

Sygn. akt: KIO 1607/15

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk
Członkowie: Magdalena Rams
Ewa Sikorska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2015 r. przez wykonawcę **InPost S.A, ul. Malborska 130, 30-624 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwową Inspekcję Pracy Główny Inspektorat Pracy, ul. Barska 28/30, 02-315 Warszawa**

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

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **InPost S.A, ul. Malborska 130, 30-624 Kraków** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **InPost S.A, ul. Malborska 130, 30-624 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 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 Warszawie** .

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1607/15

Uzasadnienie

Państwowa Inspekcja Pracy Główny Inspektorat Pracy z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usług pocztowych dla jednostek organizacyjnych Państwowej Inspekcji Pracy”. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 8 kwietnia 2015 r. pod nr 2015/S 068-122083.

W postępowaniu tym wykonawca InPost S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 27 lipca 2015 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Zarzuty odwołania dotyczą czynności modyfikacji postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), o której Zamawiający poinformował wykonawców w dniu 16 lipca 2015 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał pozostałym wykonawcom, poprzez zamieszczenie na stronie

internetowej, w dniu 28 lipca 2015 r. Do Prezesa Izby w dniu 31 lipca 2015 r. wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego złożone przez wykonawcę Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”) po stronie Zamawiającego. Kopia zgłoszenia została przekazana stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 5 sierpnia 2015 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ustawy Pzp, poprzez zmianę treści SIWZ w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie odnoszącym się do wadliwie ustalonego kryterium oceny ofert „liczba pracowników”,
- 2) art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ustawy Pzp, poprzez nieprecyzyjne określenie opisu kryterium oceny ofert „liczba pracowników”.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ w zakresie kryterium oceny ofert „liczba pracowników”, umożliwiającej złożenie wszystkim zainteresowanym wykonawcom oferty na równych zasadach i z poszanowaniem zasady konkurencyjności, tj.: zmianę opisu oraz sposobu oceny ofert w kryterium „liczba pracowników” w sposób określony w dalszej części odwołania.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podniósł, że Zamawiający w dniu 16 lipca 2015 r. dokonał zmiany treści SIWZ, która polegała, między innymi, na wprowadzeniu nowego kryterium oceny ofert - „liczba pracowników”, którego waga została ustalona na poziomie 10%. Jednocześnie też Zamawiający, dokonując opisu sposobu oceny ofert w kryterium „liczba pracowników”, wskazał, że ocena punktowa zostanie obliczona według wzoru: liczba pracowników z oferty ocenianej do największej liczby pracowników z oferty, którą wskazał największą liczbę placówek x 100 x 10%. Podkreślił przy tym, że stosunek liczby pracowników z oferty, w której wykazano największą liczbę placówek, w jego ocenie, stanowi jedynie oczywistą omyłkę pisarską, i w istocie jest to stosunek liczby pracowników z oferty ocenianej do liczby pracowników z oferty, w której wskazano ich największą liczbę. Podniósł, że Zamawiający dookreślił sformułowanie „pracownik”, występujące we wskazanym wzorze, jako „liczbę osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, które będą doręczać i odbierać pocztę, z uwzględnieniem podwykonawców i pracowników podwykonawców (listonosz/doręczyciel/kurier i osoba odbierające pocztę z jednostki organizacyjnej Państwowej Inspekcji Pracy) i wskazał, że przy ocenie ofert będzie brał pod uwagę liczbę pracowników wynikającą z formularza oferty.

Zdaniem Odwołującego wskazane kryterium narusza zasadę uczciwej konkurencji i równości wykonawców, przy czym podkreślił, że nie kwestionuje samej zasadności wprowadzenia kryterium społecznego, ale sposób obliczania tego kryterium. W jego ocenie przy tak sformułowanym kryterium oceny ofert faworyzowany jest faktycznie jeden z operatorów pocztowych - Poczta Polska S.A., który, do niedawna monopolista na rynku usług pocztowych, posiada największą liczbę osób zatrudnionych na podstawie umów o pracę. Powołał się przy tym na komunikat Poczty Polskiej S.A. zamieszczony na stronie internetowej operatora wyznaczonego, z którego wynika, że Poczta Polska S.A. zatrudnia na umowach o pracę blisko 80 000 osób. Wskazał, że w przypadku Poczty Polskiej S.A.

stosunek pracy jest podstawową formą zatrudnienia, wynikającą przede wszystkim z faktu, że firma ta jest od początku swego istnienia państwowa. Odwołujący podkreślił, że uprzywilejowana sytuacja Poczty Polskiej wynika z faktu, że operator ten ma status operatora wyznaczonego, zobowiązanego do świadczenia powszechnych usług pocztowych, a usługi te stanowią niemal połowę usług pocztowych realizowanych przez tego operatora (711 milionów sztuk usług za 2014 r.). Jest to więc podmiot, który na rynku współtworzonym przez 294 operatorów pocztowych ma blisko 61% udziałów w przychodach (4 620,09 milionów zł przychodu Poczty Polskiej S.A. w 2014 r. w stosunku

