienia publicznego w zakresie świadczenia usług pocztowych na rzecz Sądy Rejonowego Lublin-Zachód w Lublinie nie odbiega od zasad, zgodnie z którymi świadczenie usług pocztowych w elektronicznym postępowaniu upominawczym bym wykonywane również przez PP. Drugim wyjątkiem od modelu komunikacji nadawców z operatorem pocztowym poprzez SOP jest możliwość komunikowania wykonawcy elektronicznej książki nadawczej w formacie xml, we wszystkich przypadkach, w których integracja tych wydziałów z SOP byłaby opóźniona lub wyłączona z jakiegokolwiek powodu. Należy zatem uznać, że Zamawiający według swojej najlepszej wiedzy, stworzył wyczerpujący i zamknięty katalog form komunikacji pomiędzy systemami informatycznymi sądów powszechnych, a systemami informatycznymi operatora pocztowego, ograniczając je do dwóch form oraz pozostawiając stronom zamówienia publicznego swobodę znalezienia najlepszej, stricte technicznej formy należytego wykonania umowy, w odniesieniu do poszczególnych nadawców, na etapie realizacji.

Zamawiający podkreślił także, że żaden przepis prawa powszechnie obowiązującego nie zakazuje Zamawiającemu formułować w SIWZ wyższego standardu świadczenia usług jeżeli jest to uzasadniona obiektywnymi potrzebami. Formułując kwestionowane przez Odwołującego wymaganie, Zamawiający kierował się obiektywną potrzebą realizacji postulatów szybkości postępowania sądowego oraz prawa do sądu, dążąc do zapewnienia każdemu adresatowi możliwości odbioru korespondencji sądowej - również poza godzinami świadczenia pracy. Uwzględnienie odwołania PP w tym zakresie może skutkować utrudnieniem dostępu do odbioru korespondencji sądowej.

Odnosnie EPO Zamawiający wskazał m.in., że przedstawiony przez Odwołującego zarzut sprowadza się do żądania, aby Zamawiający zaniechał ciągłości usług świadczonych na rzecz sądów powszechnych, w zakresie elektronicznego potwierdzenia odbioru. Zamawiający posiada potrzebę zachowania ciągłości wykonywania tej usługi i za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której formułując warunki jej wykonywania miałby dopuścić do zaprzestania jej świadczenia, z uwagi na ograniczenia jednego z potencjalnych wykonawców.

Zamawiający odniósł się także szczegółowo do pozostałych zarzutów obu odwołań.

W kolejnych pismach procesowych oraz na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska i argumentację.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili: Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w sprawie o sygn. akt KIO 1040/15, oraz Ogólnopolski Związek Pracodawców - Niepublicznych Operatorów Pocztowych z siedzibą w Warszawie w sprawie o sygn. akt KIO 1043/15.

Izba na posiedzeniu nie uwzględniła opozycji zgłoszonej przez Odwołującego – Poczta Polska S.A. wobec przystąpienia złożonego przez ww. związek. W ocenie Izby zgłaszający przystąpienie w sposób należyty wykazał legitymację do skorzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 ust. 2 Pzp. W ocenie Izby okolicznością przesądzającą jest tu fakt wydania decyzji o wpisie związku na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 Pzp. Decyzja, a nie lista ogłaszana na stronie internetowej ma moc konstytutywną i rozstrzyga o legitymacji, o której mowa w art. 179 ust. 2 Pzp.

W konsekwencji Izba stwierdziła skuteczność ww. przystąpień i dopuściła zgłaszających przystąpienie do udziału w postępowaniu w charakterze uczestników.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że Odwołujący posiadają legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1

Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp, w myśl którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania, Izba uznała, że część zarzutów z obu odwołań potwierdziła się, co mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W zakresie zarzutów uwzględnionych z odwołania Polskiej Grupy Poczтовой S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej także: PGP), sygn. akt KIO 1040/15.

Izba podzieliła argumentację Odwołującego, iż koniecznym jest bardziej jednoznaczne określenie wymagań Zamawiającego w zakresie postulowanego przystosowania placówek do wymagań osób niepełnosprawnych. Zamawiający nie doprecyzował w szczególności, co

54

oznacza poczynione w specyfikacji zastrzeżenie, o braku utrudnienia dostępu osobom niepełnosprawnym.

W pierwszej kolejności należy jednak docenić słuszność i potrzebę zaakcentowania przez Zamawiającego w treści specyfikacji konieczności świadczenia usług pocztowych w sposób zapewniający dostępność tych usług dla osób niepełnosprawnych. Istnieje szereg aktów prawa, w tym aktów prawa międzynarodowego, wskazujących na potrzebę podejmowania działań nakierowanych na zapewnienie równego traktowania osób niepełnosprawnych, także w sferze dostępu do usług, co jest możliwe w szczególności poprzez likwidację istniejących barier. Warto wskazać chociażby na ustawę z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz. U. z 2010 r., Nr 254, poz. 1700 ze zm.), czy przywołać wynikający z art. 68 ust. 3 Konstytucji RP obowiązek władz publicznych do zapewnienia szczególnej opieki m.in. osobom niepełnosprawnym. Zamawiający sam odwołał się w odpowiedzi na odwołanie do pojęcia uniwersalnego projektowania, którego używa m.in. Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych z dnia 27 stycznia 2010 r.

Na gruncie ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz.U.2012.1529), ustawodawca, w art. 62 ustawy, nałożył na operatora wyznaczonego obowiązek zapewnienia osobom niepełnosprawnym dostępu do usług powszechnych. Potrzeby realizacji tego celu nie należy przy tym zawężać jedynie do operatora wyznaczonego, skoro usługi pocztowe – dla których dostęp ten powinien być także zapewniony, co wynika chociażby z konstytucyjnego zakazu dyskryminacji w życiu społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny (art. 32 ust. 2 Konstytucji RP) – realizowane są dla podmiotów publicznych nie tylko przez operatora wyznaczonego, ale również przez innych operatorów pocztowych, a więc przedsiębiorców uprawnionych do wykonywania działalności pocztowej, na podstawie wpisu do rejestru operatorów pocztowych. Skutecznym środkiem do realizacji powyższych celów mogą być m.in. zamówienia publiczne, w których strona publiczna, poprzez kształtowanie wymogów służących urzeczywistnianiu wartości, którymi kieruje się państwo, włącza się aktywnie w realizację wynikających z tych wartości obowiązków. Nie ulega wątpliwości, że chęć uzyskania zamówienia publicznego, może być dla podmiotów z sektora prywatnego, szczególną motywacją do podjęcia działań dostosowujących swoją działalność do określonych standardów. Perspektywa korzyści ekonomicznej, pomijając nawet inne korzyści biznesowe i rynkowe, które wykonawca może zdobyć z uwagi na realizację zadań objętych zamówieniami publicznymi, zwłaszcza w przetargach o znacznych wartościach, czy o zasięgu ogólnokrajowym, jest w tej materii z pewnością istotnym argumentem. Zamawiający mają możliwość wpływania w sposób realny, by przynajmniej pewne minimum rozwiązań i warunków stało się normą w procesie likwidacji tych barier.

55

Abstrahując od powyższego, to w tej sprawie zadaniem Izby była ocena, czy użyte przez Zamawiającego określenie, tj. opis odwołujący się do pojęcia „oczywistego utrudniania” wypełnia wytyczne zawarte w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 7 Pzp w kontekście zapewnienia porównywalności ofert.

Zgodnie z art. 29 Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (ust. 1). Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (ust. 2). Przepis art. 7 ust. 1 Pzp, stanowi o tym, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W niniejszej sprawie, Zamawiający w ramach tzw. warunków przedmiotowych, wskazał w Rozdziale IV pkt 3 ppkt 6 lit. e) SIWZ, że wszystkie placówki pocztowe, w których wykonawca zapewnia odbiór przesyłek sądowych umiejscowione muszą być w lokalizacjach oraz posiadać warunki lokalowe, które w sposób oczywisty nie utrudniają dostępu osobom niepełnosprawnym. Tożsamy wymóg zamawiający przewidział w pkt 21.5 Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 5 do SIWZ) oraz w § 5.4.5 wzoru umowy (załącznik nr 6 do SIWZ).

Izba uznała ostatecznie, że wskazane jest doprecyzowanie specyfikacji w zakresie, co oznacza dla Zamawiającego oczekiwanie, by placówki pocztowe w sposób oczywisty nie utrudniały dostępu osobom niepełnosprawnym. W istocie sam Zamawiający przedstawił argumentację przemawiającą właśnie za możliwością dokonania opisu w sposób bardziej jednoznaczny i wyczerpujący, a więc w sposób wymagany przepisem art. 29 ust. 1 Pzp. Zamawiający wskazał m.in., że ocena czy nie ma miejsce oczywiste utrudnienie osobie niepełnosprawnej odebrania korespondencji – cytując – „nigdy nie będzie nastręczała trudności w okolicznościach konkretnego przypadku”. Świadczy to o tym, że Zamawiającemu znane jest, co może lub nie, zostać uznane za oczywiste utrudnienie. Cel i istota wytycznych z art. 29 ust. 1 Pzp jest prosta – jeżeli daną kwestię wchodzącą w zakres przedmiotu zamówienia można opisać to należy to właśnie zrobić w sposób najpełniej oddający i obrazujący jej zakres – i w tym przypadku ograniczanie się do ogólnego pojęcia, które niewątpliwie może być bardziej doprecyzowane, nie jest działaniem, które powinno zostać uznane za wystarczające.

Wymóg wyczerpującego opisu nie oznacza w przypadku tego postępowania obowiązku tworzenia przez Zamawiającego zamkniętego katalogu wszystkich rozwiązań i warunków ułatwiających dostęp do usług pocztowych. Natomiast istnieje z pewnością możliwość stworzenia opisu, który przedstawiać będzie pewne minimum, podstawowy standard, którego spełnienie wpisuje się w pojęcie oczywistego nie utrudniania dostępu. Zamawiający

56

dysponuje w tym zakresie możliwością wskazania otwartego katalogu podstawowych rozwiązań i warunków, które dopuszcza, jako świadczących o braku oczywistego utrudnienia dostępu osobom niepełnosprawnym. Zamawiający nie powinien mieć żadnych trudności ze stworzeniem takiego katalogu. Istnieje szereg cennych źródeł – chociażby raportów i opracowań Rzecznika Praw Obywatelskich, Urzędu Komunikacji Elektronicznej czy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, które charakteryzują bariery w dostępie do usług, w tym usług pocztowych. Zamawiający, niezależnie od posiadania w tym zakresie własnej wiedzy i doświadczenia, może z nich korzystać, by w sposób bardziej pełny i precyzyjny opisać, co faktycznie oznaczać będzie dla niego postawiony w specyfikacji wymóg.

Odwolujący zasadnie argumentował, że obecna treść specyfikacji może być różnie interpretowana – bardziej lub mniej rygorystycznie. Wykonawca nie zna nawet minimum wytycznych Zamawiającego, a znaczenie pojęć „oczywistego” czy „utrudniania”, będących pojęciami ocennymi, może być szeroko i w odmienny sposób wykładane w praktyce. Konfrontując to z faktem, że to minimum może zostać niewątpliwie określone przez Zamawiającego Izba uznała za zasadne nakazanie doprecyzowania treści specyfikacji. Działanie to będzie nie tylko wypełnieniem dyspozycji z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, ale skutkować będzie także tym, że w zakresie tego wymogu zostanie zapewniona porównywalność ofert. Potrzeba doprecyzowania postawionego wymogu jest tym bardziej widoczna, gdy zważy się, że wymóg ten zamawiający uczynił tzw. warunkiem przedmiotowym.

