

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ABC Direct Contact Sp. z o.o., ul. Słoneczna 3C, 05-270 Marki,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Państwowe Przedsiębiorstwo Użyteczności Publicznej „Poczta Polska” ul. Rakowiecka 26, Warszawa** na rzecz **ABC Direct Contact Sp. z o.o., ul. Słoneczna 3C, 05-270 Marki** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ABC Direct Contact Sp. z o.o., ul. Słoneczna 3C, 05-270 Marki.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Państwowe Przedsiębiorstwo Użyteczności Publicznej „Poczta Polska” działające przez Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *doręczanie paczek pocztowych i przesyłek pobraniowych wraz z usługą komplementarną, opróżnianie nadawczych skrzynek pocztowych* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 16 maja 2009 r. w Dz.Urz. UE pod numerem 2009/S 94-135310. Specyfikację istotnych warunków zamówienia Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej 18 maja 2009 r. Wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne.

1 czerwca 2009 r. Odwołujący wniósł protest na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który Zamawiający oddalił 15 czerwca

2009 r. Od tego rozstrzygnięcia 20 czerwca 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 353¹ kodeksu cywilnego *in principium* poprzez błędne uznanie, iż zaniechanie dokonania zmian w załączniku nr 2 do Wzoru umowy będącej załącznikiem nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie, w jakim definiuje „paczkę skutecznie doręczoną”, § 13 ust. 1, 4 i 5 załączników nr 5 i 5a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Wzoru umowy), § 18 ust. 1 i 6 Wzoru umowy, nie stanowi naruszenia zasady swobody umów,

2. naruszenie art. 353¹ kodeksu cywilnego *in principium* oraz art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne uznanie, iż zaniechanie wykreślenia pkt. II.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i § 1 ust. 4 Wzoru umowy oraz zmiany pkt. II.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i § 1 ust. 5 Wzoru umowy nie stanowi naruszenia zasady swobody umów oraz naruszenia obowiązku opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący,

3. naruszenie art. 353¹ kodeksu cywilnego *in principium* oraz art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne uznanie, iż zaniechanie wykreślenia pkt. II.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i § 1 ust. 6 Wzoru umowy nie stanowi naruszenia zasady swobody umów oraz naruszenia zakazu rozszerzenia uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od zawartej umowy,

4. naruszenie art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia pomimo zaistnienia uzasadnionego przypadku.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. wykreślenia pkt. II.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz § 1 ust. 4 Wzoru umowy, pkt. II.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz § 1 ust. 6 Wzoru umowy, § 18 ust. 1 i 6 Wzoru umowy,

2. zmiany załącznika nr 2 do Wzoru umowy w ten sposób, by definiował paczkę skutecznie doręczoną jako paczkę:

- a) faktycznie doręczoną adresatowi,
- b) przekazaną do doręczenia i awizowaną na życzenie adresata w przypadku domniemania uszkodzenia, żądania sprawdzenia wagi paczki przed jej odbiorem,
- c) przekazaną do doręczenia, ale nie doręczoną ze względu na następujące okoliczności: paczka została błędnie zaadresowana, na paczce wskazano niepełny adres, adresat zmarł, adresat zmienił miejsce zamieszkania, nieobecność adresata lub osoby upoważnionej do odbioru w miejscu doręczenia, adresat lub osoba upoważniana do odbioru odmówił przyjęcia paczki, adresat lub osoba upoważniona do odbioru nie posiada środków pieniężnych umożliwiających odbiór paczki pobraniowej w chwili doręczenia,

3. zmiany pkt. II.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz § 1 ust. 5 Wzoru umowy poprzez nadanie im następującej treści:

„Określone w załącznikach ilości przesyłek oraz nadawczych skrzynek pocztowych przeznaczonych do opróżnienia w ramach świadczonych usług są szacunkowe i mogą ulec zwiększeniu lub zmniejszeniu w miesiącu rozliczeniowym nie więcej niż 10%.”

4. zmiany § 13 ust. 1 Wzoru umowy i nadanie mu następującej treści:

„Zamawiający naliczy kary umowne w wysokości 500,00 zł za każdy dzień niepodjęcia pracy przez Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.”

5. § 13 ust. 4 Wzoru umowy i nadanie mu następującej treści:

„Za każdy przypadek niepobrania do doręczenia przygotowanych paczek pocztowych i przesyłek pobraniowych wraz z usługą komplementarną z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy wypłaty kary umownej w wysokości 200,00 zł.”