do 7 570,65 milionów zł przychodu z działalności pocztowej uzyskanego przez wszystkich operatorów pocztowych w 2014 r.), z czego sam przychód ze świadczenia powszechnych usług pocztowych przez Poczta Polska S.A. wynosił w 2014 r. aż 2 937,11 zł, czyli ok. 75% całkowitego przychodu Poczty Polskiej S.A. w 2014 r. Podkreślił, że duże zatrudnienie ze strony operatora wyznaczonego jest w głównej mierze determinowane posiadaniem przez niego statusu operatora wyznaczonego, który to status, zgodnie z ustawą Prawo Pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529), może posiadać tylko jeden operator pocztowy. Przy tym zwrócił uwagę, iż inni operatorzy pocztowi (w tym Odwołujący), w zakresie własnej polityki kadrowej, nie są nawet w stanie zbliżyć się do poziomu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę występującego w Poczcie Polskiej S.A., co jest uzasadnione nie tylko aspektem ekonomiczno-prawnym (brak posiadania statusu operatora wyznaczonego, co przekłada się na znacznie mniejsze przychody), ale również aspektem natury historycznej. Tutaj zwrócił uwagę na to, że Poczta Polska S.A. przez dziesięciolecia była monopolistą na rynku usług pocztowych i przez ten czas nie tylko ugruntowała swoją pozycję rynkową, ale również ukształtowała schemat organizacyjny, również w zakresie zatrudnienia, a poziom zatrudnienia nie uległ większej zmianie także po pojawieniu się podmiotów konkurencyjnych, bowiem próg wejścia na rynek tych podmiotów był i jest bardzo wysoki, co przekłada się na niezagrożoną pozycję rynkową Poczty Polskiej S.A. Zwrócił też uwagę na sytuację pozostałych operatorów pocztowych, którzy, wchodząc na rynek usług pocztowych muszą w sposób wysoce elastyczny przygotowywać i planować własną działalność, zwłaszcza, że rynek usług pocztowych nie jest stabilny. Tu powołał się na postępowanie na świadczenie usług pocztowych prowadzone przez Centrum Usług Wspólnych, w których zwycięskim operatorem okazał się Odwołujący, ale w skutek działań po stronie Centrum Usług Wspólnych, Odwołujący w dalszym ciągu nie może, nie ze swojej winy, jak podkreślił, podjąć świadczenia usług. Przywołał w tym względzie artykuł prasowy z Rzeczypospolitej z dnia 17 maja 2015 r. („Poczta Polska wygra konkurs wart miliardy”), wskazujący na plany dalszego uprzywilejowania Poczty Polskiej S.A. Mając na uwadze powyższe podkreślił, że prywatni operatorzy pocztowi muszą podejmować działania gwarantujące im utrzymanie się

na tym niestabilnym rynku i bycie konkurencyjnymi w stosunku do Poczty Polskiej S.A. Wskazał w tym względzie, że:

- a. sieci placówek pocztowych alternatywnych operatorów tworzone są praktycznie wyłącznie w oparciu o placówki agencyjne prowadzone przez małe podmioty gospodarcze, czasem zrzeszone w większe sieci;
- b. operatorzy alternatywni zatrudniają współpracowników w oparciu o umowy cywilnoprawne, które w większym stopniu niż umowa o pracę ułatwiają operatorom pocztowym dostosowanie się do zmieniających się bieżących potrzeb klientów. Tu zwrócił uwagę na to, że każda działalność gospodarcza opiera się na kalkulacji kosztów, a zatrudnianie u operatorów alternatywnych doręczycieli bądź osób odpowiedzialnych za wydawanie przesyłek pocztowych w oparciu o umowy cywilnoprawne nie wynika z niechęci do umów o pracę, ale z uwarunkowań panujących na rynku usług pocztowych – podkreślił, że alternatywni operatorzy pocztowi na chwilę obecną nie są w stanie zatrudniać na większą skalę pracowników w oparciu o umowy o pracę, a sytuacja ta może ulec zmianie, jeżeli dostęp do zamówień będzie równy dla wszystkich operatorów pocztowych, a prywatni operatorzy pocztowi uzyskają chociażby gwarancję równego traktowania w ramach postępowań przetargowych.

W ocenie Odwołującego w związku powyższym wiadomym jest, że już przed składaniem ofert maksymalną liczbę punktów (10) z kryterium „liczba pracowników” otrzyma tylko jeden wykonawca - Poczta Polska S.A., a sposób obliczania punktów z tego kryterium przełoży się na marginalną, jeśli nie zerową ilość punktów, otrzymanych za to kryterium przez innych wykonawców, w tym Odwołującego. Podkreślił, że żaden z prywatnych operatorów pocztowych nie jest w stanie konkurować z Poczta Polska S.A. pod kątem ilości osób zatrudnionych na umowach o pracę, gdyż 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 konsekwencji też jego zdaniem to oferta Poczty Polskiej S.A. może zostać wybrana jako najkorzystniejsza, również wtedy, gdy będzie ofertą zdecydowanie droższą, co potwierdza, że ukształtowany przez Zamawiającego sposób obliczania kryterium oceny ofert czyni iluzorycznym konkurencyjność postępowania. Odwołujący podkreślił, że nie kwestionuje potrzeby wprowadzenia kryterium społecznego, choć z uwagi na ukształtowanie rynku pocztowego,

kryterium to narusza *per se* zasadę konkurencyjności i równości wykonawców. Odwołujący zakwestionował sam sposób obliczania tego kryterium, opierający się na stosunku pewnej absolutnej wartości (liczba pracowników), wyższej tylko dla jednego wykonawcy (operatora wyznaczonego), do wartości wskazanej przez innych wykonawców (pozostałych operatorów pocztowych). W ocenie Odwołującego, punktem wyjścia dla sposobu obliczania kryterium