Izba uznała także za niezbędne doprecyzowanie przez Zamawiającego podstaw i sposobu sprawdzenia wybranych placówek wykonawcy w zakresie spełnienia warunków, o których mowa w Rozdziale IV pkt 3 ppkt 6 SIWZ. W zakresie żądań Odwołującego Izba podzieliła jedynie żądanie, by Zamawiający określił, w jaki sposób i na jakich podstawach będzie dokonywał sprawdzenia spełniania warunków przedmiotowych.

W przywołanym miejscu specyfikacji Zamawiający wskazał, że przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty zastrzega sobie prawo sprawdzenia wybranych placówek wykonawcy w zakresie spełnienia warunków, o których mowa w ppkt 6 a) – g). Prawo

Zamawiającego do przeprowadzenia tego rodzaju weryfikacji nie może być kwestionowane.

Z treści specyfikacji wynika jednak, w ocenie Izby, że zamawiający określił jedynie, co będzie podstawą weryfikacji w zakresie wymogów z litery a) do c). W odniesieniu do wymogów wykazania, że wykonawca posiada: a) co najmniej jedną stałą placówkę pocztową, licząc średnio w skali kraju, przypadającą na 6000 mieszkańców na terenie gmin miejskich i gmin miejsko-wiejskich; b) co najmniej jedną placówkę pocztową, licząc średnio w skali kraju, przypadającą na 85 m² powierzchni w gminach wiejskich; c) w każdej gminie co najmniej jedną stałą placówkę pocztową, Zamawiający wskazał – po modyfikacji SIWZ z dnia 29 maja 2015 r.

57

– że podstawą weryfikacji będą dane Urzędu Statystycznego zawarte w opracowaniu pt. Powierzchnia ludności w przekroju terytorialnym w 2014 r. dostępnej pod wskazanym w SIWZ linkiem, tabeli nr 26, w którym podział administracyjny kraju został opracowany wg stanu na dzień 1 stycznia 2014 r., a liczba ludności we wszystkich jednostkach wykazana jest wg stanu na dzień 31 grudnia 2013 r., z uwzględnieniem zmian dokonanych na mocy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 lipca 2014 r. w sprawie połączenia gmin, ustalenia granic niektórych gmin i miast, nadania niektórym miejscowościom statusu miasta oraz zmiany siedziby władz gminy (Dz. U. z 2014 r., poz. 1032).

W zakresie pozostałych wymogów treść specyfikacji nie określa podstawy weryfikacji ani jej sposobu.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Na mocy delegacji zawartej w ust. 2 Prezes Rady Ministrów wydał rozporządzenie z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz.U.2013.231). Ustawodawca dostrzegł więc potrzebę, by podstawy i zasady weryfikacji, nie pozostawały niedookreślone w postępowaniu o zamówienie publiczne. Przeciwnie istnieje obowiązek, by te kluczowe dla przebiegu postępowania kwestie miały określone ramy faktyczne i prawne.

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia, postawił w tym postępowaniu określone wymagania wobec oferowanego przedmiotu, a tym samym powinien wskazać w SIWZ narzędzia, za pomocą których dokona badania zgodności oferty z jego wymaganiami. W tym przypadku Zamawiający nie określił, czy podstawą badania będą jedynie dokumenty, a jeżeli tak to jakie, jak również, czy sprawdzenie będzie polegało np. terenowej kontroli placówek. Mając na uwadze specyfikę tego postępowania oraz to, że nie można wykluczyć, że na moment wyboru oferty, placówki podane przez oferenta na potwierdzenie spełniania warunków przedmiotowych, a więc wykaz obrazujący stan rzeczy na moment złożenia oferty, mogą przykładowo już nie istnieć – dynamika życia gospodarczego nie pozwala na wykluczenie takiej sytuacji – celowe jest, by Zamawiający doprecyzował zasady weryfikacji. Wykonawca musi bowiem wiedzieć, co Zamawiający chce sprawdzać i jak oraz w jaki sposób będzie miał obowiązek dowodzenia – w przypadku powstania takiej potrzeby, że jego oferta była prawidłowa na moment jej złożenia.

58

Izba podzieliła także zasadność zarzutów i żądanie usunięcia klauzuli zawartej w § 14.3 wzoru umowy. Paragraf 14 – zgodnie z nadanym tytułem – dotyczy klauzul salwatoryjnych i zmiany umowy. Trudno uznać, by klauzula z § 14.3 nosiła w ogóle cechy klauzul salwatoryjnych, które służą zachowaniu ważności umowy pomimo, że część zawartych w niej postanowień może być obarczona sankcją nieważności. Klauzula z § 14.3 wzoru umowy zmierza do zakończenia stosunku zobowiązaniowego, a nie utrzymania mocy obowiązującej chociażby części jej postanowień. Zgodnie z brzmieniem § 14.3 wzoru umowy: „Strony ustalają, że powierzenie doręczania przesyłek sądowych operatorowi wyznaczonemu lub innemu podmiotowi, w drodze regulacji prawa powszechnie obowiązującego stanowi zaistnienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie Umowy nie leży w interesie publicznym w rozumieniu przepisu art. 145 ust. 1 p.z.p. poczynawszy od dnia opublikowania aktu prawnego wprowadzającego taką zmianę”. Zgodnie z art. 145 ust. 1 Pzp, w razie zaistnienia istotnej

zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach.

Izba podzieliła także argumentację Odwołującego, że nie jest dopuszczalne, by na tym etapie postępowania Zamawiający przesądzał o tym, że powierzenie doręczania przesyłek sądowych operatorowi wyznaczonemu lub innemu podmiotowi, w drodze regulacji prawa powszechnie obowiązującego stanowi zaistnienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym – a więc by przesądzał o zastosowaniu art. 145 ust. 1 Pzp. Słusznie argumentował Odwołujący, że okoliczność decydująca o zastosowaniu tej normy musi mieć charakter nieprzewidywalny. Tymczasem Zamawiający już teraz tą okoliczność identyfikuje, a w dodatku chce przesądzić, że wypełnia ona dyspozycję art. 145 ust. 1 Pzp. Wbrew stanowisku Zamawiającego nie sposób uznać, że § 14.3 wzoru umowy ma charakter informacyjny. Taki charakter ma postanowienie z § 12.1 wzoru umowy, gdzie wskazano, że zamawiający jest uprawniony do odstąpienia umowy w przypadkach wskazanych w przepisach prawa powszechnie obowiązującego, w szczególności art. 145 Pzp. Postanowienie z § 14.3 wzoru umowy nie ma waloru informacyjnego lecz wprost przesądza o tym, że strony ustalają dla potrzeb tej umowy, że określona okoliczność stanowi wypełnienie dyspozycji art. 145 Pzp. Wprowadzenie tego rodzaju ustaleń, nie koresponduje z celem i treścią art. 145 Pzp. Tego rodzaju działanie może być odczytywane jako wymaganie, by wykonawca, już obecnie, przyjął wobec Zamawiającego ustalenia o charakterze wiążącym, w dodatku, co do okoliczności, które w świetle art. 145 Pzp powinny być nieprzewidywalne. W szczególności nie sposób uznawać, by Zamawiający mógł w chwili obecnej ustalać, że wykonanie tej umowy nie będzie w interesie publicznym z uwagi na powierzenie przesyłek sądowych operatorowi w

59

drodze regulacji prawa powszechnie obowiązującego. Nawet gdy dojdzie do wprowadzenia tego rodzaju regulacji – gdzie nie sposób teraz oceniać jej skutków, czy przyjmować konkretnego momentu, od kiedy inny operator będzie świadczyć te usługi – to nie można już teraz wykluczać oceny przeciwnej do ustalenia wprowadzonego przez Zamawiającego, a więc, że wykonanie do końca umowy zawartej wskutek tego postępowania może jednak pozostawać w interesie publicznym. Przesądzenie tej kwestii będzie możliwe dopiero w momencie wprowadzenia tego rodzaju regulacji i z uwzględnieniem realiów, jakie będą wówczas istnieć. Dopiero na ten moment Zamawiający będzie miał podstawy do analizy zaistnienia przesłanek z art. 145 ust. 1 Pzp.

W zakresie zarzutów uwzględnionych z odwołania Poczty Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej także: PP), sygn. akt KIO 1043/15.

Izba podzieliła twierdzenia i zarzuty Odwołującego, co do niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia w części dotyczącej Elektronicznej książki nadawczej i Elektronicznej książki odbiorczej (EKN i EKO).

Izba szczegółowo przeanalizowała treść OPZ oraz załączników i doszła do przekonania, że faktycznie nie sposób wyczytać, jakie zakresy funkcjonalne czy interfejsy wymiany danych mają charakteryzować wymagane przez Zamawiającego narzędzie informatyczne. Zamawiający argumentował, że dokonał opisu w sposób precyzyjny i wystarczający do sporządzenia oferty. Zamawiający ograniczył się w tym zakresie do ogólnych wywodów i twierdzeń. Izbie nie przedstawiono, jakie konkretne zapisy definiują ww. narzędzia informatyczne, ich zawartość i funkcje, oraz nie wykazano, że obecna treść i forma zapisów specyfikacji tworzy czytelny i pełny obraz wymogów Zamawiającego, w tym nie przedstawiono Izbie przykładowych książek, do których odwoływał się Zamawiający.

W pkt 24 OPZ, Zamawiający wskazał, że wykonawca będzie zobowiązany, na własny koszt doręczyć i zapewnić należyte funkcjonowanie, w każdym Sądzie, narzędzia informatycznego zapewniającego możliwość rozliczenia nadanej korespondencji w danym okresie rozliczeniowym oraz integrację tego systemu z narzędziami informatycznymi, wskazanymi przez Zamawiającego.

W pkt 24.1 OPZ, Zamawiający dokonał rozwinięcia wymogów z pkt 24 OPZ, wskazując, że wykonawca będzie zobowiązany przyjmować od każdego nadawcy elektroniczną książkę nadawczą za pośrednictwem web service, w formacie odpowiadającym strukturze opisanej w Załączniku 5B Opis Techniczny EPO.

Następnie w pkt 25 OPZ, Zamawiający przewidział także, że wykonawca będzie zobowiązany, na własny koszt doręczyć i zapewnić należyte funkcjonowanie, w każdym Sądzie, narzędzia informatycznego zapewniającego możliwość rozliczenia odebranej korespondencji w danym dniu oraz integrację tego systemu z narzędziami informatycznymi, wskazanymi przez Zamawiającego, za pośrednictwem elektronicznej książki nadawczej, odpowiadającej funkcjonalnościom, o których mowa w postanowieniach pkt 24 powyżej.

W § 6.1 wzoru umowy Zamawiający wskazał, że niezależnie od zobowiązania wykonawcy, do integracji z systemami informatycznymi opisanymi w postanowieniach § 7 Umowy, Wykonawca zobowiązuje się utrzymać gotowość do udostępnienia Jednostkom rzetelnych informacji o zakresie obejmującym funkcjonalności opisane w Załączniku nr 4 do Umowy – „Opis Przedmiotu Zamówienia”, jako elektroniczna książka nadawcza, śledzenie przesyłek i elektroniczna książka odbiorcza.

