

WYROK

z dnia 19 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę **Poczta Polska S.A.** z siedzibą w **Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Polska Grupa Energetyczna S.A.** z siedzibą w **Warszawie,**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Poczta Polska S.A.** z siedzibą w **Warszawie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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:

Uzasadnienie

PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługi pocztowe dla Spółtek GK PGE na okres 24 miesięcy”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 kwietnia 2016 r., nr 2016/S 077-138087..

W dniu 29 kwietnia 2016 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 29 kwietnia 2016 r.) na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej „SIWZ”, i ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 oraz 2 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, utrudniający uczciwą konkurencję;
2. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87-89 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe oraz art. 5 i 353 kodeksu cywilnego poprzez wprowadzenie do wzoru umowy zapisów naruszających przepisy prawa, poprzez nałożenie kar umownych za okoliczności niezależne od wykonawcy, kary w wysokości niewspółmiernej do wagi naruszenia oraz dające nieuzasadnioną przewagę zamawiającemu, co prowadzi do nadużycia jego prawa podmiotowego;
3. art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunku posiadania uprawnień ustawowych w zakresie konsorcjum;
4. 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;
5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
6. inne wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, iż:

Oдноśnie zarzutu określonego w punkcie 1 Pkt 1 OPZ odwołujący wniósł o jego usunięcie z pkt 1.7 OPZ, 51 ust. 3 pkt 2 i 3 Wzoru umowy, pkt III.4 OPZ oraz wszystkich miejsc, w których pojawia się w SIWZ takich postanowień, które zobowiązują wykonawcę do stosowania przepisów kpc, rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 października 2010 r. w sprawie szczegółowego trybu i sposobu doręczania pism sądowych w postępowaniu cywilnym (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 1222), w tym stosowania odpowiednich zwrotek, kpk oraz rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 grudnia 2014 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu doręczania pism sądowych w postępowaniu karnym (Dz. U. 2015r. poz. 82).

Oдноśnie zarzutu określonego w punkcie 2 Pkt 15.1-3. OPZ odwołujący podniósł m.in., iż zgodnie z Załącznikiem nr 1a - Wykaz lokalizacji, Zamawiający wskazał, iż w niektórych lokalizacjach odbiór korespondencji winien nastąpić do godziny 16:00, a nadanie przesyłek pocztowych przez Wykonawcę następować będzie w dniu ich odbioru od zamawiającego. Takie postanowienie jest sprzeczne z przepisami Prawa Pocztowego oraz przepisami wykonawczymi wydanymi na jej podstawie, które jako graniczną godzinę będącą podstawą do uznania, iż przesyłka nadana została w danym dniu roboczym przyjmują godzinę 15:00. Modyfikacja przez zamawiającego granicznej godziny nadania przesyłki, tak aby została ona uznana za nadaną w danym dniu roboczym, jest niedopuszczalna. Co więcej, przy pozostawieniu dotychczasowych zapisów OPZ operator wyznaczony, obowiązany do przestrzegania granicznych godzin nadania przesyłek wyznaczonych przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa, nie może sprostać wymaganiom zamawiającego co do godzin nadania, co prowadziłoby do nieuzasadnionej dyskryminacji tego podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia, a tym samym do naruszenia także art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Postanowienie to narusza również uczciwą konkurencję, gdyż aby się do niego dostosować, odwołujący zmuszony byłby do zmiany swojej technologii i organizacji pracy, podczas gdy jego sieć logistyczna pracuje z uwzględnieniem godziny granicznej 15:00. Ponadto, w przypadku nadania przesyłek pocztowych w innym dniu niż w dniu odbioru od zamawiającego zamawiający ma prawo rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia, a także żądania zapłaty kary w wysokości równowartości 20% kwoty umowy. Reasumując odwołujący wniósł o modyfikację OPZ poprzez ustalenie granicznej godziny nadania przesyłek na godzinę 15:00.