„liczba pracowników” winien być procentowy stosunek zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w stosunku do ogółu zatrudnionych przez wykonawcę, zgodnie ze wzorem: procent pracowników z oferty ocenianej do największego procenta pracowników z oferty, która wskazała największy procent pracowników $\times 100 \times 10\%$. Jego zdaniem w tym przypadku możliwa jest do zachowania zasada proporcjonalności oraz zasady wynikające z art. 7 ustawy Pzp, zaś poszczególni wykonawcy nie są porównywani do wykonawcy (operatora wyznaczonego), który niejako z mocy prawa generuje znacznie większy obrót, a tym samym zmuszony jest do posiadania nieporównywalnie większego poziomu zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę w stosunku do pozostałych operatorów pocztowych. W ocenie Odwołującego przyjęty przez Zamawiającego sposób obliczania punktów za kryterium „liczba pracowników” nie premiuje wykonawców działających w sposób efektywny pod względem ekonomicznym i funkcjonalnym. Jako przykład wskazał, że wykonawca, który chce przeznaczyć na wykonanie zamówienia 1 000 pracowników (stanowiących 100% zatrudnionych na podstawie umowy o pracę), otrzyma mniejszą liczbę punktów, aniżeli wykonawca, który przeznaczy na wykonanie zamówienia 1200 pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, nawet gdy zwiększona liczba zatrudnionych będzie efektem złej organizacji pracy lub przestarzałej polityki zatrudnieniowej. Podkreślił, że każdy zamawiający przygotowując SIWZ w postępowaniu musi uwzględniać nie tylko specyfikę rynku, ale również typ i charakter zamówienia. Jego zdanie przy ciągłym świadczeniu usług przez określony czas konkretna liczba zatrudnionych nie ma przełożenia na szybkość wykonania usług, ale również na jakość ich świadczenia, zaś istotą „kryterium społecznego” jest przede wszystkim wdrażanie społecznie pożądanych efektów w realizację zamówień publicznych nie zaś podmiotowa weryfikacja wykonawców odnosząca się do sposobu ich funkcjonowania i organizacji, co przekłada się na nierówne traktowanie wykonawców. Jako przykłady Odwołujący przywołał dwa postępowania na świadczenie usług pocztowych prowadzone przez Straż Gminną w Człuchowie i Izbę Skarbową w Warszawie, gdzie Poczta Polska wskazała różne ilości pracowników – w pierwszym przypadku przy kryterium: „liczba osób, które będą zatrudnione do realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę” 75 000 pracowników (dla przesyłek zwykłych: 37 000 dla poleconych: 300 000 i dla poleconych ZPO: 200 000), w drugim przypadku przy kryterium: „liczba pracowników Wykonawcy zaangażowanych do realizacji przedmiotu umowy z Zamawiającym, zatrudnionych w działalności operacyjnej Wykonawcy na podstawie umowy o pracę w przeliczeniu na pełnozatrudnionych” 37 640 pracowników (dla przesyłek zwykłych: 2 200, dla przesyłek poleconych ZPO: 43 000). Odwołujący podkreślił, że powyższe ze względu na odmienną treść kryteriów oceny ofert nie może stanowić porównania, ale uwypukla, jak błędny z założenia jest opis kryteriów oceny ofert

bazujących na wartościach liczbowych. W jego ocenie problematyczne jest określenie definicji „osoba uczestnicząca w wykonaniu zamówienia”, skoro we wskazanych postępowaniach określono liczbę tych osób na różnym poziomie. W tym zakresie treść kryterium sformułowana przez Zamawiającego, w niniejszym postępowaniu, które ogranicza poziom zatrudnienia tylko do doręczycieli, także nie rozwiązuje problemu ilości pracowników uczestniczących w realizacji danego zamówienia. Ponadto przywołany poziom ilości zatrudnionych wskazanych przez Poczta Polską w przetargu dla Izby Skarbowej w Warszawie może wskazywać, że na jednego pracownika operacyjnego przypada jedna przesyłka, przy czym podkreślił, że nie kwestionuje polityki kadrowej i organizacji wewnętrznej Poczty Polskiej S.A., ale wskazał, że każdy wykonawca może w sposób odmienny optymalizować własne funkcjonowanie, co przekłada się na organizację pracy, dzięki której jedni wykonawcy nie muszą zatrudniać nadmiernej liczby pracowników, a przez to narażać się na ryzyko nierentowności. Jego zdaniem kryterium oceny ofert odnoszące się do ilości zatrudnionych (nie zaś ich procenta) każdorazowo będzie się sprowadzało do wykazania przez wykonawców jak największej liczby zatrudnionych, co nie zawsze znajdzie przełożenie na faktyczne realizowanie przez nich usług będących przedmiotem

zamówienia. W ocenie Odwołującego wykazanie w ofercie określonych wartości liczbowych znacząco ogranicza wykonawcę nie tylko w odniesieniu do jego elastyczności w rozwoju, się przelożyć zatrudnieniu, ale w ogólnym postępie i który może na zautomatyzowanie wielu procesów (np. wydajniejszy system sortowania, system EPO), a co się z tym wiąże, brak konieczności zatrudniania określonej ilości pracowników. W tym ujęciu jego zdaniem kryterium społeczne tylko teoretycznie przekłada się na stabilność zatrudnienia, a kosztem tej stabilności jest przerost zatrudnienia, który w efekcie kończy się zwolnieniami. Podkreślił, że Poczta Polska S.A., której jedynym akcjonariuszem jest Skarb Państwa, w skutek wadliwego określenia kryterium oceny ofert, może generować straty w skutek sztucznego utrzymywania zatrudnienia, co przeloży się także na straty po stronie Skarbu Państwa, a również sami pracownicy, widząc zmiany na rynku oraz w sposobie funkcjonowania przedsiębiorstwa, ale przede wszystkim w malejącym zakresie własnych obowiązków służbowych, nie mogą być pewni dalszego zatrudnienia, co stanowi dodatkowy argument na rzecz pozorności zapewnienia stabilności zatrudnienia dzięki wprowadzeniu tak określonego kryterium społecznego. Przedstawione przykłady według Odwołującego należy w całości odnieść do opisu kryterium oceny ofert „liczba pracowników”, nie tylko w kontekście wadliwości stosowania wartości liczbowych w tego typu kryterium, ale z uwagi na ogromne znacznie precyzyjnego określenia takiego kryterium. Podkreślił, że Zamawiający od momentu zmiany treści SIWZ (dokonanej 16.07.2015 r.) nie dokonał korekty - w przekonaniu Odwołującego - oczywiście omyłki pisarskiej w postaci odniesienia ilości