Powyższe zapisy cechuje niejednoznaczność. Punkt 24.1 OPZ stanowi o przyjmowaniu od nadawcy (a więc sądu) EKN w formacie odpowiadającym strukturze opisanej w załączniku 5B. Nie można z tego wywnioskować jednoznacznie, co doręczyć ma wykonawca. Pkt 25 OPZ w ogóle nie opisuje elektronicznej książki odbiorczej – jego treść skupia się na elektronicznej książce nadawczej o funkcjonalnościach, które ma charakteryzować pkt 24. Pkt 24 nie wskazuje wprost na konkretne funkcjonalności, a w zakresie struktury odsyła do załącznika 5B, którego analiza także nie daje jasnego obrazu wymogów związanych z EKN i EKO. Załącznik ten definiuje jedynie elektroniczną książkę nadawczą – elektroniczna struktura danych zawierająca spis przesyłek rejestrowanych przekazywanych przez sąd operatorowi pocztowemu do doręczenia – a dalsza jego treść także nie pozwala na odkodowanie wymogów, które należy przypisać właśnie tym narzędziom informatycznym. Funkcjonalności opisane natomiast w § 7 umowy dotyczą innych, określonych narzędzi informatycznych i wskazane jest, by Zamawiający w sposób bardziej czytelny sprecyzował, które spośród nich, ewentualnie czy także inne w tym paragrafie nie ujęte, dotyczą EKN i EKO.

Przewidywany po stronie wykonawcy obowiązek dostarczenia i zapewnienia funkcjonowania EKN i EKO dotyczy stworzenia określonego narzędzia informatycznego o funkcjach kluczowych dla współpracy między stronami umowy. Już sama ta okoliczność wymaga precyzyjnego, czytelnego i pełnego opisanie wymogów Zamawiającego, także, gdy weźmie się pod uwagę okoliczność, że wadliwie działające narzędzia mogą wpływać na poziom świadczenia usługi, a w konsekwencji na obciążanie wykonawcy przewidywanymi karami umownymi. Tymczasem Zamawiający poświęcił ww. narzędziom dwa ogólne punkty OPZ, które w dodatku odsyłają, w sposób nieczytelny, do innych części SIWZ, dotyczących

odrębnych narzędzi informatycznych. Zamawiający argumentował przed Izbą, że w treści OPZ znajduje się zapis o „odpowiedniej” strukturze, czy funkcjonalnościach, a więc nie tożsamej do EPO, którego dotyczy załącznik 5B. Potwierdza to jedynie, że tak przyjęty opis nie przedstawia w sposób precyzyjny wymagań Zamawiającego. Wykonawca musi w konsekwencji wyinterpretować, co z danej struktury czy funkcjonalności może być „odpowiednie”.

Konieczne jest doprecyzowanie powyższych kwestii, tak by specyfikacja dawała wykonawcy przejrzysty obraz wymagań Zamawiającego. Zamawiający zobowiązany jest bowiem do jednoznacznego formułowania postanowień specyfikacji tak, aby wykonawcy składający ofertę byli świadomi rzeczywistego zakresu zamówienia, jego warunków, okoliczności wpływających na jego realizację oraz mieli możliwość rzetelnego obliczenia ceny za wykonanie zamówienia (vide przykładowo: wyrok KIO z dnia 14 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2251/14).

Izba pozostawiła jednocześnie Zamawiającemu swobodę, co do formy tego doprecyzowania. Czy zostanie to dokonane poprzez stworzenie odrębnych załączników, czy poprzez wprowadzenie systemu czytelnych odesłań to już pozostaje w gestii Zamawiającego.

Izba uwzględniła także zarzut dotyczący dni i godzi funkcjonowania placówek pocztowych, ale jedynie w aspekcie nadmierności tego wymogu, jako tzw. warunku przedmiotowego.

Zgodnie z Rozdziałem IV pkt 3 ppkt 6 lit. d) SIWZ, Zamawiający wymaga w ramach tzw. warunków przedmiotowych, że wszystkie placówki, w których wykonawca zapewnia

odbiór przesyłek sądowych, muszą być czynne we wszystkie dni robocze przez co najmniej 6 godzin dziennie, w tym w jeden dzień roboczy w tygodniu do godziny 20:00 lub w soboty przez co najmniej 3 godziny.

Zamawiający weryfikuje spełnianie warunków przedmiotowych przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Odnosząc powyższe do warunków tego postępowania, w zakresie godzin i dni pracy placówek pocztowych, wykonawca musiałby najpóźniej na dzień składania ofert przeorganizować swoją dotychczasową działalność, tak by placówki były czynne przez co najmniej 6 godzin dziennie, w tym w jeden dzień roboczy w tygodniu do godziny 20:00 lub w soboty przez co najmniej 3 godziny. W konsekwencji jedynie dla potrzeb złożenia oferty, bez gwarancji wykonywania zamówienia, wykonawca musiałby wprowadzić zmiany w zakresie funkcjonowania kilku tysięcy placówek, co oczywiście musi wiązać się ze znacznymi kosztami oraz trudnościami organizacyjnymi, czy koniecznością ustalenia z pracownikami lub innymi osobami/podmiotami współpracującymi z wykonawcą nowych zasad (godzin lub dni). Izba

62

podzieliła argumentację Odwołującego, że żadne uzasadnione względy i potrzeby Zamawiającego nie przemawiają za tym, by oczekiwać od wykonawców, by już na moment składania ofert zmieniali dni bądź godziny pracy placówek. Zamawiający nie przedstawił w tej materii przekonującej i rzeczowej argumentacji, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że wymóg otwarcia placówek stwarza możliwość zweryfikowania, czy wykonawca będzie należycie wykonywał zamówienie, a taka konstrukcja pozwala na sprawdzenie tego już na etapie wyboru oferty. Przy skali tego zamówienia jest to wymóg, który niesie ze sobą zarówno ogromne koszty jak i trudności organizacyjne. Dla Zamawiającego istotne jest, by na etapie realizacji tego zamówienia placówki były czynne ww. godziny i dni. Ważąc racje i interesy stron oraz wymóg zachowania warunków, które nie są nadmierne oraz nie utrudniają uczciwej konkurencji, Izba uznała ostatecznie, że Zamawiający powinien przenieść swoje oczekiwania w tym zakresie już na etap realizacji umowy.

Izba podzieliła także twierdzenia Odwołującego o ogólnym brzmieniu zmiany umowy przewidzianej w § 14.4.2. wzoru umowy. Zgodnie z art. 144 ust. 1 Pzp, zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Zamawiający zgodnie z art. 144 ust. 1 Pzp uprawniony jest do przewidywania zmian umowy, jednak przepis wymaga, by jednocześnie określone zostały warunki tej zmiany, co w tym przypadku nie zostało dochowane. Jednocześnie Izba wskazuje, że przepis ten – odnoszący się do zmiany umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego, może być zatem naruszony przez Zamawiającego w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy Zamawiający wprowadza do umowy w sprawie zamówienia publicznego zmiany, które mają charakter istotny w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy do realizacji zamówienia i jeżeli możliwości takiej zmiany i jej warunków nie przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przywołane przez Odwołującego okoliczności mogły być oceniane, co najwyżej, jako mogące mieć wpływ na brak możliwości przygotowania i wyceny oferty w danym postępowaniu przez wykonawcę i naruszenia w tym względzie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

W analizowanym § 14.4.2 wzoru umowy Zamawiający przewidział zmianę jednostkowej ceny brutto oraz zmianę całkowitego wynagrodzenia brutto wykonawcy, w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zmianę, w szczególności w przypadku zmiany warunków świadczenia usług. Posłużenie się ogólnym zwrotem „okoliczności uzasadniających zmianę” nie może być uznawane za wypełnienie dyspozycji art. 144 ust. 1

63

Pzp, przewidującej obowiązek określenia warunków przewidywanej zmiany. Jednocześnie, analizowane postanowienie umowy dotyczy istotnych elementów umowy związanych z ceną oraz całkowitym wynagrodzeniem brutto wykonawcy. Brak sprecyzowania warunków zmiany tych kluczowych dla wykonawcy elementów może skutkować brakiem możliwości wyceny ryzyk związanych z realizacją zamówienia, a w konsekwencji rzutować na możliwość

przygotowania i wyceny oferty.

Doprecyzowania wymaga także § 10.14.3 wzoru umowy, gdyż przepisy prawa wskazują stronę adresową przesyłki, jako miejsce nanoszenia adnotacji o awizowaniu. Paragraf 10.14 wzoru umowy dotyczy kar umownych związanych z formularzem zwrotnego potwierdzenia odbioru. Analiza dalszej części umowy nakazuje wniosek, że postanowienia z tego paragrafu dotyczą formularzy papierowych. Przesyłce z elektronicznym potwierdzeniem odbioru Zamawiający poświęcił bowiem odrębny § 10.15. W § 10.14.13 wzoru umowy Zamawiający przewidział karę umowną za brak adnotacji o dwukrotnym awizowaniu przesyłki sądowej, ze wskazaniem dat awizowania lub wskazaniu błędnych dat awizowania. Przepisy rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 października 2010 r. w sprawie szczegółowego trybu i sposobu doręczania pism sądowych w postępowaniu cywilnym (Dz.U.2013.1350) - § 7 ust. 1 pkt 1; § 8 ust. 2 pkt 2; oraz rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 grudnia 2014 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu doręczania pism sądowych w postępowaniu karnym (Dz.U.2015.82) - § 6 ust. 1; mówią o dokonywaniu zaznaczeń w kwestiach awizowania na adresowej stronie przesyłki, a nie na formularzu odbioru.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołanie Polskiej Grupy Pocztovej S.A. z siedzibą w Warszawie oraz odwołanie Poczty Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie, podlegały oddaleniu. Izba w pełni podzieliła zasadność krytycznej oceny twierdzeń Odwołujących oraz argumentację i wywody Zamawiającego przedstawione w odniesieniu do poszczególnych zarzutów – uznając je tym samym za własne. W zakresie oddalonych zarzutów Izba nie uznała także znaczenia dowodowego dokumentów składanych przez Odwołujących, gdyż nie dotyczyły one kwestii mogących zostać uznane za istotne z punktu widzenia istoty zarzutów oraz powołanych przepisów prawa. Dodatkowo Izba wskazuje na następujące podstawy swojego rozstrzygnięcia.

W odniesieniu do zarzutów wspólnie podnoszonych przez obu Odwołujących, a dotyczących kar umownych i zasad oraz zakresu odpowiedzialności operatora na gruncie ustawy Prawo pocztowe.

64

Zgodnie z art. 87 ust. 1 Prawa pocztowego do odpowiedzialności operatorów pocztowych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej stosuje się ustawę z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Stosownie do art. 87 ust. 3 ww. ustawy, 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: 1) wskutek siły wyższej; 2) z przyczyn występujących po stronie nadawcy lub adresata, niewywołanych winą operatora pocztowego; 3) z powodu naruszenia przez nadawcę lub adresata przepisów ustawy albo regulaminu świadczenia usług pocztowych lub powszechnych; 4) z powodu właściwości przesyłanej rzeczy.