6. § 13 ust. 5 Wzoru umowy i nadanie mu następującej treści:

„W przypadku pobrania, ale zwrócenia bez próby doręczenia paczek i przesyłek pobraniowych wraz z usługą komplementarną z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, karę umowną w wysokości ustalonej w umowie stawki bazowej brutto (dla danego zadania), za każdą tego typu paczkę lub przesyłkę pobraniową.”

7. zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Odwołujący uzasadnił swoje stanowisko następująco.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera postanowienia, które narzucają wykonawcy obowiązki całkowicie nieadekwatne do charakteru umowy oraz w sposób nieuzasadniony faworyzujące Zamawiającego. Odwołujący uważa, iż możliwość zaproponowania przez Zamawiającego korzystnych dla niego projektów umów nie może naruszać podstawowych pryncypiów prawa cywilnego, w szczególności stawiać wykonawcy w rażąco gorszej pozycji. Natomiast treść postanowień dotyczących „paczki skutecznie doręczonej” obarcza wykonawcę biznesowym ryzykiem dotyczącym okoliczności nie leżących po jego stronie, gdyż wykonawca nie jest wynagradzany za wyświadczoną usługę, jeśli przesyłka nie została doręczona do rąk nadawcy z następujących przyczyn: wskazanie na paczce błędnego lub niepełnego adresu, odmowa przyjęcia paczki przez adresata lub osobę upoważnioną do odbioru, nieobecność adresata lub brak środków pieniężnych umożliwiających odebranie paczki pobraniowej. Niedoręczenie paczki jest całkowicie niezależne od wykonawcy, a mimo dochowania należytej staranności i poniesienia w związku z tym kosztu dowiezienia przesyłki, wykonawca nie jest za tę czynność wynagradzany. Awizując przesyłkę lub zwracając do urzędu pocztowego ze względu na brak możliwości doręczenia, wykonawca działa z należytą starannością. Charakter umowy o świadczenie usług, a więc odpowiedzialność nie za rezultat, a jedynie obowiązek należytej staranności, w pełni uprawnia go zatem do otrzymania wynagrodzenia. Natomiast sam Zamawiający od nadawcy pobiera płatność związaną z podjęciem próby doręczenia i zwrotu paczki, nie wynagradzając przy tym podmiotu faktycznie wykonującego czynności z tym związane. Przy tym, pomimo, iż Zamawiający odmawia wykonawcy należnego wynagrodzenia, obliguje go równocześnie do wykonania szeregu czynności wykraczających poza zakres działań podejmowanych w przypadku faktycznego doręczenia przesyłki: wykonawca niezależnie od tego, iż jest obowiązany podjąć próbę doręczenia przesyłki, musi także wystawić odpowiednie dokumenty awiza, dostarczyć przesyłkę do odpowiedniego

urzędu pocztowego, w którym odbierane są przez adresatów przesyłki awizowane, przeprowadzić postępowanie wyjaśniające co do okoliczności uniemożliwiających doręczenie przesyłki, aby możliwy był jej zwrot do nadawcy oraz rozliczyć się z otrzymanej do doręczenia przesyłki.

Kwestionowane postanowienia §13 Wzoru umowy obciążają wykonawcę karą umowną odpowiednio za każdy dzień niepodjęcia pracy przez wykonawcę, za każdy przypadek niepobrania do doręczenia przygotowanych paczek pocztowych i przesyłek pobraniowych wraz z usługą komplementarną oraz za zwrócenie bez próby doręczenia paczek i przesyłek pobraniowych wraz z usługą komplementarną. Jednocześnie § 18 ust. 6 przyznaje Zamawiającemu prawo odstąpienia od umowy w wypadku, gdy wykonawca, bez uzasadnionej przyczyny, przerwał świadczenie usług stanowiących przedmiot umowy na okres dłuższy niż jeden dzień. Jednak § 13 ust. 1, 4 i 5, ani § 18 ust. 6 nie ograniczają możliwości nałożenia kary umownej oraz odstąpienia od umowy do okoliczności zawinionych przez wykonawcę. W rezultacie postanowienia te mają charakter zbyt restrykcyjny, bowiem obciążają wykonawcę odpowiedzialnością odszkodowawczą oraz ryzykiem odstąpienia od umowy w wyniku okoliczności od niego niezależnych. Postanowienie § 18 ust. 1 ma następujące wady: niedookreślona przesłanka odstąpienia powoduje, iż nawet najmniejsza nieprawidłowość w świadczeniu usług może spowodować rozwiązanie umowy, nadmierne uprzywilejowanie Zamawiającego poprzez zaniechanie ustanowienia analogicznego uprawnienia po stronie wykonawcy, a miesięczny termin wypowiedzenia jest zbyt krótki, by zniwelować ryzyko wynikające z kwestionowanego postanowienia polegające na nagłej utracie przychodów. Postanowienie to wykracza poza przyjęte w prawie cywilnym ramy swobody kontraktowej i konieczne jest jego wykreślenie.