pracowników badanej oferty, do ilości pracowników z oferty, w której wykazano największą ilość placówek. Zamawiający zdaniem Odwołującego nie określił, jak interpretować katalog osób uczestniczących przy wykonaniu zamówienia, co rodzi kolejne niejasności, np. czy wskazany przez niego katalog osób ma charakter zamknięty, czy dotyczy wyłącznie pracowników doręczających korespondencję do Zamawiającego (oraz odbierających od niego przesyłki). Tym samym w ocenie Odwołującego wykazana przez wykonawców liczba może być skrajnie różna, a tym samym postępowanie zostanie obarczone nieusuwalną wadą powodującą jego unieważnienie. Podkreślił, że sposób obliczania kryterium społecznego w sposób wskazany przez Odwołującego został zastosowany w największym w tej części Europy przetargu na świadczenie usług pocztowych, mianowicie przetargu prowadzonym przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa 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, gdzie jednym z kryteriów oceny ofert jest „kryterium społeczne”, które zostało opisane jako procent osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, z ogólnej liczby osób, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia.

Odwołujący złożył do akt pismo procesowe – pismo z dnia 4 sierpnia 2015 r., w którym dodatkowo wskazał, że waga kryterium „liczba pracowników” ma przesądzające znaczenie dla wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego. Wskazał w tym zakresie na spadek cen usług pocztowych w postępowaniach, gdzie zachowana jest konkurencyjność. Przywołał wartości ofert Odwołującego i Przystępującego oraz kwotę na sfinansowanie zamówień w 11 postępowaniach prowadzonych na tego rodzaju usługi przez różne podmioty (Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej w Toruniu, Ministerstwo Zdrowia, Lwówek Śląski, Gmina Miejska Kętrzyn, Gmina Warnice, Gmina Siemianowice Śląskie, Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi, Gmina Knurów, Politechnika Krakowska, Pierwszy Urząd Skarbowy w Rzeszowie, Centrum Onkologii im. Prof. F. Łukaszczyka w Bydgoszczy). Odwołujący podkreślił, że Przystępujący pomija fakt, że posiada status tzw. operatora wyznaczonego, co oznacza dla niego wykonywanie szeregu dodatkowych obowiązków, w tym także w zakresie utrzymywania placówek pocztowych, nawet pomimo ich nierentowności. W oparciu o raport UKE o stanie rynku pocztowego za rok 2014 r. wskazał, że przychód Przystępującego za 2014 r. w znacznej części (75% całkowitego przychodu) wynika ze świadczenia usług powszechnych, z czego Odwołujący wywodzi, że sam fakt posiadania przez Poczta Polska statusu operatora wyznaczonego powoduje jego przewagę w liczbie zatrudnionych osób na podstawie umów o pracę, która nie może być zniwelowana przez innych wykonawców. Podkreślił, że w dacie składnia ofert istnieje możliwość zadeklarowania w sposób dowolny wielkiej liczby osób,

które potencjalnie mogą być zaangażowane w wykonywanie zamówienia, zaś zawarte

w SIWZ określenie „liczba osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, które będą dostarczać i odbierać pocztę” odnosić się może w praktyce nie tyle do osób niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, co do liczby wszystkich osób zatrudnionych przez danego wykonawcę. Podkreślił, że znacząco większe kontrakty na świadczenie usług pocztowych świadczy Odwołujący dla wymiaru sprawiedliwości liczbą około 15 000 pracowników oraz współpracowników, a skoro niniejsze zamówienie można wykonać podobną liczbą pracowników, to dodatkowe promowanie zatrudnienia na poziomie przykładowo 75 000 osób wypacza przebieg postępowania. Odwołujący zwrócił też uwagę na regulację art. 53 ust. 1 lit. a dyrektywy 2004/18, który wymaga związania kryterium oceny ofert z przedmiotem zamówienia i przewiduje wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, tj. takiej, która prezentuje najlepszą relację jakości do ceny, tymczasem w sytuacji, w której Odwołujący lub inny wykonawca podjąłby starania zatrudnienia wszystkich pracowników wykonujących świadczenia na podstawie umów o pracę, to nadal wybrana zostałaby oferta nie z najkorzystniejszą ceną, lecz z największą liczbą pracowników, nawet gdyby oferta Przystępującego była droższa o ok. 10% ceny. Przedstawił w tym zakresie symulację punktową, gdzie przyjął założenie, iż w kryterium liczba pałcówek Odwołujący i Przystępujący posiadają porównywalne wielkościami sieci placówek pocztowych i uzyskują taką samą ilość punktów, zaś przy cenie 9 100 000 zł Odwołującego (75 pkt), a w przypadku Przystępującego 10 000 000 zł (68,25 pkt) i przy 20 000 pracownikach Odwołującego (2,6 pkt) i 75 000 pracownikach Przystępującego (10 pkt) postępowanie wygrywa Przystępujący. Odwołujący zauważył też, że Zamawiający, chcąc realizować kryteria społeczne, może to uczynić w taki sposób, aby udział w realizacji zamówienia mogły brać osoby zaangażowane do wykonania określonych prac na podstawie umowy o pracę i w tym ujęciu celem zastosowania klauzul społecznych nie jest maksymalizowanie liczby osób, które będą wykonywały dane świadczenie, bo byłoby to nieracjonalne, a określeniem sposobu zatrudnienia takich pracowników; powołał się w tym względzie na publikację UZP. Zwrócił uwagę na to, że gdyby Zamawiający określił z góry maksymalną liczbę osób, które będą brane pod uwagę w ramach danego kryterium, a liczba taka powinna korespondować z wielkością przedmiotu zamówienia, to zachowane byłyby zasady konkurencyjności postępowania. Brak takiej liczby osób umożliwia całkowicie dowolne deklaracje i wobec takich postanowień SIWZ nie istnieje obiektywna możliwość zweryfikowania czy zadeklarowana liczba pracowników odpowiada rzeczywistym potrzebom Zamawiającego, czy nie ma charakteru nadmiarowego, skutkującego wypaczeniem procedury oceny ofert w tym kryterium, co w orzecznictwie Izby było już weryfikowane (przywołał wyrok KIO 640/11). Powołał się także na doniesienia prasowe – jego zdaniem – potwierdzające przerost