W myśl art. 87 ust. 5 ustawy operator pocztowy odpowiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi pocztowej w zakresie określonym ustawą, chyba że niewykonanie lub nienależyte jej wykonanie: 1) jest następstwem czynu niedozwolonego; 2) nastąpiło z winy umyślnej operatora; 3) jest wynikiem rażącego niedbalstwa operatora.

Przepis art. 88 Prawa pocztowego określa z kolei zdarzenia będące podstawą odpowiedzialności i wysokość (zasady jej ustalania) przysługującego odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania usługi powszechnej (ust. 1) oraz z tytułu usługi pocztowej nie będącej usługą powszechną (ust. 4).

W ocenie Izby przepisy Prawa pocztowego nie zakazują Zamawiającemu stosowania kar umownych, w szczególności, jako instrumentu służącego zapewnieniu odpowiedniego poziomu jakości świadczonych usług. Przepisy te odnoszone muszą być bowiem do odpowiedzialności *stricto* odszkodowawczej. Kary umowne, pomimo że orzecznictwo i doktryna akcentuje ich główny – kompensacyjny – charakter, pełnią natomiast także inne funkcje, obok funkcji odszkodowawczej. Są m.in. narzędziem o funkcji mobilizującej i dyscyplinującej stronę umowy do należytego wykonywania umowy. Zadania te można określić mianem funkcji stymulacyjnej kary umownej, bowiem zastrzeżenie kary umownej ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania (zob. P. Drapała (w:) *System...*, s. 957). Zastrzeżenie kary umownej jest więc środkiem juretrycznym, mającym na

celu wzmocnienie więzi między stronami (W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, s. 340) – zob. Kodeks cywilny. Komentarz do art. 483, Rzetecka-Gil Agnieszka, LEX/el 2011.

Zamawiający ma prawo korzystać z tych funkcji kar umownych po to, by zapewnić sobie możliwie szeroki wachlarz gwarancji, że wykonawca będzie wykonywał zamówienie publiczne w sposób oczekiwany przez zamawiającego, terminowy i zgodny z wymaganymi standardami. Prawo pocztowe nie zawiera szczególnej regulacji dotyczącej kar umownych, a

65

tym samym nie sposób uznawać, by art. 87 ust. 1 *in fine*, wyłączał w całości instytucję kar umownych, wraz z różnymi jej funkcjami i celami wypracowanymi na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego. W zakresie kar umownych treść wzoru umowy nie stanowi przy tym, by były zastrzegane tytułem kompensacji szkody, co nakazuje właśnie wniosek, że służą one innym funkcjom. W kwestii odpowiedzialności *stricte* odszkodowawczej zamawiający odwołuje się natomiast do zasad wynikających z Prawa pocztowego i całościowa analiza treści umowy pozwala na ocenę, że zamawiający w sposób czytelny oddziela obie te kwestie. Analiza poszczególnych postanowień umowy pozwala także na wykładnię, jakie naruszenia Zamawiający opatrzył sankcją kary umownej i brak jest podstaw do wywodzenia, że postanowienia umowy wzajemnie ze sobą nie korespondują. Dodatkowo, należy wskazać, że wykonawcy przysługuje sądowa droga do kwestionowania ewentualnie wadliwej wykładni postanowień, która będzie miała miejsce na etapie realizacji umowy, bądź do korzystania z innych środków ochrony przysługujących wobec kar umownych na gruncie procedury cywilnej.

Ponadto, nie istnieją racjonalne powody, by uznawać, że pozycja operatora pocztowego jest, aż tak dalece uprzywilejowana względem Zamawiającego, tym bardziej że na efekt końcowy w postaci należytego wykonania usługi pocztowej składa się szereg innych obowiązków wykonawcy, co do których nie sposób przyjmować, by Prawo pocztowe wprowadzało limitowanie odpowiedzialności operatora. Szczególny dysonans widoczny był w stanowisku i wywodach PGP. Odwołujący z jednej strony dążył w istocie do wyeliminowania kar umownych wobec podmiotu będącego operatorem pocztowym, a z drugiej strony wskazywał na praktykę ich stosowania przez operatora pocztowego wobec osób wykonujących usługi z ramienia wykonawcy, jego podwykonawców czy współpracowników. Wykonawca dał wyraz temu, że kary umowne także dla niego stanowią instrument służący zapewnieniu jakości usług (a nie, jedynie jako źródło kompensacji szkody), potwierdzając tym samym, zdaniem Izby, różnorodność funkcji i celów kary umownej, a jednocześnie wykonawca odmawiał Zamawiającemu prawa do korzystania z tego instrumentu w tożsamych celach. Nie zostało również w żaden sposób wykazane przed Izbą, by wysokość zastrzeżonych kar umownych cechowała się rażącym wygórowaniem. Tytułem uwagi ogólnej należy wskazać, że odwołanie składane do Izby jest środkiem ochrony prawnej a nie narzędziem do negocjacji z Zamawiającym i do domagania się – z uwagi na adhezyjny charakter wzoru umowy określonego przez jedną stronę stosunku zobowiązaniowego – modyfikacji czy doprecyzowania przez Izbę postanowień umowy w sposób korzystny i uznawany przez potencjalnego oferenta za pożądany i właściwy.

66

W zakresie pozostałych nieuwzględnionych zarzutów z odwołania Polskiej Grupy Poczтовой S.A. z siedzibą w Warszawie.

W odniesieniu do „Godzin otwarcia placówek pocztowych” to w niniejszej sprawie nie istniała podnoszona przez Odwołującego wątpliwość, na jaki moment Zamawiający będzie sprawdzał spełnienie warunku przedmiotowego. Nie istniała także wątpliwość, co do pracy w dni ustawowo wolne od pracy. W żadnym miejscu specyfikacji Zamawiający nie wskazywał na obowiązek świadczenia usługi w dni wolne od pracy. Kwestie dotyczące weryfikacji warunku przedmiotowego z Rozdziału IV pkt 3 ppkt 6 lit. d) SIWZ, straciły przy tym na aktualności w związku z uznaniem przez Izbę argumentacji drugiego Odwołującego, a w konsekwencji nakazaniem, by wymogi związane z dniami i godzinami otwarcia placówek pocztowych Zamawiający ograniczył do etapu realizacji zamówienia.

W odniesieniu do „Wyznaczonego stanowiska”, Zamawiający w Rozdziale IV pkt 3 ppkt 6 lit. f) oraz w § 5.4.6 wzoru umowy – po modyfikacji dokonanej w dniu 29 maja 2015 r. –

zastrzegł, że „we wszystkich placówkach pocztowych, w których Wykonawca zapewnia odbiór przesyłek sądowych, wydawanie przesyłek sądowych musi być przeprowadzone przy specjalnie wyznaczonym do tego stanowisku, oddzielonym od wszelkich innych czynności wykonywanych w takiej placówce odbiorczej, innych niż świadczenie usług pocztowych, w sposób wyraźny i jednoznaczny, zapewniający bezpieczeństwo tajemnicy korespondencji oraz powagę odbioru korespondencji sądowej”.

Odwołujący dokonał, w ocenie Izby, stopniowania swoich żądań. Odwołujący podnosił bowiem brak podstaw do uniemożliwienia wykonywania na tym samym stanowisku innych usług pocztowych, niż tylko wydawanie przesyłek sądowych – w tym zakresie Zamawiający dokonał modyfikacji specyfikacji i na moment wyrokowania spór nie istniał. Dalej idące żądania Odwołującego dotyczyły natomiast dopuszczenia także innego rodzaju czynności o charakterze handlowym i biznesowym – Odwołujący wskazywał na działalność bankową, ubezpieczeniową czy handlową, przywołując m.in. możliwość zakupu przy stanowiskach konkurenta różnego rodzaju artykułów, w tym artykułów biurowych.

Izba nie uznała przedmiotowych żądań za zasadne. Zamawiający przedstawił rzeczowe argumenty przemawiające za wprowadzonym ograniczeniem. Należy w szczególności podkreślić, że wymogi stawiane przez Zamawiającego nie wynikają z arbitralnej decyzji, by akurat w tym właśnie postępowaniu poczynić dodatkowe obostrzenia, lecz stanowią m.in. konsekwencję dotychczasowych doświadczeń, w tym skarg i problemów, jakie zaistniały przy odbiorze korespondencji sądowej – a tym samym wpisują się one w uzasadnione potrzeby Zamawiającego, które nabrały aktualności i znaczenia w świetle doświadczeń i

67

wiedzy Zamawiającego. W zakres uzasadnionych potrzeb Zamawiającego wpisuje się z pewnością potrzeba wyeliminowania lub zminimalizowania, w ramach zlecenia kolejnej usługi, dowolności w stosowaniu – dla wydawania przesyłek o charakterze sądowym – rozwiązań czy organizacji pracy na stanowiskach do wydawania przesyłek, które w ocenie Zamawiającego nie poprawiają jakości świadczenia usługi, a nawet przeciwnie – mogą ją obniżać.

Postawione ograniczenie znajduje tym samym, w ocenie Izby, oparcie w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego, w tym w potrzebie zapewnienia bezpieczeństwa korespondencji sądowej, sprawnego przebiegu procesu ich doręczania i zachowania wymogów dotyczących tajemnicy tej korespondencji. Są to niewątpliwie wartości fundamentalne dla Zamawiającego i nie sposób uznać, by Zamawiający musiał od nich odstępować 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. Zamawiający nie zakazuje wykonawcy prowadzenia tego rodzaju działalności w danej placówce, wymaga jedynie by nie łączyć jej ze stanowiskiem do wydawania korespondencji i jest to w ocenie Izby wymagania współmierne, jak również odpowiadające potrzebom Zamawiającego wynikającym z charakteru i specyfiki przedmiotu zamówienia. W sposób wyraźny Zamawiający dał wyraz swoim potrzebom także w preambule wzoru umowy, gdzie wskazano m.in. na obiektywne przyczyny skutkujące powstaniem tych potrzeb po stronie Zamawiającego – cytując – „zważywszy, że świadczenie usług pocztowych na rzecz sądów powszechnych, w zakresie doręczania korespondencji sądowej, w latach 2014-2015 było przedmiotem skarg dotyczących staranności doręczycieli, ilości przesyłek zagubionych, braku ich należytego zabezpieczenia, niewystarczającej troski o każdą indywidualną przesyłkę sądową oraz dotyczącą jej reklamację, powstaje konieczność zwrócenia szczególnej uwagi na te elementy świadczenia usług pocztowych na rzecz sądów powszechnych”.

Izba nie uznała przy tym, by Zamawiający miał obowiązek bardziej szczegółowego definiowania pojęcia „powagi odbioru korespondencji sądowej”. Wykonawca ograniczył się w tej materii do ogólnikowego twierdzenia, bez podjęcia chociażby próby sprecyzowania na czym ma polegać niedookreśloność tego pojęcia oraz w jaki sposób miałyby ona zostać usunięta. W ocenie Izby tej ogólnej klauzuli nie należy kwalifikować, jako nieprecyzyjny opis, zwłaszcza gdy nie jest celowym bądź możliwym poszukiwanie jakiejś uniwersalnej treści przedmiotowego pojęcia, którego znaczenie jest w dodatku w sposób powszechny odkodowywane.