Postanowienia pkt. II.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz § 1 ust. 4 Wzoru umowy, pkt II.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz § 1 ust. 5 Wzoru umowy, pkt II.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz § 1 ust. 6 Wzoru umowy umożliwiają arbitralne rozstrzygnięcia jednej ze stron w zakresie przedmiotu umowy, umożliwiają rezygnację z realizacji usług bądź znaczne zmniejszenie świadczenia

na podstawie niejasnych przesłanek, narażają wykonawcę na znaczne ryzyko biznesowe związane z zawarciem umowy, uniemożliwiają racjonalną analizę ekonomiczną długoterminowej umowy i nie przewidują analogicznych uprawnień wykonawcy.

Takie ukształtowanie wzoru umowy uznać należy nie za zabezpieczenie interesów Zamawiającego, a raczej za wykorzystanie pozycji dominującej w sposób sprzeczny z charakterem zawieranej umowy oraz regulacjami prawa cywilnego. Fakt, że Zamawiający tworzy własne, wewnętrzne regulacje (zarządzenia), nie oznacza, iż stają się one częścią obowiązującego porządku prawnego.

Zakres uprawnień, które Zamawiający przyznaje sobie we wzorze umowy jest zbyt daleko idący, a także sprzeczny z charakterem instytucji kary umownej czy odstąpienia od umowy.

Ustawodawca stoi na stanowisku trwałości stosunku zobowiązaniowego, uznając, iż instytucja odstąpienia jest stosowana niejako w ostateczności. Wzór umowy przyznaje Zamawiającemu prawo do odstąpienia od umowy nawet w przypadku niewielkich nieprawidłowości. Ponadto uprawnienie takie Zamawiający przyznaje jedynie sobie, rażąco naruszając równowagę stron.

Pomimo wykreślenia wskazanych zapisów pozycja Zamawiającego pozostanie w dalszym ciągu korzystna, będzie on mógł w pełni korzystać z uprawnień przyznanych w tym zakresie przepisami kodeksu cywilnego (art. 491 i n. k.c.).

Zaskarżone postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wzoru umowy pozostają w sprzeczności z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż powodują, iż zdefiniowany w dokumentacji przetargowej przedmiot postępowania nie ma charakteru trwałego. Zamawiający omija ustawowy nakaz precyzyjnego określenia tego przedmiotu, przyznając sobie arbitralne uprawnienie do jego znacznej modyfikacji już po podpisaniu umowy. Zamawiający jest uprawniony do zmiany ilości przeznaczonych do doręczenia paczek, w stopniu, który może spowodować całkowitą nieopłacalność dalszego świadczenia przez wykonawcę. W ten sposób wykonawcy składający ofertę w postępowaniu nie

są w stanie dokonać miarodajnej kalkulacji kosztów związanych z realizacją zamówienia, bowiem czynniki je kształtujące są zmienne.

Ustalając wartość zamówienia Zamawiający bierze pod uwagę wartość zamówień tego samego rodzaju z poprzedniego okresu obliczeniowego z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych (art. 34 ustawy Prawo zamówień publicznych). Zamawiający zatem musiał uwzględnić również zmiany w ilości wysyłanych przesyłek czy też opróżnianych skrzynek. Zamawiający, jako podmiot profesjonalnie świadczący usługi doręczenia paczek oraz prowadzący działalność na tym polu od wielu lat, posiada niewątpliwie statystyki doręczeń paczek i na tej podstawie jest w stanie ustalić, jakie ilości paczek będą nadane do doręczenia.

Ponadto arbitralna modyfikacja przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia pozwala mu na faworyzowanie jednych podmiotów kosztem innych. Zamawiający poprzez radykalne zmniejszenie przedmiotu zamówienia uzyskuje możliwość usunięcia jednego wykonawcy i doprowadzenia do zawarcia umowy z innym. Przyznanie uprawnień we wskazanym zakresie stanowi naruszenie zasady równości wykonawców wynikającej z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 145 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi modyfikację uprawnienia do ustanowienia prawa odstąpienia, o którym mowa w art. 395 kc i jest uprawnieniem zamawiającego o charakterze szczególnym. Wyjątek w postaci możliwości odstąpienia, zgodnie z zasadami wykładni prawa, nie podlega interpretacji rozszerzającej.