zatrudnienia u Przystępującego. W ocenie Odwołującego ukształtowany opis kryterium oceny ofert oraz oświadczenie w tym zakresie zawarte w formularzu ofertowym pozwala Przystępującemu na podanie stanu zatrudnienia na moment składania ofert, co daje mu kolejną przewagę, zastępując deklaracją dotyczącą sposobu wykonywania w przyszłości zamówienia deklaracją dotyczącą stanu na dzień składania ofert. Pokreślił, że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z odmienną sytuacją niż ta, która miała miejsce w sprawie KIO 2354/14, gdzie Odwołujący w ogóle kwestionował kryterium „liczba pracowników”, a w niniejszej sprawie kwestionuje jego opis.

Odwołujący w toku rozprawy podtrzymał w całości odwołanie, wnosząc o jego uwzględnienie.

Zamawiający w toku rozprawy przed Izłą wniósł o oddalenie odwołania. Podkreślił, że w postępowaniu przewidział trzy różne, zróżnicowane wagowo kryteria oceny ofert, dzięki którym chce uzyskać pożądany efekt należytej realizacji przedmiotu zamówienia, a kryteria te nie stanowią bezwzględnych warunków wymaganych do realizacji zamówienia. Wskazał też, iż nie jest w stanie wyspecyfikować konkretnej liczby osób, potrzebnej do realizacji zamówienia, czy zobowiązać wykonawców do tego, bowiem to wykonawca - składając ofertę na realizację usług objętych przedmiotem zamówienia - tak organizuje swoją firmę, aby uzyskać efekt należytego wykonania zamówienia. Zamawiający wskazał, że w SIWZ sprecyzował w sposób jasny, co oznacza pracownik – jest to listonosz, doręczyciel, kurier i osoba odbierająca pocztę z jednostki organizacyjnej Państwowej Inspekcji Pracy, co oznacza, że będą to osoby realnie realizujące umowę na rzecz Zamawiającego i powyższe - zgodnie z wymogami w SIWZ – będzie oceniane na moment składania ofert. Wyjaśnił jednak, że wprowadził w SIWZ także mechanizmy, pozwalające na weryfikację

powyższego na etapie realizacji zamówienia, gdyż zobowiązał wykonawcę wybranego do realizacji zamówienia do składania comiesięcznych oświadczeń - co do liczby pracowników skierowanych do realizacji zamówienia, a także przewidział naliczanie kar umownych w przypadku zmniejszenia zatrudnienia. Podkreślił też, że różnica w kosztach pracy w stosunku do umów zlecenia to nie jest poziom, jak wskazał Odwołujący - 10%, tylko około 30-40%.

Przystępujący złożył do akt sprawy swoje zgłoszenie przystąpienia, w którym poparł Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Podkreślił tam m.in., że Zamawiający, kształtując postanowienia SIWZ co do kryteriów oceny ofert, określił trzy zróżnicowane kryteria i cenie wyznaczył największą wagę procentową (75%), a nie kwestionowanemu przez Odwołującego kryterium. Podkreślił, że przedsiębiorcy zatrudniający osoby

na podstawie umowy o pracę ponoszą znacznie większe koszty od przedsiębiorców angażujących personel w inny sposób. Skoro więc Odwołujący nie zatrudnia osób na umowy o pracę, co wiąże się z ogromnymi kosztami oraz dokonał optymalizacji kosztów poprzez ograniczenie zatrudnienia, to w takiej sytuacji jest prawdopodobnie że Odwołujący uzyska przewagę w kluczowym w postępowaniu kryterium ceny. Przystępujący podkreślił, że zastosowanie kryterium społecznego w kształcie zaproponowanym przez Zamawiającego nie tylko realizuje cele ustawowe przewidziane w nowelizacji ustawy Pzp z 2014 r., ale ukształtowane jest w taki sposób, że nie można mówić o żadnym naruszeniu zasady uczciwej konkurencji czy równego traktowania wykonawców i nie można mówić o preferowaniu jedynie operatora wyznaczonego, gdyż każdy z podmiotów ma swobodę w kształtowaniu swojej polityki zatrudnienia. W ocenie Przystępującego kwestionowane w kryterium nie prowadzi też do iluzoryczności konkurencyjności w postępowaniu, bowiem celem ustawodawcy w nowym art. 91 ust. 2 ustawy Pzp było premiowanie tych wykonawców, którzy w swojej działalności respektują zasady praworządności i dbałości o dobro wspólne i wyrównywanie szans w przetargach, w których konfrontują się z wykonawcami obniżającymi koszty swojej działalności kosztem wartości istotnych z punktu widzenia interesów państwa. Jego zdaniem społeczne kryterium w postaci zatrudnienia na podstawie umowy o pracę ma niwelować dysproporcję związaną z możliwością wyceny usług występującą pomiędzy podmiotami zatrudniającymi pracowników na podstawie umowy o pracę, a tymi, którzy nakaz z art. 22 § 1 i Kodeksu pracy omijają. Powyższe jego zdaniem umożliwi konkurencję pomiędzy operatorami pocztowymi. Powołał się na wyrok KIO w sprawie KIO 2354/14. Przystępujący wskazał też na istotę kryterium społecznego, powołując się na uzasadnienie do projektu ustawy nowelizacyjnej ustawę Pzp z 2014 r. Podkreślił, że celem ustawodawcy była także zmiana tendencji na rynku, który oszczędności i maksymalizacji zysku szuka w ograniczeniu kosztów osobowych i „zatrudnianiu” personelu na umowy cywilnoprawne, co przełoży się na wzrost zatrudnienia i lepszą kondycję budżetu Państwa. W jego ocenie powyższe jest szczególnie istotne na rynku usług pocztowych. Podkreślił, że również, podobnie jak Odwołujący, działa na tym samym rynku usług i musi liczyć się ze zmianami na tym rynku, w tym z przegranymi w przetargach nawet o znaczącej wartości. Co do propozycji Odwołującego zmiany i określonego sposobu oceny kryterium „liczba pracowników” podkreślił, że Zamawiający precyzuje konkretną liczbę osób, których wykonawca zobowiązuje się zatrudnić przez cały okres trwania umowy i będą to konkretne osoby zaangażowane w realizację zamówienia. W jego ocenie ukształtowane kryterium jest jak najbardziej prawidłowe i w pełni wyraża cele kryterium społecznego, jakim jest najszerze i najliczniejsze zatrudnienie na umowach o pracę. Funkcje, na które wskazuje Odwołujący (efektywność ekonomiczna i organizacja pracy) są realizowane w innym kryterium – ceny.