W odniesieniu do „Lokalizacji placówek”, Izba wskazuje, że Zamawiający zastrzegł na etapie realizacji zamówienia, że co najmniej jedna stała placówka pocztowa, licząc średnio w

68

skali kraju, przypada na 6000 mieszkańców na terenie gmin miejskich i gmin miejsko-wiejskich; co najmniej jedna placówka pocztowa, licząc średnio w skali kraju, przypada na 85 km² powierzchni w gminach wiejskich; w każdej gminie co najmniej jedna stała placówka pocztowa (pkt 21.1 – 21.3 OPZ). Następnie w pkt 21.4 OPZ, Zamawiający wskazał, że lokalizacja placówek pocztowych, o których mowa w postanowieniach pkt 0 do 0 powyżej, uwzględnia występujące na danym obszarze zapotrzebowanie na usługi. Izba krytycznie oceniła wywoływanego, że nie jest zrozumiały charakter postanowienia z pkt 21.4 OPZ. Jest to argumentacja tym bardziej niezrozumiała, jeżeli weźmie się pod uwagę – jak podnosił Zamawiający – że tożsamy zapis zawarty jest w obecnie wykonywanym zamówieniu, którego Odwołujący jest stroną. Odwołujący ograniczył się w zakresie tego wymogu jedynie do ogólnikowych twierdzeń. Postawiony wymóg odpowiada przepisom prawa powszechnie obowiązującego i Izba nie znalazła żadnych podstaw, by nakazywać Zamawiającemu modyfikacji w tym zakresie. W istocie całe brzmienie pkt 21.1 – 21.4 powiela wymogi przewidziane w § 24 rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego (Dz.U.2013.545). Zamawiający ma prawo korzystania ze standardów wyznaczonych przepisami prawa, a postawiony wymóg realizuje potrzebę zapewnienia na etapie realizacji umowy, że sieć pocztowa będzie dostosowywana do ilości adresatów na danym obszarze.

W odniesieniu do „Wadliwości kryteriów oceny ofert”:

W zakresie kryterium społecznego, Izba wskazuje, że Zamawiający przyjął następujące kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty: 1) cena z wagą 70%; 2) wolumen doręczenia D+5 z wagą 5%; 3) Termin zwrotu z wagą 5%; 4) Obszar dostępności EPO z wagą 5%; 5) społeczne z wagą 15% (Rozdział VI pkt 1 SIWZ). Jako sposób wyliczenia punktów w kryterium społecznym Zamawiający wskazał, że kryterium rozumiane jest jako procent osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, z ogólnej liczby osób, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia w zakresie doręczenia i wydawania przesyłek sądowych (tj. doręczyciele-listonosze, osoby wydające korespondencję), z uwzględnieniem personelu podwykonawców.

W pkt 22.1 OPZ, Zamawiający zastrzegł, że z uwagi na konieczność zapewnienia najwyższego standardu dbałości o przestrzeganie przepisów prawa, w zakresie doręczenia i wydawania przesyłek sądowych, wymagającą stałego nadzoru oraz oceniając, że wzrost procentowego udziału osób zatrudnionych przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia na podstawie stosunku pracy, zwłaszcza w zakresie doręczenia i wydawania przesyłek sądowych, daje większą rękojmię należytego dokonywania doręczeń przesyłek sądowych osobom uprawnionym do ich odbioru, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 29 ust. 4 pkt 4 w zw.

69

z art. 36 ust. 2 pkt 9 p.z.p. Wykonawca będzie zobowiązany zapewnić, że realizacja przedmiotu zamówienia, w zakresie doręczenia i wydawania przesyłek sądowych, a w szczególności doręczenia i wydawania przesyłek sądowych nadanych z elektronicznym potwierdzeniem odbioru, będzie wykonywana przez osoby, spośród których osoby pozostające w stosunku pracy będą stanowić wskazany w ofercie procent wszystkich osób, którym Wykonawca powierzy realizację przedmiotu zamówienia w zakresie doręczenia i wydawania przesyłek sądowych, z uwzględnieniem personelu podwykonawców i samych podwykonawców.

W preambule do wzoru umowy Zamawiający także zwrócił uwagę na kwestie szczególnie dla niego istotne wskazując m.in., że istnieje obiektywna konieczność zapewnienia najwyższego standardu dbałości o przestrzeganie przepisów prawa w zakresie szeroko rozumianego sposobu doręczenia korespondencji sądowej, wymagające stałego nadzoru i stosunku pracowniczego podporządkowania oraz, że wzrost procentowego udziału osób zatrudnionych przy wykonywaniu Umowy na podstawie stosunku pracy, należy ocenić jako sytuację dającą większą rękojmię należytego dokonywania doręczeń korespondencji sądowej jej adresatom.

W ocenie Izby Zamawiający nie dopuścił się żadnych naruszeń w zakresie przyjętego kryterium, jak również wagi tego kryterium. Postawiony przez Zamawiającego wymóg w pełni koresponduje z zasadami i celami nowelizacji Prawa zamówień publicznych, na mocy której ustawodawca położył nacisk na potrzebę stosowania klauzul społecznych, w tym potrzebę i możliwość wymagania przez zamawiających od wykonawców zatrudniania na podstawie umowy o pracę. Izba w pełni uznała argumentację Zamawiającego, że zgodnie z intencją ustawodawcy zastosował to kryterium i powiązał je z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z art. 29 ust. 4 pkt 4 Pzp, zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności.

W myśl art. 91 ust. 2 Pzp kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji.

W uzasadnieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2014.1232), ustawodawca wskazał m.in., że najpełniejszą ochronę prac osób wykonujących pracę najemną zapewnia umowa o pracę. Dotyczy to tak aspektów

70

dotyczących samego stosunku pracy (przede wszystkim wynagrodzenia co najmniej równego wynagrodzeniu minimalnemu za pracę), jak i zabezpieczenia w razie choroby, czy wypadku. Wszystkie te funkcje gwarancyjne są kosztowne. Przedsiębiorcy zatrudniający na podstawie umowy o pracę ponoszą znacznie większe koszty od przedsiębiorców angażujących personel w inny sposób. Warunek angażowania personelu na podstawie umowy o pracę nie ogranicza konkurencji w dostępie do zamówień publicznych (podkreślenie Izby). Należy bowiem odróżnić warunki uczestnictwa w postępowaniu, które wykonawca musi wykazać najczęściej już na etapie ubiegania się o zamówienie. W przypadku warunku umownego wykonawca może jedynie zobowiązać się do zawarcia umów o pracę dopiero na potrzeby wykonania zamówienia, a więc gdy uzyska zamówienie. Zgodnie z art. 22 §1 1 Kodeksu pracy "nie jest dopuszczalne zastąpienie umowy o pracę umową cywilnoprawną przy zachowaniu warunków wykonywania pracy". To oznacza, że jeżeli praca jest wykonywana w miejscu i czasie wskazanym przez pracodawcę, oraz pod jego kierownictwem, to należy stosować umowę o pracę. W związku z tym, jeżeli przedmiotem zamówienia publicznego są czynności, których wykonywanie odpowiada warunkom wykonywania pracy, bowiem jest określone miejsce i czas wykonywania czynności, to postawienie warunku zatrudnienia personelu na podstawie umowy o pracę jest w pełni uzasadnione. Z pragmatycznego punktu widzenia skutki są nawet dalej idące. Praworządni przedsiębiorcy są stopniowo eliminowani z rynku zamówień publicznych. Tolerowanie nieformalnego zatrudnienia na rynku zamówień publicznych niesie za sobą osłabienie pewności obrotu gospodarczego. Koszty tego procesu ponoszą nie tylko pracodawcy, ale także ich pracownicy, system zabezpieczenia społecznego, system opieki zdrowotnej i w konsekwencji - budżet państwa. Obecny stan wymaga pilnej i radykalnej poprawy. Wydatki publiczne powinny wspierać rzetelnych i praworządnych uczestników rynku i ich pracowników. Stąd, w przypadku, gdy charakter zamówienia publicznego to uzasadnia, potrzebne jest wyraźne upoważnienie zamawiających do stawiania warunku angażowania personelu na podstawie umowy o pracę. Należy jednak podkreślić, że wymóg zatrudnienia na umowę o pracę powinien być dopuszczalny jedynie wówczas, gdy jest to "uzasadnione charakterem zamówienia", a więc organizacja realizacji zamówienia pociąga za sobą określone miejsce, czas i kierownictwo wykonawcy (podwykonawcy) nad zaangażowanym personelem. Ponieważ nie jest możliwe abstrakcyjne określenie tych sytuacji w ustawie PZP, decyzję o skorzystaniu z upoważnienia przewidzianego w proponowanym art. 29 ust. 4 pkt 4 każdorazowo podejmowałby sam zamawiający.

W ocenie Izby, charakter tego zamówienia, w tym czynności, które będą w ramach jego realizacji wykonywane, wypełniają warunki z art. 29 ust. 4 pkt 4 Pzp. Zamówienia publiczne muszą być postrzegane także jako instrument realizacji społecznych obowiązków państwa, w

71

tym obowiązku ochrony stosunku pracy i jego promocji, ograniczania dowolności podmiotów rynkowych, co do formy współpracy z osobami przewidzianymi do realizacji zamówienia publicznego i dowolności w zastępowaniu umów o pracę, umowami cywilnoprawnymi, w szczególności tam, gdzie charakter czynności wykonywanych w ramach zamówienia publicznego w sposób naturalny nasuwa wniosek o istnieniu zbioru cech, które ustawodawca wyspecyfikował w uzasadnieniu ustawy nowelizującej.

. W żadnym stopniu postawione kryterium nie może być postrzegane jako utrudnienie konkurencji. Wykonawca ma obowiązek jedynie zadeklarowania, jaki procent osób będzie

zatrudniał na umowę o pracę. Do jego decyzji pozostaje strategia budowania swojej oferty, w tym czy w większym stopniu zdecyduje się na konkurowanie poziomem zatrudnienia na umowę o pracę, czy też – z uwagi na stosowanie innych form współpracy nie generujących takich kosztów, jak stosunek pracy – ceną za wykonanie usługi lub innymi kryteriami. Izba wskazuje przy tym, że naturalnym jest również to, że jednego rodzaju kryteria, jedni wykonawcy spełniają „lepiej”, a inni „gorzej”. Taki bowiem jest charakter kryteriów oceny ofert. Zamawiający w oparciu o przepisy ustawy Pzp nie ma obowiązku precyzowania kryteriów oceny ofert w taki sposób, aby w równym stopniu spełniać oczekiwania każdego z wykonawców na danym rynku usług. Przyjęta przez Zamawiającego waga przedmiotowego kryterium nie jawi się, jako nadmierna. W tym zakresie Odwołujący nie przedstawił przekonującej i rzeczowej argumentacji – za taką nie można bowiem uznawać jedynie odwoływanie się do potencjalnej przewagi konkurenta.

Reasumując, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał w żaden sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Naturalnym stanem rzeczy jest sytuacja, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy konkurują ze sobą na zasadach uczciwej konkurencji, w oparciu o różne kryteria oceny ofert opisane przez Zamawiającego. Obecnie ustawodawca w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp wprowadził nawet co do zasady obowiązek stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert. Argumenty, czy dowody podnoszone w zasadzie dla wykazania, że także z wykorzystaniem umów cywilnoprawnych można świadczyć usługi na odpowiednim poziomie jakości nie mogły zostać uznane za przesądzające o wadliwości działań Zamawiającego.