Pkt II.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz § 1 ust. 4 wzoru umowy posługując się sformułowaniem „prawo zrezygnowania z realizacji usług” umożliwiają Zamawiającemu odstąpienie od umowy uzależnione od zmiany organizacji pracy Zamawiającego, a zatem okoliczności niesprecyzowanej i leżącej wyłącznie po stronie jednej ze stron umowy.

Postanowienie to narusza bezwzględnie obowiązujący przepis art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych rozszerzając w sposób nieuprawniony możliwość Zamawiającego do odstąpienia od umowy o okoliczności nie

wymienione w ustawie. Zaskarżony zapis nie obejmuje okoliczności, o których mowa w art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem te zostały pośrednio inkorporowane do § 12 ust. 2 wzoru umowy.

Planowanie przez Zamawiającego zmian organizacyjnych nie może uzasadniać rezygnacji przez niego z zawartej umowy. Przed ogłoszeniem przetargu winien on określić swoje potrzeby w okresie obowiązywania umowy. Ewentualna reorganizacja powinna zostać przeprowadzona przed zawarciem umowy bądź po zakończeniu okresu jej obowiązywania. Przerzucanie na drugą stronę całości ryzyka związanego z funkcjonowaniem Zamawiającego stanowi zatem nie tylko naruszenie art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz również sprzeczne jest z zasadą swobody umów.

Art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że Zamawiający uprawniony jest do modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w uzasadnionych przypadkach. Wnioskowana modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest konieczna, mając na uwadze sprzeczność wskazanych postanowień z obowiązującym prawem. Rezygnując z modyfikacji Zamawiający dopuścił się zatem naruszenia art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stanowisko Zamawiającego przedstawione w rozstrzygnięciu protestu.

1. Zamawiający nie naruszył zasady swobody umów. Kwestionowane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i projektu umowy w sposób jednakowy odnoszą się do wszystkich uczestniczących w postępowaniu wykonawców, mieszczą się w granicach prawa i nie noszą znamion jego nadużycia. Z treści art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika dla Zamawiającego nie tylko zobowiązanie do ustalenia warunków umowy już na etapie publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale również uprawnienie do ich ukształtowania zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Zamawiający określił, na jakich warunkach chce zawrzeć umowę z wykonawcami, działając w określonym celu i biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia tak, aby uzyskać zamierzony efekt. Ustawodawca stwarzając system udzielania zamówień publicznych ograniczył prawo stron do

swobodnego kształtowania warunków umowy na dwa sposoby – odbierając Zamawiającemu prawo do swobodnego wyboru wykonawcy, jednocześnie ustanowił dla niego podmiotowe prawo do jednostronnego ustalenia warunków umowy. Zamawiający ustalając warunki umowy dba o zabezpieczenie swoich interesów. Podstawowym celem zasady swobody zawierania umów jest to, że obie strony umowy godzą się na wprowadzenie do niej pewnych postanowień, jak również to, iż każda ze stron może na dane postanowienia się nie zgodzić, a Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zmian proponowanych w proteście.

2. Treść zapisów załącznika nr 2 do wzoru umowy nie może zostać zmieniona, ponieważ Zamawiający, zgodnie z zapisem § 7 „Instrukcji w sprawie stosowania przez jednostki organizacyjne ppup Poczta Polska systemu motywacyjnego dla poprawy skuteczności doręczania paczek pocztowych” wprowadzonej Zarządzeniem Nr 16 Dyrektora Generalnego Poczty Polskiej z 19 lutego 2003 r. stosuje jednolite przepisy, które definiują, kiedy paczki uznawane są za skutecznie doręczone w stosunku do wykonawców wyłonionych w drodze przeprowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jak i swoich pracowników.

3. Zamawiający nie zgodził się na zmianę § 13 ust. 1, 4 i 5 oraz wykreślenie § 18 ust. 1 i 6 wzoru umowy, ponieważ są one koniecznymi klauzulami zabezpieczającymi należyte wykonanie zamówienia oraz, aby w przypadku, nieprawidłowego realizowania umowy przez wybranego wykonawcę, wyposażyć Zamawiającego w mechanizmy, które skłonią wykonawcę do prawidłowej realizacji umowy, ewentualnie zrównoważą straty Poczty Polskiej w przypadku niewłaściwej realizacji umowy, gdyż nienależyte realizowanie umowy lub przerwanie bez uzasadnionej przyczyny świadczenia usług stanowiących przedmiot umowy narażają Zamawiającego na wymierne straty finansowe, jak również rzutują na wizerunek Poczty Polskiej