Oдноśnie zarzutu określonego w punkcie 3 odwołujący podniósł m.in., iż Załącznik nr 1a - Wykaz lokalizacji określa również godziny dostarczania przesyłek. Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym. Zamówieniem powinna być objęta tylko i wyłącznie korespondencja wychodząca od zamawiającego. Zamawiający niezasadnie postawił wymóg doręczania korespondencji przychodzącej do zamawiającego (nadawanej przez prywatnych nadawców,

jak i przez innych zamawiających) w ściśle określonych godzinach każdego dnia. Każde ponadstandardowe wymaganie dotyczące godzin doręczenia korespondencji do zamawiającego powoduje konieczność dostosowania całej sieci logistycznej danego operatora poprzez zmiany logistyczno - organizacyjne, co niejednokrotnie może być niemożliwe. Każda przesyłka wysyłana z dowolnego miejsca w kraju, co do zasady najpierw trafia do najbliższego węzła ekspedycyjno - rozdzielczego, skąd transportowana jest w odpowiednim kierunku razem z innymi przesyłkami tam kierowanymi. Następnie jest rozdzielana na poszczególne placówki i przekazywana doręczycielom, którzy doręczają przesyłki na danym terenie w określonej kolejności. Zmiana godzin doręczenia zaburzałaby pracę sieci logistycznej na całym terenie. Wobec powyższego określanie konkretnych godzin doręczania przesyłek nadchodzących do zamawiającego stanowi naruszenie przepisów Pzp.

Odnośnie zarzutu określonego w punkcie 4 odwołujący podniósł m.in., iż obowiązek posiadania placówek wskazanych do realizacji przedmiotu zamówienia zlokalizowanych w odległości (mierzonej w linii prostej) nie większej niż 10 km od siedziby lokalizacji zamawiającego tam wskazanych, przy czym placówki nadawczo/odbiorcze powinny być w miejscach, w których zamawiający wymaga dwóch placówek, jedna powinna być czynna minimum do godziny 24.00, ma charakter nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i dyskryminujący wykonawców, którzy dysponują takimi placówkami, ale czynnymi nieco krócej i zlokalizowanymi dalej. Taki wymóg jest nadmierny. Lokalizacji zamawiającego jest około 220, niejednokrotnie w mniejszych miastach. Pozostawienie wymogu może doprowadzić do sytuacji, że wykonawcy będą oferować placówki, a właściwie stanowiska pocztowe w sklepach całodobowych, aptekach itp., co dyskryminuje wykonawcę dysponującego siecią placówek typowo pocztowych. Postanowienia SIWZ w tym zakresie są więc są wadliwe i niekonkurencyjne, utrudniają złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty. Dlatego postawienie ww. wymogu, jest nadmierne i niepotrzebne, a przy tym rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji, gdyż eliminuje z udziału w postępowaniu tych wykonawców, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać oferentom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Dodatkowo, żądanie konkretnej odległości oraz godzin funkcjonowania placówek nie jest w żaden sposób uzasadnione potrzebami zamawiającego, w szczególności w zakresie mniejszych miejscowości. Ww. wymóg należy uznać za warunek nadmierny, który ogranicza dostęp do zamówienia odwołującemu, który dysponuje tożsamą liczbą placówek z pewnym ograniczeniem w zakresie jedynie kilku placówek. Wymóg taki prowadzi zatem do ograniczenia uczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnośnie zarzutu określonego w punkcie 5 odwołujący podniósł m.in., iż zamawiający przewiduje przeprowadzenie audytów na każde jego żądanie, nie podając na czym dokładnie taki audyt miałby polegać. Nie wiadomo dokładnie, jakich informacji, które byłyby związane z wykonywaniem umowy, będzie żądał zamawiający oraz jakie czynności przeprowadzi. Postanowienie to wprowadza rażącą nierównowagę pozycji stron umowy. Dodatkowe uprawnienie zamawiającego przeprowadzenia audytu na każde wezwanie powoduje, że wykonawca, nie będzie w stanie przygotować się do kontroli, nie wiedząc równocześnie co będzie jej przedmiotem. Zamawiający nie ma odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, aby przeprowadzić audyt prawidłowości wykonywania usług pocztowych. Jeśli będzie uważał, że usługa została nieprawidłowo wykonana, może zawsze złożyć reklamację. Audyt mógłby naruszać tajemnicę korespondencji innych nadawców i adresatów oraz tajemnicę przedsiębiorstwa Poczty Polskiej. Nie określono również skutków audytu i możliwości jego weryfikacji przez niezależnych ekspertów z dziedziny prawa pocztowego.

Odnośnie zarzutu określonego w punkcie 6 odwołujący podniósł m.in., iż krajowy ustawodawca określając wymogi dotyczące operatora wyznaczonego wskazuje jednocześnie warunki świadczenia usług pocztowych, które zapewniają określoną jakość. W niniejszym postępowaniu zamawiający formułując warunek dotyczący funkcjonowania placówek w soboty, który jest zdecydowanie surowszy od warunku przewidzianego w rozporządzeniu wobec operatora wyznaczonego, co narusza zasadę proporcjonalności warunków postępowania. Określony warunek ogranicza konkurencję w postępowaniu, a tym samym stanowią warunek nadmierny i nieproporcjonalny. Ponadto, każde dodatkowe, niewystępujące dotychczas, żądanie dot. otwarcia placówek powoduje konieczność dostosowania całej sieci placówek danego operatora, jest kosztowne i w rezultacie wpływają niekorzystnie na cenę oferty.