Istotnym dla wyniku tej sprawy nie było rozstrzygnięcie, czy za pomocą umów cywilnoprawnych można także wykonywać określone usługi na właściwym, bądź nawet lepszym, poziomie – tak, jak wskazywał Odwołujący za pomocą szerszego wachlarza środków dyscyplinujących osoby zaangażowane do realizacji zadań (np. wysokie kary umowne), czy poprzez brak ograniczeń odpowiedzialności odszkodowawczej (jak ma to miejsce w stosunku do pracowników – przy czym należy wskazać, że ograniczenie odpowiedzialności materialnej

72

dotyczy szkody wyrządzonej z winy nieumyślnej, przepis art. 122 Kodeksu pracy stanowi bowiem, że jeżeli pracownik umyślnie wyrządza szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia w pełnej wysokości) – ale istota dotyczyła tego, czy wymóg zatrudnienia na umowę o pracę powinien zostać uznany za dopuszczalny z uwagi na charakter niniejszego zamówienia – a więc, czy zgodnie z art. 29 ust. 4 pkt 4 Pzp, postawiony wymóg znajduje uzasadnienie w przedmiocie lub charakterze czynności wykonywanych w trakcie realizacji zamówienia. W ocenie Izby fakt spełnienia tych przesłanek w tym postępowaniu jest oczywisty. Świadczenie usług pocztowych niewątpliwie wymaga takiej organizacji, gdzie określone jest miejsce, czas realizacji zadań, a w dodatku po stronie wykonawcy musi istnieć atrybut w postaci możliwości sprawowania kierownictwa nad zaangażowanym personelem. Brak któregokolwiek z tych elementów nie pozwalałby na należyte wykonywanie zadań na rzecz Zamawiającego.

Nie można także zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że kryterium to ma na celu wyłącznie preferowanie konkretnego wykonawcy, który będzie mógł wykazać do realizacji zamówienia nieograniczoną ilość osób, bez względu na faktyczne zapotrzebowanie w tym zakresie związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Kwestionowane kryterium oceny ofert odnosi się bowiem wprost do pracowników, którzy będą wykorzystywani *stricto* do realizacji niniejszego zamówienia.

W odniesieniu do „Kryterium obszaru dostępności EPO” Zamawiający wskazał w SIWZ, że kryterium to rozumiane jest jako procent wszystkich kodów pocztowych, będących w powszechnym użyciu na terenie RP (zgodnie z Oficjalnym Spisem Poczтовых Numerów Adresowych, wprowadzonym 1 stycznia 1973 r. Zarządzeniem Nr 89 Ministra Łączności z 17 listopada 1972 r. opracowanym i aktualizowanym przez Poczta Polska). W ocenie Izby, Odwołujący nie udowodnił, by lista kodów pocztowych nie mogła stanowić obiektywnego kryterium weryfikacji. Izba w pełni podzieliła w tej materii stanowisko Zamawiającego, jak również argumentację Przystępującego. Potencjalna możliwość zmiany kodów nie może w szczególności sama w sobie świadczyć o uprawdopodobnieniu naruszenia uczciwej konkurencji. Zarzut oparty został na założeniu, że konkurent – dla partykularnych celów tego postępowania – będzie dokonywał zmian w oficjalnym spisie kodów. Nie sposób przyjąć zasadności tego rodzaju sposobu argumentacji i dowodzenia Zamawiającemu dopuszczania się do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Pomijając, że nawet jeden przykład, tego rodzaju działań nie został przytoczony, to wykonawca, który uważa, że inny podmiot funkcjonujący na

rynku dopuszcza się działań naruszających uczciwą konkurencję, dysponuje środkami do dochodzenia swoich interesów w trybie przewidzianym m.in. w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 ze zm.).

W odniesieniu do kryterium ceny – stawka podatku VAT, Izba wskazuje, że z ustawy Pzp nie wynika dla zamawiającego obowiązek wyodrębnienia w formularzu cenowym kwoty podatku. To na wykonawcy spoczywa obowiązek uwzględnienia podatku w cenie oferty. Zamawiający jest więc uprawniony do tego, aby wymagać podania w ofertach wyłącznie ceny brutto. Już w wyroku z dnia 20 stycznia 2011 r., Izba wskazała, że „z przepisu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z 2001 r. o cenach nie wynika obowiązek wskazania, wyodrębnienia kwoty podatku, lecz jedynie ujęcia jej w cenie. Zamawiający jest uprawniony do tego, aby po rozważeniu charakteru przedmiotu postępowania, wymagać podania w ofertach wyłącznie ceny brutto”. Powyższe stanowisko zachowuje aktualność także na gruncie obecnie obowiązującej ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług, do której art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2, odsyła art. 2 pkt 1 Pzp. Na marginesie należało wskazać, że we wcześniejszym postępowaniu, Zamawiający także nie wyodrębniał pozycji netto w formularzu cenowym, tym bardziej nieuprawnione i niezrozumiałe za razem, były wywody na temat braku możliwości wykonania umowy, czy potrzebie zapewnienia uczciwej konkurencji poprzez umożliwienie wykonawcom innym niż Poczta Polska S.A. dokonania oceny dopuszczalności zastosowania zwolnienia ze stawki VAT. Brak wyodrębnienia nie uniemożliwia tego rodzaju weryfikacji.

W kwestii kryterium ceny – „cena za usługę potwierdzenia odbioru”, w ocenie Izby Odwołujący nie uprawdopodobnił, by przyjęta konstrukcja ocen ofert – w zakresie tego zarzutu odnosząca się do dwóch z szeregu innych pozycji formularza cenowego – mogła rzeczywiście utrudniać uczciwą konkurencję lub zaburzać porównywalność ofert.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów dotyczących wadliwości opisu przedmiotu zamówienia oraz treści umowy, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał podstawowej okoliczności – mianowicie, by kwestionowane postanowienia umowy naruszały przywołane w petitum oraz w uzasadnieniu odwołania przepisy prawa. Nie zostało w szczególności wykazane, by zamawiający wyszedł poza granice swobody kontraktowania; by kwestionowana treść umowy naruszała zasady współzycia społecznego, bądź była sprzeczna z przepisami prawa lub by celem tych postanowień było obejście przepisów prawa, jak również by postanowienia te naruszały zasady wynikające z art. 7 i 29 Pzp.

W ocenie Izby przewidziane treścią specyfikacji, w tym treścią umowy obowiązki wykonawcy, co do których odwołujący argumentował o ich niejednoznaczności, mieszczą się także w granicach normalnego ryzyka wykonawcy związanego z realizacją tego zamówienia. Należy to w szczególności odnieść do obowiązku przeszkolenia oraz do żądania określenia maksymalnej liczby punktów nadawania przesyłek. Zamawiający w sposób przekonujący argumentował, że tego rodzaju ograniczenie mogłoby negatywnie wpłynąć na funkcjonowanie sądów, a ponadto Odwołujący nie wykazał, by częstotliwość potencjalnych zmian – mając na

uwadze stałą strukturę sądów – była tak duża, że wykonawca rzeczywiście nie jest w stanie skalkulować ryzyka i wycenić swoją ofertę.

Ponadto, Izba krytycznie ocenia argumentację o wadliwości specyfikacji – dotyczy to kwestii relacji specyfikacji do ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U.2014.1182 ze zm.) – wywodzoną w zasadzie z założenia, że na etapie realizacji umowy Zamawiający będzie działał niezgodnie z prawem, w tym, że będzie wymagał od wykonawcy przekazywania danych w sposób naruszający przepisy ww. regulacji. Przepis art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. c) Pzp wskazuje, że w przypadku, gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera również, jeżeli zamawiający przewiduje wymagania, o których mowa w art. 29 ust. 4, określenie w szczególności: uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 4, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań. W okolicznościach niniejszej sprawy brak było podstaw do uznania, by Zamawiający wyszedł poza dyspozycję ww. przepisu.

W odniesieniu do „Opisu usług kurierskich” żądania Odwołującego zmierzały w istocie do tego, by ograniczyć przedmiot zamówienia i realizować taki zakres zadań, które nie obejmuje w sposób całościowy wszystkich uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.

Zamawiający w sposób rzeczowy uzasadnił powody i potrzeby przesyłania przesyłek o wadze większej, niż 20 kg. Ponadto, Zamawiający wskazał, że znaczenie ustawowe należy przypisywać wskazanym w SIWZ pojęciom, chyba, że Zamawiający nadał im inną treść. W konsekwencji Zamawiający był uprawniony do własnego zdefiniowania wymaganych usług, a odstąpienia od definicji ustawowych, w tym w zakresie przesyłki kurierskiej, nie mogą świadczyć o działaniu niezgodnie z przepisami prawa. Zamawiający trafnie argumentował, że żaden przepis prawa nie zakazuje realizacji tego rodzaju usług. Jest więc logicznym, że zapotrzebowanie na realizację tego rodzaju świadczeń Zamawiający może zaspokoić właśnie w ramach prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne. Jako całkowicie bezzasadne i nie potwierdzone należało także uznać wywody dotyczące terminu zwrotu przesyłki kurierskiej. Zamawiający przedstawił w tej materii rzeczowe i przekonujące argumenty obalające sposób wnioskowania Odwołującego.

Odnosząc się do kolejnych, poszczególnych postanowień wzoru umowy zakwestionowanych przez Odwołującego Izba wskazuje, że:

W kwestii gwarancji doręczeń – Zamawiający udzielił wyjaśnień wskazując, że gwarantowane wolumeny dotyczą wyłącznie przesyłek krajowych. Na moment rozstrzygania sprawy wątpliwość, na której osadzał się zarzut Odwołującego przestała istnieć. Podtrzymywanie zarzutu w tej sytuacji, w istocie nie ze względu na dalsze istnienie sporu, lecz

75

z uwagi na to, że dla Odwołującego wyjaśnienia udzielone w tej materii w trybie art. 38 Pzp nie są wystarczające, należało uznać za bezzasadne.

Odnosnie zarzutu dotyczącego § 4 pkt 4.3 i 4.8. wzoru umowy, Odwołujący ograniczył się jedynie do ogólne stwierdzenia, że nie jest możliwe weryfikowanie zawartego w nim wymogu. Teza ta nie została w żaden sposób udowodniona, ani nawet uprawdopodobniona. Odwołujący poprzestał przy tym jedynie na tym, że kwestionuje brzmienie tego punktu, nie wskazując żadnego konkretnego żądania.

Odnosnie § 4 pkt 4.7 wzoru umowy – to wbrew twierdzeniom Odwołującego postanowienie w nim zawarte cechuje się jednoznacznością i wprost wskazuje, że wolumeny będą obliczane osobno dla każdej jednostki i wskazany przez te jednostki punktów nadawania i odbioru korespondencji. Nie istniała w tym zakresie żadna nieprecyzyjność, która w dodatku mogłaby świadczyć o naruszeniu przywołanych przez Odwołującego przepisów prawa.