4. Zamawiający nie zgodził się na wykreślenie lub zmianę pkt. II.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz § 1 ust. 2 (właściwie § 1 ust. 4), pkt. II.4 oraz § 1 ust. 3 (właściwie § 1 ust. 5), pkt. II.5 oraz § 1 ust. 4 (właściwie § 1 ust. 6), ponieważ wynikają one ze specyfiki przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie jest w stanie określić z góry, ile paczek będą

wysłać klientowi Poczty Polskiej ani jak w dalszym ciągu będzie przebiegać jej reorganizacja. Zamawiający starał się opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wszystkie podmioty gospodarcze miały do niego dostęp. W załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia podał średnie miesięczne ilości przesyłek przeznaczonych do doręczenia w okresie trwania umowy, zaś w załączniku nr 3 do umowy „Instrukcja świadczenia usługi doręczania paczek i przesyłek pobraniowych o wymiarach większych niż 297x210x20mm” oraz w załączniku nr 4 „Doręczanie przesyłki pobraniowej z żądaniem nadawcy sprawdzenia zawartości przesyłki przez odbiorcę” został szczegółowo opisany zakres świadczenia usługi. Na tej podstawie Wykonawca winien skalkulować cenę oferty. To w gestii wykonawcy leży zorganizowanie sobie pracy tak, aby mógł bez przeszkód realizować przedmiot zamówienia.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Kwestionowane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia mają następujące brzmienie:

pkt II.3. „W przypadku zmiany organizacji pracy Zamawiającego, Zamawiający zastrzega sobie prawo zrezygnowania z realizacji usług opisanych w siwz. Wykonawca wyraża zgodę i nie będzie dochodził roszczeń z tytułu niezrealizowania całej usługi. Informację o powyższej zmianie Zamawiający przekaze Wykonawcy w formie pisemnej, na co najmniej 1 miesiąc przed planowanym terminem wprowadzenia zmian. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany granic rejonów, miejsca pobierania lub awizowania paczek lub zmiany planu objazdu rejonów skrzynkowych na co Wykonawca wyraża zgodę i nie będzie z tego tytułu dochodził roszczeń finansowych.”

pkt II.4. „Określone w załącznikach ilości przesyłek oraz nadawczych skrzynek pocztowych przeznaczonych do opróżnienia w ramach

świadczonych usług są szacunkowe i mogą ulec zwiększeniu lub zmniejszeniu w miesiącu rozliczeniowym w zależności od potrzeb Zamawiającego, na co Wykonawca wyraża zgodę.”

pkt II.5. „Zamawiający zastrzega, że w miarę potrzeb ilość przesyłek oraz nadawczych skrzynek pocztowych przeznaczonych do opróżnienia może ulec zmniejszeniu w trakcie realizacji zamówienia, ale nie więcej niż 50% wartości całego zamówienia.”

Odpowiadają im następujące postanowienia wzoru umowy:

§ 1 ust. 4 „W przypadku zmiany organizacji pracy Zamawiającego, Zamawiający zastrzega sobie prawo zrezygnowania z realizacji usług opisanych w siwz. Wykonawca wyraża zgodę i nie będzie dochodził roszczeń z tytułu niezrealizowania całej usługi. Informację o powyższej zmianie Zamawiający przekaze Wykonawcy w formie pisemnej, na co najmniej 1 miesiąc przed planowanym terminem wprowadzenia zmian.”

§ 1 ust. 5 „Określone w załącznikach ilości przesyłek w ramach świadczonych usług są szacunkowe i mogą ulec zwiększeniu lub zmniejszeniu w miesiącu rozliczeniowym w zależności od potrzeb Zamawiającego, na co Wykonawca wyraża zgodę.”

§ 1 ust. 6 „Zamawiający zastrzega, że w miarę potrzeb ilość przesyłek może ulec zmniejszeniu w trakcie realizacji zamówienia ale nie więcej niż 50% wartości całego zamówienia.”

Kwestionowane punkty § 13 brzmią następująco:

Wykonawca z tytułu niewykonywania lub nienależytego wykonywania usług określonych w § 1, zapłaci Zamawiającemu kary umowne w przypadkach i wysokościach określonych poniżej :

1. Zamawiający naliczy kary umowne w wysokości 500,00 zł za każdy dzień nie podjęcia pracy przez Wykonawcę.
4. Za każdy przypadek nie pobrania do doręczenia przygotowanych paczek pocztowych i przesyłek pobraniowych wraz z usługą komplementarną wypłaty karę umowną w wysokości 200,00 zł.
5. W przypadku pobrania, ale zwrócenia bez próby doręczenia paczek i przesyłek pobraniowych wraz z usługą komplementarną, karę umowną

w wysokości ustalonej w umowie stawki bazowej brutto (dla danego zadania), za każdą tego typu paczkę lub przesyłkę pobraniową.