Podniósł, że Odwołujący nie uwzględnił w swojej argumentacji możliwości kształtowania swojej polityki zatrudnienia z uwzględnieniem społecznej odpowiedzialności w tym dobra zatrudnionych osób oraz dobra systemu zabezpieczenia społecznego i systemu opieki zdrowotnej, a w konsekwencji interesu Państwa i jego obywateli. W propozycji Odwołującego - zdaniem Przystępującego - brak precyzji czy chodzi o procent zatrudnionych w ogóle przez wykonawcę czy zatrudnionych do realizacji przedmiotowego zamówienia. Jego zdaniem wskazane w kryterium jedynie procentu pracowników jest wymogiem abstrakcyjnym, uniemożliwiającym porównanie ofert, a przez to naruszającym zasadę uczciwej konkurencji i nie realizującym celu, jaki zakłada Zamawiający, formułując kryteria społeczne.

Przystępujący w toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko i wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w toku rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że wykonawca zgłaszający przystąpienie do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełnił wymogi formalne związane ze skutecznym zgłoszeniem przystąpienia, wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Tym samym wskazany wykonawca uzyskał statusu uczestnika przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Jednocześnie też Izba ustaliła, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący w ramach zarzutów odwołania kwestionuje określone zapisy SIWZ, które - w jego ocenie - utrudniają mu dostęp do niniejszego zamówienia publicznego i tym samym uniemożliwiają mu uzyskanie tego zamówienia. W konsekwencji więc Odwołujący wykazał możliwość poniesienia przez niego szkody związanej z nie udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i opublikował treść ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 8 kwietnia 2015 r. Treść SIWZ Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej w tym samym dniu. W dniu 16 lipca 2015 r. Zamawiający zmodyfikował postanowienia SIWZ i treści ogłoszenia o zamówieniu, wprowadzając w pkt 5 SIWZ trzy kryteria oceny ofert:

- 1) cena – 75%
- 2) liczba placówek – 15%
- 3) liczba pracowników – 10%.

W ramach opisu kryterium „liczba pracowników” (pkt 5.3 SIWZ) Zamawiający wskazał, że oceny w tym zakresie dokona w oparciu o wzór, w którym porówna liczbę pracowników z oferty ocenianej do największej liczby pracowników (z oferty, która wskazała największą liczbę placówek) i pomnoży przez liczbę 100 i 10%. Wyjaśnił też, że przez sformułowanie „pracownik” (listonosz / doręczyciel / kurier i osoba odbierająca pocztę z jednostki organizacyjnej Państwowej Inspekcji Pracy) rozumie się liczbę osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, które będą doręczać i odbierać pocztę z uwzględnieniem podwykonawców i pracowników podwykonawców, a przy ocenie powyższego Zamawiający będzie brał pod uwagę liczbę pracowników wynikającą z formularza oferty (pkt 2).

Zamawiający zmienił też treść formularza oferty, w pkt 2 wprowadzając tam oświadczenie dla wykonawców: „Oświadczamy, że *na terenie kraju zlokalizowanych jest placówek, w których możliwe jest odbieranie przesyłek pocztowych (patrz kryterium numer 2 oceny ofert). Oświadczamy, że zatrudniamy na umowy o pracę osób (listonoszy / doręczycieli / kurierów i osoby odbierające pocztę z jednostek organizacyjnych Państwowej Inspekcji) – patrz kryterium numer 3 oceny ofert*”. Zamawiający wskazaną zmianą SIWZ wprowadził też modyfikację postanowień wzoru umowy. W § 7 tego wzoru zobowiązał wykonawcę wybranego do realizacji przedmiotu umowy do składania Zamawiającemu wraz z fakturą oświadczeń o liczbie pracowników zatrudnionych w danym

okresie rozliczeniowym w rozumieniu pojęcia: „pracownik” nadanym przez postanowienia SIWZ, a brak załączenia takiego oświadczenia będzie skutkowało uznaniem nieskutecznego dostarczenia przez wykonawcę faktury. Poza tym w § 9 ust. 1 pkt 9 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł, że w przypadku zmniejszenia liczby pracowników zatrudnionych do realizacji przedmiotu zamówienia będzie naliczał karę umowną. Poza tym przewidział w treści wzoru umowy oświadczenie wykonawcy o dysponowaniu przez cały okres zatrudnienia określoną liczbą pracowników zgodnie ze wskazaniem zawartym w ofercie.