Następnie Odwołujący nie przedstawił żadnej rzeczowej argumentacji dlaczego postulowane określenie zasad zawarcia ewentualnie umowy w zakresie przetwarzania danych osobowych miałyby już na tym etapie stanowić obowiązek Zamawiającego i dlaczego brak tych zasad miałyby naruszać wskazane w odwołaniu przepisy. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że kwestionowany § 6 pkt 6.7 wzoru umowy ma charakter informacyjny i nawet przy jego braku zakres obowiązków wykonawcy nie uległby zmianie. Co także istotne w świetle tego postanowienia to stroną inicjującą zawarcie umowy jest wykonawca, to on ma bowiem złożyć ofertę. Akcentowany przez Odwołującego aspekt ewentualnego wynagrodzenia zależy więc od tego z jaką ofertą zechce wystąpić wykonawca, a także od tego, do jakich ustaleń strony dojdą ostatecznie w trakcie przyszłych ewentualnych negocjacji. Celem tego zapisu nie jest określanie już na ten moment zasad tego rodzaju umowy, ale jedynie określenie, w jaki sposób ma do tej umowy dojść, jeżeli zajdzie konieczność jej zawarcia.

Nie zasługiwały na uwzględnienie także twierdzenia Odwołującego dotyczące niejednoznaczności wymagań związanych ze specyfiką elektronicznego postępowania upominawczego i szczególnymi wymogami związanymi z obowiązkiem należytego funkcjonowania, jak na razie jedynej jednostki, gdzie funkcjonuje to postępowanie odrębne. Trafnie wskazał Zamawiający, że odwołanie nie precyzowało żadnych informacji, które wykonawca musiałby dodatkowo pozyskać dla oszacowania swojej oferty oraz dla określenia zasad przyszłej współpracy. W istocie zarzut koncentrował się na użyciu przez zamawiającego zwrotu „szczególne wymogi”. W ocenie Izby Zamawiający wypełnił ten zwrot w sposób wystarczająco precyzyjny i kompleksowy treścią zawartą w specyfikacji, w tym w powołanym

76

opisie technicznym EPU, a dodatkowo specyfika tego postępowania jest niewątpliwie znana

podmiotom działającym na rynku.

Krytycznie należało ocenić zarzut dotyczący przewidzianego środka nadzoru w postaci żądania dokumentów i informacji. Wbrew twierdzeniom Odwołującego zamawiający – poprzez zwrot „związanych z wykonaniem umowy” – określił, jakie kopie dokumentów oraz informacje mogą być żądane od wykonawcy. Postawiony w tym zakresie zarzut nie miał na celu wyeliminowanie niezgodności treści specyfikacji z przepisami prawa – takowych wadliwości odwołujący w istocie nie sprecyzował, ani nie udowodnił – lecz zarzut ten stanowił w ocenie Izby próbę wynegocjowania, by Zamawiający wprowadził bardziej szczegółowe zapisy, które ułatwią wykonawcy działania na etapie realizacji zadania, w sytuacji gdy Zamawiający skorzysta z prawa nadzoru.

Izba nie uznała także zarzutu, iż sposób określenia przesłanek odstąpienia od umowy narusza wskazane przez Odwołującego przepisy prawa, a w konsekwencji, że zawarte we wzorze umowy przesłanki odstąpienia nie pozwalają na sporządzenie oferty z uwzględnieniem ryzyk występujących przy realizacji świadczenia. Twierdzenia Odwołującego zostały w ocenie Izby oparte o fragmentaryczną analizę treści umowy. Odwołujący podając w podstawie § 10.19 umowy – dla porządku wymaga wskazania, że kwestionowana treść umowy znajduje się w § 10.18 – pominął brzmienie § 12.2 gdzie określono precyzyjnie kiedy Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy. Izba uznała przy tym argumentację Zamawiającego, że tożsame postanowienie jest zawarte w obecnie wykonywanym kontrakcie, którego stroną jest Odwołujący – co obala twierdzenie o braku możliwości sporządzenia oferty z uwzględnieniem ryzyk, skoro bowiem przy takim samym postanowieniu wykonawca potrafił wcześniej je oszacować, złożyć ofertę, a nawet wygrać, to trudno uznać, by obecny kształt wzoru umowy faktycznie wyłączał taką możliwość, w dodatku Odwołujący nie przedstawił żadnej rzeczowej argumentacji, czy dowodów na poparcie swoich twierdzeń.

Oдноśnie przywołanego § 12.2 pkt 1 wzoru umowy to zarzut Odwołującego abstrahował od brzmienia wzoru umowy. Odwołujący wskazał, że rażąco niezasadne byłoby odstąpienie od umowy już w przypadku opóźnienia jednodniowego w dostarczeniu korespondencji w odniesieniu do 120 przesylek. Analizowany pkt wzoru umowy nie mówi w ogóle o liczbie 120 przesylek lecz o 120 dniach roku kalendarzowego stanu nienależytego wykonywania umowy. Przewidzianej przez Zamawiającego podstawy odstąpienia nie sposób uznawać za sprzeczną z przepisami prawa, czy to zamówień publicznych, czy Kodeksu cywilnego, w szczególności nie sposób przyjąć, by Zamawiający przyznał dla siebie uprawnienie naruszające w sposób rażący interes wykonawcy. Przewidziany mechanizm odstąpienia wymaga wcześniejszego pisemnego wezwania wykonawcy – a więc w istocie daje

77

wykonawcy dodatkową szansę i możliwość uchronienia się przed sankcją w postaci odstąpienia, także poprzez to, że dzięki wezwaniu wykonawca będzie wiedział, gdzie Zamawiający dostrzega niewykonywanie bądź nienależyte wykonywanie umowy. Ponadto stan nienależytego wykonywania umowy Zamawiający odnosi do wszystkich jednostek, a dodatkowo warunkuje sankcję odstąpienia tym, że stan ten musi przekroczyć 120 dni roku kalendarzowego. Musi zaistnieć więc kumulacja szeregu warunków by po stronie Zamawiającego zaktualizowała się możliwość odstąpienia. W kwestii tego zarzutu należy dodatkowo wskazać, że odwołujący ograniczył się do ogólnego stwierdzenia o niejednoznaczności § 12.2.1 wzoru umowy i do przytoczenia przykładu abstrahującego od jego treści, bez podania dalszej argumentacji, czy chociażby żądania, co do sposobu zmiany. Ponadto należy pamiętać, że wykonawca, jako strona umowy ma także możliwość dochodzenia przed sądem swoich racji i obrony swoich interesów przed niezgodnym, w jego ocenie, działaniem drugiej strony stosunku zobowiązaniowego.

Oдноśnie definicji „awizowania”, Izba wskazuje dodatkowo, że Zamawiający poczynił generalne założenie, że użytym słowom należy przypisywać znaczenie ustawowe, chyba że Zamawiający nadał im inną treść (pkt 2 OPZ).

Izba w pełni podzieliła również argumentację Zamawiającego dotyczącą pkt 11 OPZ, gdzie Zamawiający wskazał m.in., że wykonawca będzie uprawniony do wysyłania adresatom elektronicznych powiadomień o awizowaniu przesyłki sądowej, na podstawie zawartych z nimi Umów. Izba nie dopatrzyła się żadnego naruszenia powołanych w odwołaniu przepisów prawa w związku z wprowadzeniem przedmiotowego postanowienia, o charakterze informacyjnym i zachęcającym operatora pocztowego do oferowania adresatom możliwości wysyłania powiadomień o możliwości odebrania awizowanej przesyłki za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, po wcześniejszym podpisaniu na życzenie konkretnych adresatów

stosowanych umów. Swoboda kontraktowania z pewnością nie zabrania zawierania tego rodzaju umów, czy proponowania ich zawarcia i nie sposób uznać, by doszło w tej materii do niezgodności z przepisami prawa powszechnie obowiązującego.

W zakresie wszystkich nieuwzględnionych zarzutów Izba końcowo uznała, że treść specyfikacji nie narusza art. 29, art. 7 Pzp oraz innych przepisów prawa wskazanych w treści odwołania. Odwołujący nie udowodnił, ani nie uprawdopodobnił swoich twierdzeń, ponadto Izba wskazuje, że żądania odwołania zostały w dużej mierze sformułowane w sposób bardzo ogólny, wręcz blankietowy.

78

W zakresie pozostałych nieuwzględnionych zarzutów z odwołania Poczty Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie.

W odniesieniu do wymagań co do sieci placówek – godzin i dni funkcjonowania na etapie realizacji zamówienia – Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał głównej tezy, a więc konieczności odstąpienia od wymogów postawionych przez Zamawiającego. Przedmiot tego zamówienia, w tym cel realizowanych zadań – związanych m.in. ze sprawnością przebiegu postępowań sądowych i tworzenie dogodnych warunków odbioru korespondencji sądowej – w pełni uzasadnia godziny i dni pracy placówek przyjęte przez Zamawiającego. Jest to także z pewnością z korzyścią dla ogółu społeczeństwa i zgodne z jego oczekiwaniami. Ponadto, sam Odwołujący wskazał, że warunki z przywołanego rozporządzenia jest są wiążące dla zamawiających, jeśli chodzi o ustalenie warunków, jakim odpowiadać ma sieć placówek wykonawcy.

Izba nie znalazła podstaw od uznania wywodów i żądań dotyczących algorytmu kodów i konieczności nakazania Zamawiającemu zmiany tego algorytmu. W pkt 33 OPZ, Zamawiający wskazał, że wykonawca będzie zobowiązany zapewnić, iż przesyłki pocztowe nadawane przez sądy będą otrzymywać indywidualne oznaczenie, umożliwiające ich jednoznaczny identyfikację, zgodnie z następującymi wymogami: pkt 33.1 wykonawca będzie zobowiązany zapewnić algorytm generowania kodów indywidualizujących przesyłki pocztowe nadawane przez poszczególnych nadawców. Algorytm, o którym mowa w zdaniu poprzednim będzie składał się z 14 cyfr, pozwalających na przyporządkowanie każdej przesyłki nadanej z wykorzystaniem takiego kodu do każdego z poszczególnych wydziałów Jednostek.

Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia stosownie do swoich potrzeb. Skoro Zamawiający stosuje 14-sto cyfrowy numer nadania to w pełni uzasadnione jest oczekiwanie od wykonawcy zapewnienia takiego właśnie algorytmu generowania kodów. Izba nie znalazła żadnych przesłanek by nakazywać Zamawiającemu dostosowanie swojego systemu – co jednocześnie wiązałoby się z koniecznością poniesienia przez Zamawiającego kosztów – do tego, co stosuje Odwołujący. Relacja jest tu przeciwna – to wykonawca chcący współpracować z zamawiającym musi dostosować się do potrzeb zamawiającego.

Krytycznie Izba oceniła także zarzuty dotyczące niejednoznaczności kanałów komunikacji.