Kwestionowane punkty § 18 brzmią następująco:

„§ 18 ODSTĄPIENIE OD UMOWY

Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w następujących sytuacjach:

1. Kiedy Wykonawca nienależycie wykonuje przyjęte na siebie zobowiązania wynikające z przedmiotowej umowy,
6. Wykonawca, bez uzasadnionej przyczyny, przerwał świadczenie usług stanowiących przedmiot umowy na okres dłuższy niż jeden dzień.”

Izba zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach – tak więc z samych przepisów prawa wynika, iż to zamawiający jest uprawniony do decydowania o kształcie i zapisach umowy tak, aby uwzględniała ona jego potrzeby i wymagania i w jak najlepszym stopniu pozwalała na zrealizowanie zamówienia. Wskazuje na to wyraźnie brzmienie tego przepisu *in fine*: „jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”.

Należy stwierdzić bowiem, iż już sam system zamówień publicznych ogranicza prawo stron do swobodnego kształtowania warunków umowy. Ustawodawca, odbierając zamawiającemu prawo do swobodnego wyboru kontrahenta, jednocześnie ustanowił dla niego prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy. Jest również rzeczą zrozumiałą, iż zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich

interesów. Podstawowym celem zasady swobody zawierania umów jest to, iż obie strony umowy godzą się na wprowadzenie do niej pewnych postanowień, jak również to, iż każda ze stron może na dane postanowienia się nie zgodzić. Natomiast wyrazem swobody zawierania umów, której może dać wyraz wykonawca, jest to, iż umowy z zamawiającym nie zawrze (swobody takiej nie ma zamawiający, który zobowiązany jest zawrzeć umowę z wykonawcą wyłonionym w trakcie procedury o udzielenie zamówienia publicznego, a nie może jej zawrzeć bez przeprowadzenia owej procedury).

Przyznana przez ustawodawcę rola zamawiającego w tym zakresie wynika również z tego, iż po stronie potencjalnych wykonawców istnieje wiele podmiotów, które mogą mieć różne zapatrywania i oczekiwania co do postanowień umowy.

Oczywiście prawo zamawiającego do ustalenia warunków umowy ma swoje ograniczenie – zamawiający nie może swojego prawa podmiotowego nadużywać.

Jakkolwiek pozycja Zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy swojego kontrahenta i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone. W przypadku takich zamówień jak niniejsze, na etapie zawierania umowy stronom nieznany jest jeszcze zakres usług, które rzeczywiście zostaną wykonane w trakcie tej umowy, jak też koszt i zakres obciążeń, które przypadną każdej ze stron, więc obie strony uważają, iż ponoszą większe ryzyko kontraktowe. Z tego powodu ustalenie postanowień, które zapewniłyby jak najpełniejszą możliwą równowagę interesów obu stron, jest bardzo trudne.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego punktu II.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia i § 1 ust. 4 wzoru umowy oraz punktu II.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i § 1 ust. 6 wzoru umowy Izba uznała, że jakkolwiek trudno stwierdzić w tym przypadku naruszenie zasady swobody umów, o tyle postanowienia te naruszają zasadę wynikającą z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym 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.

Pomijając fakt, czy sama instytucja wypowiedzenia umowy o zamówienie publiczne jest zgodna z prawem, bowiem istnieją opinie, zgodnie z którymi uznawana jest ona za wątpliwą, jeśli nie wręcz kłócacą się z samą istotą tej umowy, a więc niedozwoloną, Izba uznała iż wskazane, konkretne postanowienie umowy nie jest dopuszczalne.

Zgodnie z punktem III.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz § 1 ust. 15 wzoru umowy umowa ma zostać zawarta na okres 3 lat lub na okres krótszy, w przypadku wykorzystania całości wartości umowy. Jak wyjaśnił Zamawiający na rozprawie, okres taki został ustalony ze względu na to, iż wykonawcy przy takim okresie są w stanie złożyć najkorzystniejszą cenowo dla Zamawiającego oferty wynikające z kalkulacji ich własnych kosztów świadczenia usługi, zwłaszcza leasingu samochodów.