Zamawiający w dniu 28 lipca 2015 r. wprowadził kolejną modyfikację SIWZ w pkt 5.3.1 dotyczącym opisu kryterium „liczba pracowników”, precyzując treść dopisku zamieszczonego pod wzorem do obliczenia punktacji w tym kryterium zamiast: „z oferty, która wskazała największą liczbę placówek” na: „z oferty, która wskazała największą liczbę pracowników”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów: nieprecyzyjnego określenia opisu kryterium oceny ofert „liczba pracowników” i nie zapewniania zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie odnoszącym się do opisu wskazanego kryterium, Izba uznała, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Izba w pierwszej kolejności uznała, że opisane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert jest jasne, czytelne i precyzyjne. Wiadomym jest do czego to kryterium się odnosi, jaki ma charakter i wagę procentową oraz to, w jaki sposób będzie oceniane przez Zamawiającego. Zamawiający w ramach tego kryterium oceny ofert dokona porównania oferty ocenianej do oferty najlepszej z punktu widzenia tego kryterium, tj. oferty, w której wykonawca wskaże największą liczbę pracowników. Powyższe będzie podlegało przeliczeniu w ramach przyznanej temu kryterium wagi procentowej (10%). Zamawiający także dookreślił, że liczbę pracowników będzie oceniał na podstawie oświadczenia złożonego przez wykonawców w formularzu ofertowym i uwzględni w tym zakresie liczbę pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, którzy to pracownicy będą aktywnie uczestniczyć w realizacji tego konkretnie zamówienia, tj. będą odbierać i doręczać pocztę z uwzględnieniem podwykonawców i pracowników podwykonawców, którzy będą odbierać pocztę z jednostek organizacyjnych Państwowej Inspekcji Pracy. Dodatkowo Zamawiający doprecyzował, jakie konkretnie osoby ma na myśli, tj. listonoszy, doręczycieli, kurierów, osoby odbierające pocztę z jednostek organizacyjnych Państwowej Inspekcji

Pracy. Powyższe w ocenie Izby nie potwierdza zarzutu odwołania oraz argumentacji podniesionej w tym względzie przez Odwołującego, że kwestionowane kryterium nie jest jasne.

Argumentacja podnoszona przez Odwołującego w tym zakresie, iż nie wiadomo czy chodzi o pracowników w ogóle zatrudnionych czy oddelegowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia we wskazanych okolicznościach faktycznych sprawy nie jest usprawiedliwiona. Również argumentacja Odwołującego wskazująca na okoliczność ewentualnych nadużyć ze strony wykonawców we wskazaniu nazbyt wielkiej liczby osób do wykonywania zamówienia zatrudnionych przez wykonawcę i braku wskazania ze strony Zamawiającego maksymalnej liczby pracowników, również nie zasługuje na uwzględnienie Izby. Zamawiający, opisując szczegółowo przedmiot zamówienia, pozostawił decyzji wykonawców taką organizację ich przedsiębiorstwa i sposobu realizacji zamówienia, aby zamówienie mogło być wykonywane przez wykonawcę zgodnie z jego wiedzą i profesjonalizmem, w sposób należyty. To wykonawca składa ofertę Zamawiającemu i przy tego rodzaju usługach oddelegowuje określoną – adekwatną do zakresu przedmiotu zamówienia ilość pracowników, którzy - w jego ocenie - zapewnią prawidłową jego realizację. Odwołujący zakłada w tym zakresie, już na etapie treści postanowień SIWZ, nadmierowe wskazywanie liczby pracowników przez Przystępującego, wyłącznie w celu uzyskania zamówienia, zakładając nieuprawnione działanie wykonawcy, mogące wskazywać na ewentualny czyn nieuczciwej konkurencji, który - tak Zamawiający, jak i inni wykonawcy - mogą weryfikować w postępowaniu na etapie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Jedyną okoliczność, która na moment złożenia do Izby odwołania i sformułowania zarzutów odwołania przez Odwołującego, która mogła wskazywać na pewną niejasność

w ramach opisu kryterium: „liczb pracowników”, to - w ocenie Izby - odwołanie się w pierwotnej wersji SIWZ, w ramach opisu tego kryterium i zaznaczonego tam dopisku, zamiast do liczby pracowników do liczby placówek. Powyższa nieścisłość nie była jednak przedmiotem formalnie podniesionego przez Odwołującego zarzutu odwołania. W treści odwołania Odwołujący bowiem sam wskazywał, że powyższe stanowi jedynie oczywistą omyłkę pisarską treści SIWZ, która na dodatek w trakcie postępowania odwoławczego została poprawiona przez Zamawiającego. Z tych też względów Izba wskazanej okoliczności nie mogła ocenić jako naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez Zamawiającego, poprzez przyjęcie określonego sposobu opisu kryterium „liczba pracowników” Izba uznała, że kryterium to nie narusza przywołanych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Izba dokonuje oceny zarzutów odwołania - stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - jedynie pod kątem naruszenia przepisów ustawy Pzp, a nie słuszności, celowości czy też przydatności albo gospodarności zastosowania określonych rozwiązań przyjętych przez Zamawiającego, w szczególności jeśli chodzi o kryteria oceny ofert, czy opis przedmiotu zamówienia. W zakresie kryteriów oceny ofert Izba uznała, że dopuszczone w postępowaniu obok ceny, a także innego przedmiotowego kryterium oceny ofert, jakim niewątpliwie jest liczba placówek, kryterium „liczby pracowników”, jest kryterium dopuszczonym ustawowo.

Ustawodawca we wprowadzonym przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, określił - w przykładowym katalogu kryteriów oceny ofert - kryteria społeczne. Brak jest jakichkolwiek wątpliwości, że kryterium odnoszące się do aspektu zatrudniania osób do realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę stanowi wypełnienie aspektów społecznych określonych przez ustawodawcę, w szczególności w oparciu o treść uzasadnienia do projektu tej ustawy.