Izba w pełni podzieliła argumentację Zamawiającego i uznała wagę wyjaśnień podnoszących okoliczność, że Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć dokładnego harmonogramu przekształceń infrastruktury informatycznej uwzględniającej tak wiele lokalizacji. W konsekwencji, w postanowieniach SIWZ zostały określone oczekiwania

79

dotyczące obsługi technicznej korespondencji nadawanej przez Sądy poprzez SOP, ale z zastrzeżeniem trzech wyjątków. Należy zatem uznać, że Zamawiający według swojej najlepszej wiedzy, stworzył wyczerpujący i zamknięty katalog form komunikacji pomiędzy systemami informatycznymi sądów powszechnych, a systemami informatycznymi operatora pocztowego, ograniczając je do dwóch form oraz pozostawiając stronom zamówienia publicznego swobodę znalezienia najlepszej, stricte technicznej formy należytego wykonania umowy, w odniesieniu do poszczególnych nadawców, na etapie realizacji. Całościowa analiza treści specyfikacji świadczy o tym, że Zamawiający – stosownie do swoich możliwości i posiadanych informacji – sprecyzował kanały komunikacji, w tym wskazał na przykładowo akceptowane, a tym samym wykonawca posiada wiedzę, jakie rozwiązania Zamawiający

dopuszcza, co stanowi zakres informacji, który należy uznać za wystarczający do sporządzenia oferty.

Odwołujący nie wykazał następnie zasadności żądania wprowadzenia jednolitego terminu w przypadku zmiany systemu informatycznego oraz zmiany zasad komunikacji. Izba podzieliła argumentację Zamawiającego, że § 6.3 wzoru umowy dotyczy zmiany wyłącznie zasad komunikowania. Zgodnie z jego brzmieniem wykonawca zobowiązuje się zapewnić komunikację swoich systemów informatycznych z systemami informatycznymi Jednostek za pośrednictwem usług sieciowych (ang. *web services*) oraz innych form przekazu informatycznego, zgodnie ze specyfikacją techniczną, która stanowi Załączniki nr 4, 5A, 5B i 5C do Umowy. W przypadku zmiany zakresu lub struktury elektronicznej książki nadawczej lub innych danych umożliwiających monitorowanie statusu przesyłek nadanych lub środków ich przekazywania Wykonawcy w formie elektronicznej, Wykonawca zobowiązuje się niezwłocznie wdrożyć zmiany w swojej strukturze informatycznej, nie później niż w terminie miesiąca od otrzymania informacji o zakresie zmian od Zamawiającego. Odwołujący nie wykazał przy tym, by zastrzeżony termin miesięczny uniemożliwiał realizację zadań związanych tylko ze zmianą zasad komunikowania.

Krytycznie Izba oceniła także argumentację Odwołującego odnoszącą się do kwestii wymogów, które aktualizują się w sytuacji, gdy przesyłka jest dostarczana świadkom koronnym, a w konsekwencji do żądania wprowadzenia obowiązku wykazania się przez oferenta posiadaniem odpowiedniego świadectwa bezpieczeństwa.

Zarzut został oparty na błędnym założeniu, że w ramach tego zamówienia Zamawiający – nie respektując szczególnych zasad wynikających z przepisów prawa – będzie dostarczał tego rodzaju korespondencję za pośrednictwem operatora nie posiadającego świadectwa bezpieczeństwa. Jak wskazano wcześniej, Izba krytycznie ocenia argumentację o wadliwości specyfikacji wywodzoną w zasadzie z założenia, że na etapie realizacji umowy

80

Zamawiający będzie działał niezgodnie z prawem. W zakresie tego zarzuty argumenty odwołania stanowiły własne nieuprawnione przypuszczenia Odwołującego, które w żaden sposób nie zostały udowodnione.

Odnosnie „Poleconej-e”, Izba wskazuje, że Zamawiający poczynił generalne założenie, że użytym słowom należy przypisywać znaczenie ustawowe, chyba że zamawiający nadał im inną treść. Ponadto żądanie Odwołującego sprowadzające się w istocie do tego, by Zamawiający nie wykorzystywał usługi EPO w odniesieniu do paczek pocztowych pozostaje w jawnej sprzeczności z celami wprowadzenia elektronicznego potwierdzenia odbioru, określonymi przez prawodawcę w uzasadnieniach projektów rozporządzeń zmieniających tryb i sposób doręczania pism sądowych w procedurze cywilnej i karnej. Nie istnieją żadne racjonalne względy by odmawiać Zamawiającemu potrzeby dążenia do skrócenia czasu przepływu informacji o przesyłce, a w konsekwencji do skrócenia czasu procedury sądowej, także gdy w danej sprawie przesyłką muszą być objęte paczki.

W odniesieniu do wartości przesyłki kurierskiej, w ocenie Izby Zamawiający w sposób rzeczowy uzasadnił potrzebę nadawania przesyłek kurierskich o dowolnie oznaczonej wartości. Obowiązki wynikające z tego wymogu po stronie wykonawcy mieszczą się także, zdaniem Izby, w granicach normalnego ryzyka wykonawcy związanego z realizacją tego zamówienia. Odwołujący nie wykazał przy tym ostatecznie, na jakim poziomie wartość ta winna zostać ustalona i nie sposób było uznać, by sprostano w tym zakresie ciężarowi dowodowemu.

W odniesieniu do żądania wprowadzenia dłuższych terminów dla uruchomienia i realizacji EPO, Izba wskazuje w pierwszej kolejności, że argument, iż inny wykonawca – wskutek dotychczasowej współpracy z zamawiającym – może posiadać pewną przewagę rynkową nie świadczy automatycznie o naruszeniu zasady równego traktowania, ani nie uprawdopodobnia opisanego przedmiotu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

To, że dotychczasowemu wykonawcy może być łatwiej wykonać określone obowiązki, że może to zrobić szybciej i mniejszym nakładem pracy, nie stanowi jeszcze o tym, że dochodzi do utrudnienia uczciwej konkurencji. Jest to pewna przewaga rynkowa, będąca zjawiskiem naturalnym, natomiast nie jest obowiązkiem Zamawiającego niwelowanie tej przewagi, kosztem swoich uzasadnionych potrzeb, w celu stworzenia Odwołującemu warunków, które wykonawca ten uważa za dogodne dla siebie.

Indywidualny interes wykonawcy nie może stawiać ponad tym, co jest uzasadnionym – m.in. specyfiką tego zamówienia – wymogiem zamawiającego. To, że jeden wykonawca może

mieć większą skalę trudności w przystąpieniu do wykonania zadania nie jest wystarczającą podstawą do dowodzenia zachwiania uczciwej konkurencji w ubieganiu się o zamówienie.

81

Stworzenie warunków uczciwej konkurencji i równego traktowania nie oznacza także, że Zamawiający ma odstąpić od pewnym zasadniczych kwestii i dawać wykonawcom tak długi czas, jaki uważają oni za właściwy dla uzyskania takiej pozycji startowej przy wykonaniu zadania, jaką pozycję może mieć inny wykonawca.

Ponadto, w ocenie Izby zarzut i twierdzenia Odwołującego zmierzały w istocie do tego, by wprowadzić taki termin, by Odwołujący – przewidujący, że konkurent korzystający z wypracowanych doświadczeń może mieć przewagę – także miał możliwość podania 100 procentowej wartości w ramach kryterium oceny ofert.

Zamawiający nie wymaga 100% realizacji od początku świadczenia usług – minimum to 50% kodów pocztowych. Wykonawca powinien realnie ocenić, jaki procent jest w stanie obsługiwać na początku realizacji usług i dać temu wyraz w treści oferty, a nie domagać się takiej modyfikacji specyfikacji, by stowrzyć mu, kosztem potrzeb zamawiającego, takie terminy, które pozwolą od razu na oferowanie 100%. Tak zaś Izba oceniła argumentację odwołującego – który podnosił m.in. jaką ilość sprzętu, czy przeszkolenia ludzi będzie zmuszony zakupić i przeprowadzić, żeby realizować od początku zadanie w 100%. Należy przy tym wskazać, że argumenty o braku możliwości zakupu sprzętu w terminie przewidzianym przez zamawiającego, czy przeszkolenia personelu, nie zostały w żaden sposób udowodnione.

Końcowo Izba wskazuje, że uwzględnienie żądania w sposób sformułowany w treści odwołania mogło by prowadzić do sprzeczności treści umowy z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Przykładowo, zgodnie z § 13a rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 października 2010 r. w sprawie szczegółowego trybu i sposobu doręczania pism sądowych w postępowaniu cywilnym, jeżeli warunki techniczne sądu wysyłającego oraz operatora na to pozwalają, formularz potwierdzenia odbioru, o którym mowa w § 2 ust. 2, ma postać elektroniczną i jest przekazywany za pomocą systemu teleinformatycznego służącego do obsługi elektronicznego formularza potwierdzenia odbioru sądu wysyłającego. Jak wynika z tego przepisu, co potwierdza także uzasadnienie projektu rozporządzenia zmieniającego, założeniem wprowadzonej regulacji jest to, że powyższy sposób jest obowiązkowy i będzie miał zastosowanie wówczas, kiedy warunki techniczne na to zezwolą. W każdym sądzie, w którym wdrożono system teleinformatyczny służący do obsługi elektronicznego formularza odbioru, będzie istniał obowiązek używania tego systemu. W swoim żądaniu Odwołujący wnosił natomiast o wprowadzenie postanowień, iż wykonawca zobowiązuje się świadczyć usługę elektronicznego potwierdzenia odbioru dla adresów obejmujących następujący procent kodów pocztowych, będących w powszechnym użyciu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej: [% wskazany w ofercie, nie mniej niż 50%] kodów

82

pocztowych (PNA) na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, począwszy od pierwszego dnia po upływie 3 (i 9) miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług przez wykonawcę, zgodnie z postanowieniami § 11 ust. 1 umowy. Zwrot „począwszy od pierwszego dnia po upływie 3 miesięcy” wskazuje, że w okresie poprzedzającym ten moment „startowy”, wykonawca mający możliwość świadczenia usługi na określonym poziomie (przykładowo 100%) musiałby w świetle tego postanowienia wstrzymać się z tym działaniem do momentu nastąpienia pierwszego dnia po upływie 3 miesięcy. Byłaby to sytuacja nie do pogodzenia z ww. regulacją, która przesądza o tym, że gdy po stronie sądu i po stronie operatora istnieją warunki techniczne to aktualizuje się obowiązek stosowania EPO. Sposób zredagowania żądanej modyfikacji potwierdza, że w tym zakresie Odwołujący kierował się jedynie własnymi potrzebami – w zasadzie chęcią stworzenia zapisów dających możliwość zadeklarowania w ofercie 100% w kryterium oceny ofert – a nie potrzebami i sytuacją Zamawiającego. Jak wskazano wcześniej, w istotę kryterium oceny ofert wpisuje się natomiast to, że jedni wykonawcy spełniają je „lepiej”, a inni „gorzej”.

Na moment wyrokowania nie istniała już także podnoszona przez Odwołującego sprzeczność między oświadczeniem dotyczącym placówek a brzmieniem specyfikacji. W toku rozprawy Zamawiający przedstawił rzeczowe i przekonujące argumenty w tej materii.

W zakresie wszystkich nieuwzględnionych zarzutów Izba końcowo uznała, że treść specyfikacji nie narusza art. 29, art. 7 Pzp oraz innych wskazanych w treści odwołania, a Odwołujący nie udowodnił, ani nie uprawdopodobnił swoich twierdzeń.

Jednocześnie Izba pozostawiła do decyzji Zamawiającego ewentualną potrzebę przesunięcia terminu składania ofert.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z uwzględnieniem odwołań Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołujących uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołań, a w odniesieniu do Poczty Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie – poniesione także z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, o co Odwołujący wnosił, składając jednocześnie fakturę VAT (§ 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

83

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

84