Tak więc Zamawiający sam przyznaje, iż okres świadczenia usługi ma duże znaczenie dla ceny oferty, a więc niewątpliwie jest okolicznością mającą wpływ na jej sporządzenie. Niepewność co do okresu świadczenia powoduje bowiem niepewność co do zasad kalkulacji, a więc i wysokości jej ceny. W niniejszym przypadku dużą wagę odgrywa też okoliczność, iż Zamawiający wiedząc, że nastąpią u niego poważne zmiany organizacyjne, decyduje się na zawarciu długotrwałego kontraktu z góry zakładając, iż prawdopodobnie tę umowę rozwiąże. Dodatkowo, punkt II.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia i § 1 ust. 4 wzoru umowy pozbawiają wykonawcę prawa do dochodzenia z tego tytułu odszkodowania lub innej rekompensaty, niezależnie od poniesionych przez niego kosztów związanych z zaangażowaniem w realizację tej umowy, jak np. wspomniany leasing samochodów.

Zdaniem Izby takie skonstruowanie postanowień umowy stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania warunków umowy, a tym samym nie zasługuje na ochronę, zatem punkt II.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia i § 1 ust. 4 umowy powinny zostać wykreślone.

Również punkt II.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i § 1 ust. 6 wzoru umowy naruszają art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ zostały skonstruowane tak, iż wprowadzają niepewność wykonawców co do wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty w jej najistotniejszym elemencie, tj. na jej cenę.

Zgodnie z załącznikiem 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający przewiduje doręczanie łącznie dla wszystkich zadań 1.537.200 paczek i opróżnianie 23.400 skrzynek pocztowych. Przy tym, zgodnie z punktem VII.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia i § 8 ust. 1 wzoru umowy (załącznik 5 i 5a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) wynagrodzenie wykonawcy będzie oparte o liczbę dostarczonych paczek i opróżnionych skrzynek. Zatem prawidłowe obliczenie ceny jednostkowej za jedną paczkę ma dla wykonawców zasadnicze znaczenie. Powszechnie wiadome jest, iż kalkulacja taka zależy w dużej mierze od przyjętej do obliczeń ilości paczek. Zrozumiałe jest, iż faktyczny zakres umowy (nadanych przesyłek) nie zależy od Zamawiającego, więc w chwili obecnej nie jest on w stanie podać dokładnej ich liczby, jak też zapewnić potem ich nadania, zatem założenie pewnego marginesu błędu jest słuszne. Z praktyki wynika, iż w podobnych sytuacjach dla zamawiających i wykonawców najczęściej obustronnie akceptowalna jest zmiana w granicach 10%, tak jak w jednej z propozycji przedstawił Odwołujący. Oczywiście jednak nie istnieją przepisy ani uniwersalne ustalenia, jaki ten margines może lub powinien być, zależy on bowiem od indywidualnych okoliczności danego zamówienia. Jasne jednak jest, iż nie może on obejmować aż połowy zamawianej usługi. Zatem potencjalne zmniejszenie rozmiaru usługi aż o 50% powoduje, iż Zamawiający nie wypełnia dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinien więc to postanowienie skorygować.

Natomiast postanowienie zawarte w punkcie II.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia i § 1 ust. 5 wzoru umowy Izba uznała za dopuszczalne. Jak już stwierdzono powyżej, jakkolwiek Zamawiający w załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia podał

zakładane ilości przesyłek, jednak oczywiste jest, iż nie jest w stanie zagwarantować, iż liczby te zostaną co miesiąc zrealizowane co do sztuki, lecz na pewno będą one mniejsze lub większe. Jakkolwiek wprowadzenie granicy procentowej byłoby korzystne dla wykonawcy, obecne brzmienie tego postanowienia nie narusza prawa, a mogłoby z kolei zbytnio obciążać Zamawiającego. Dla zapewnienia względnej równowagi stron, zdaniem Izby, wystarczające jest zapewnienie ogólnej ilości przesyłek w trakcie trwania całej umowy.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez zastosowaną definicję „paczki skutecznie doręczonej” w załączniku nr 2 do wzoru umowy i żądania jej zmiany Izba stwierdziła, iż zarzut się nie potwierdził.

Kwestionowane postanowienie ma następujące brzmienie: „Zgodnie z § 7 „Instrukcji w sprawie stosowania przez jednostki organizacyjne ppup Poczta Polska systemu motywacyjnego dla poprawy skuteczności doręczania paczek pocztowych” wprowadzonej Zarządzeniem Nr 16 Dyrektora Generalnego Poczty Polskiej z dnia 19 lutego 2003 roku, za skutecznie doręczone uznawane są paczki: 1. faktycznie doręczone adresatom, 2. przekazane do doręczenia i awizowane na życzenie adresata – domniemanie uszkodzenia, żądanie sprawdzenia wagi paczki przed jej odbiorem, przekazane do doręczenia, ale niedoręczone: adresat zmarł, zmienił miejsce zamieszkania, odmówił przyjęcia.