Kryterium „liczba pracowników”, opisane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, choć ma walor podmiotowy, ale odnosi się do przedmiotu zamówienia, tj. do pracowników realizujących niniejsze zamówienie publiczne. Zamawiający bowiem nie będzie dokonywał oceny ofert z uwzględnieniem generalnego zatrudnienia u danego wykonawcy, lecz zatrudnienia w określonej ilości osób, które faktycznie będą wykonywać konkretne czynności (określone w SIWZ) w ramach niniejszego zamówienia. Dopuszczenie aspektu podmiotowego w ramach kryteriów oceny ofert (ilości pracowników) z racji zaliczenia usług pocztowych do usług niepriorytetowych - w świetle art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, który dopuszcza odstąpienie przy tego rodzaju usługach od zakazu ustalania przez zamawiającego kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy (art. 91 ust. 3 ustawy Pzp) – jest również legalne. Tak więc z punktu widzenia obowiązujących przepisów prawa zastosowanie wskazanego kryterium oceny ofert jest legalne i tym samym prawnie dopuszczalne.

W ocenie Izby kryterium to nie utrudnia także konkurencji w postępowaniu.

Argumentacja Odwołującego podniesiona w tym zakresie sprowadza się *de facto* do dokonania przez Odwołującego negatywnej oceny formy prowadzenia działalności biznesowej przyjętej przez Przystępującego, który przede wszystkim zatrudnia pracowników na umowy o pracę, a w tym kontekście pozytywnej działalności prowadzonej przez samego siebie, gdzie Odwołujący korzysta przede wszystkim z umów cywilnoprawnych. Powyższe nie może stanowić o ograniczeniu konkurencji, jeśli Zamawiający dokonał wyboru legalnego kryterium oceny ofert w postępowaniu i preferuje przy tym wykonawców, który w swoim modelu prowadzenia działalności biznesowej stosują aspekty społeczne, które akurat są cenione przez ustawodawcę. Także Odwołujący ma swobodę w prowadzeniu swojej działalności gospodarczej i przyjęcia w ramach swojej strategii biznesowej aspektów społecznych, mając na względzie ubieganie się o zamówienia publiczne w trybie przepisów ustawy Pzp. Trzeba jednak pamiętać, że z racji stosowania takich aspektów społecznych w prowadzeniu działalności gospodarczej, określony przedsiębiorca ponosi z tego tytułu konkretne koszty, które – jak zresztą pokazują ostatnie postępowania na świadczenie usług pocztowych prowadzone na rynku polskim – skutecznie mogą wpływać na podwyższenie

ceny ofertowej w stosunku do wykonawców, którzy z takich instrumentów nie korzystają.

Zwrócić należy uwagę, że Zamawiający, poprzez wprowadzenie do postanowień SIWZ, obok ceny i innego kryterium, *stricte* odnoszącego się do świadczonej usługi, tj. ilości placówek, wprowadził kryterium społeczne – liczba pracowników, nadając mu najmniejszą wagę procentową ze wszystkich kryteriów dopuszczonych w postępowaniu. Jednocześnie też Zamawiający nie skorzystał z uprawnienia, które daje mu art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, pozwalający na wprowadzenie bezwzględnego wymogu zatrudniania osób do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia na umowy o pracę. Tym samym należy ocenić działania Zamawiającego za racjonalne i wyważone w tym względzie, a z pewnością nie naruszające zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Okoliczność, iż Przystępujący ma status operatora wyznaczonego w świetle przepisów Prawa pocztowego, zdaniem Izby, także nie wpływa na ograniczenie konkurencji w postępowaniu, tyko z tej racji, że Zamawiający zastosował w postępowaniu określone kryterium społeczne. To, że Przystępujący ma status operatora wyznaczonego jest okolicznością powszechnie znaną i legalną. Powyższe wiąże się dla Przystępującego także z określonymi kosztami, np. związanymi z koniecznością utrzymania nierentownych placówek, na co zresztą wskazywał sam Odwołujący. Wskazane okoliczności, dodatkowo przy stosowaniu przez Przystępującego w jego modelu działalności biznesowej instrumentu zatrudniania osób na podstawie umowy o pracę, mogą powodować po jego stronie wzrost kosztów związanych ze świadczeniem usług pocztowych i z drugiej strony stanowić

podstawę dla konkurentów operatora wyznaczonego do konkurowania z nim w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego aspektem cenowym.

Prawidłowo też, zdaniem Izby, Zamawiający założył, że będzie dokonywał oceny ofert w ramach kryterium „liczba pracowników” w postępowaniu na dzień składania ofert, wedle oświadczenia złożonego w tym zakresie przez wykonawcę. Na ten bowiem moment oferty są przygotowywane i składane przez wykonawców, uwzględniając obowiązujące w tym czasie i jednakowe dla wszystkich, przewidywane warunki realizacji zamówienia.

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jednak Zamawiający nadał wskazanemu kryterium oceny ofert walor sensowności - z punktu widzenia celów jakie ustawodawca założył przy stosowaniu kryteriów społecznych - także na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający bowiem zabezpieczył się określonymi postanowieniami SIWZ, a przede wszystkim wzoru umowy, że powyższe - tj. określony w ofercie i podlegający ocenie w ramach przyjętego kryterium oceny ofert stan zatrudnienia - będzie również weryfikował u wybranego w postępowaniu wykonawcy, także na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, poprzez wymóg składania przez wykonawcę comiesięcznych raportów w tym zakresie pod groźbą nie przyjęcia od niego faktury za realizację usługi oraz pod groźbą zapłaty kar umownych.

Tym samym też – w ocenie Izby – Zamawiający nie dopuścił się naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczanego przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