Zarzut ten zasadniczo dotyczy nie samej definicji, lecz faktu, iż wykonawca nie będzie otrzymywał wynagrodzenia za paczki, które nie są „paczkami skutecznie doręczonymi”, a nawet będzie ono zmniejszane, pomimo iż wykonał umówioną usługę, lecz doręczenie nie było możliwe z powodu błędnego lub niepełnego adresu, nieobecności adresata, braku środków pieniężnych na odbiór paczki pobraniowej. Jakkolwiek takie jest założenie umowy, należy przyznać rację Zamawiającemu, iż jego celem nie było pozbawienie wykonawcy wynagrodzenia za tę część usługi, lecz ujęcie jej w cenie „paczek skutecznie doręczonych”. Wynika to jednoznacznie z punktu VI.2.a i b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym

Zamawiający zawarł instrukcję obliczenia ceny, z której wynika, iż wykonawca powinien określić cenę jednostkową netto – stawkę bazową za faktycznie doręczoną 1 paczkę i przesyłkę pobraniową wraz z usługą komplementarną przy skuteczności 80,01-81%, uwzględniając składniki niezbędne do zrealizowania zamówienia na podstawie niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia i analogicznie wartość całej oferty. Przy czym z treści wskazanego załącznika nr 2 wynika, iż Zamawiający stosuje system kar i premii mający podnosić wskaźnik doręczeń. Jest to zrozumiałe działanie biznesowe Zamawiającego. Poza tym, zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, postanowienie takie wynika także z jego negatywnych doświadczeń z doręczycielami, którzy nie dokonywali doręczeń, a wyłącznie awizowali przesyłki. Przy tym co najmniej kwestia nieobecności adresatów jest w dużej mierze zależna od wykonawcy, gdyż uwarunkowana jest m.in. godziną, w której będą podejmowane próby doręczenia.

Postanowienie istniejące jest niewątpliwie mniej korzystne dla wykonawcy niż proponowane, jednak Izba nie dopatrzyła się w nim naruszenia prawa, a zatem nie stwierdziła konieczności nakazania Zamawiającemu jego zmiany.

Zdaniem Izby nie potwierdziły się również zarzuty postawione w stosunku do § 13 pkt 1, 4 i 5 oraz § 18 pkt 1 i 6 wzoru umowy i w związku z tym nie występuje konieczność ich zmiany.

Już same uregulowania instytucji kary umownej w kodeksie cywilnym wskazują na to, iż jest ona naliczana „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Art. 483 § 1 kc stanowi, iż strony mogą zastrzec, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy – kary umownej. Na niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jako podstawę naliczenia kary powołuje się również Zamawiający w § 13 wzoru umowy. Przy tym należy wziąć również pod uwagę treść art. 471 kc, z którego wynika, iż, dłużnik, a więc w tym wypadku wykonawca, nie jest zobowiązany do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, jeśli jest ono następstwem okoliczności, za które dłużnik nie

ponosi odpowiedzialności. Zatem w przypadku nienależnego naliczenia kar umownych wykonawca jest chroniony systemem prawa cywilnego.

Podkreślić przy tym należy, iż kary umowne dla zamawiającego nie pełnią roli ściśle odszkodowawczej. Co do zasady ich znacznie ważniejszą dla zamawiającego rolą jest ich funkcja stymulacyjna, dyscyplinująca wykonawcę do prawidłowego wykonania zamówienia. Zwłaszcza, iż zmiana kontrahenta jest dla zamawiającego, przy zastosowaniu procedur udzielania zamówień publicznych, czasochłonna i uciążliwa.

Również kwestionowane postanowienia zawarte w punkcie 1 i 6 § 18 dotyczące rozwiązania umowy znajdują swoje uzasadnienie. Brzmienie punktu 1. „nienależycie wykonuje” wskazuje nie na jednostkowe uchybienie, lecz na pewną ciągłość lub powtarzalność nieprawidłowo świadczonej usługi. Natomiast punkt 6. odnosi się do przerwania świadczenia usługi „bez uzasadnionej przyczyny”. Jakkolwiek jest to w tym momencie przesłanka niedookreślona, nie znaczy, że okaże się dla wykonawcy niekorzystna.

Natomiast zarzut naruszenia art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie był podniesiony w proteście, zatem, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może zostać przez Izbę rozpatrzony.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania. Izba nie przyznała Odwołującemu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, gdyż złożony wniosek nie został poparty rachunkiem, co jest podstawą przyznania tego wynagrodzenia, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....