Odnośnie zarzutu określonego w punkcie II (Warunek udziału w postępowaniu określony w sposób niezgodny z art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp) odwołujący podniósł m.in., iż możliwość wspólnego ubiegania się o realizację zamówienia publicznego wynika wprost z art. 23 ustawy Pzp. Przepis ten zezwala wykonawcom, którzy samodzielnie nie spełniają warunków udziału w postępowaniu lub nie dysponują potencjałem gwarantującym rzetelną realizację umowy na udział w postępowaniach poprzez łączenie odpowiednich zasobów członków konsorcjum. Ponadto, art. 23 ust. 3 ustawy Pzp wprowadza nakaz odpowiedniego stosowania wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie przepisów o wykonawcy. Oznacza, że art. 22 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp winny być stosowane do konsorcjum nie w sposób bardziej rygorystyczny, niż do wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o zamówienie. Tylko i wyłącznie w sytuacjach, w których realizacja całości zamówienia będzie wymagała posiadania uprawnień i wszyscy uczestnicy konsorcjum będą zaangażowani w wykonywanie takiego zamówienia, warunek udziału w

tym zakresie będzie musiał być spełniony przez wszystkich uczestników konsorcjum. Dotyczy to przypadków, gdy przedmiot zamówienia ma charakter jednorodny i obejmuje swoim zakresem wyłącznie działalność wymagającą uzyskanie odpowiedniego zezwolenie, licencji czy koncesji. Przedmiot zamówienia, obejmuje prócz świadczenia usług pocztowych, wykorzystanie internetowej platformy elektronicznej. Nie każdy operator pocztowy musi posiadać kwalifikacje do wykonania odpowiedniej platformy informatycznej. W takiej sytuacji może przystąpić do postępowania wspólnie z wykonawcą z branży informatycznej, który będzie faktycznie realizował część zamówienia jedynie w zakresie platformy, nie będzie natomiast świadczył usług pocztowych, a co za tym idzie nie musi posiadać wpisu do rejestru operatorów pocztowych. Reasumując podniósł, iż w przypadku gdy przedmiot zamówienia nie ma charakteru jednorodnego, a przedmiot zamówienia prócz usług pocztowych obejmuje wykorzystanie platformy elektronicznej, to niezasadne jest wymaganie od każdego członka konsorcjum, który planuje realizować zamówienie, posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej.

Odnośnie zarzutu określonego w punkcie III (Określenie sposobu weryfikacji kryteriów oceny ofert w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców) odwołujący podniósł m.in., iż kryterium społeczne zostało zdefiniowane jako liczba zatrudnionych pracowników na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy przy wykonywaniu czynności w zakresie przyjmowania, transportowania, doręczania, sortowania i wydawania przesyłek pocztowych (m.in.: doręczyciele - listonosze, osoby wydające korespondencję) z uwzględnieniem personelu podwykonawców. Kryterium to będzie oceniane na podstawie oświadczenia Wykonawcy złożonego w formularzu oferty, w którym określi liczbę osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia w zakresie przyjmowania, transportowania, doręczania, sortowania i wydawania przesyłek pocztowych (m.in.: doręczyciele - listonosze, osoby wydające korespondencję), z uwzględnieniem personelu wszystkich podwykonawców. Żądanie dokonania podziału sumy liczby etatów poszczególnych Zamawiających jest wymogiem nadmiernym i niepotrzebnym do oceny kryterium społecznego. Tym bardziej, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych na terenie całego kraju, a nie przykładowo roboty budowlane, gdzie można faktycznie wykazać liczbę osób dedykowaną do pracy na konkretnym obiekcie budowlanym.

Odnośnie zarzutu określonego w punkcie IV (Wprowadzenie do wzoru umowy zapisów naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, nakładające kary umowne za okoliczności niezależne od wykonawcy, kary w wysokości niewspółmiernej do wagi naruszenia oraz dające nieuzasadnioną przewagę zamawiającemu) odwołujący podniósł m.in., iż

Pkt 1

Art. 87 ust. 1 Prawa pocztowego wskazuje bowiem, iż 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. W świetle rzeczzonego 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, niż przewidują to Istotne Postanowienia Umowy. Tylko wówczas dopuszczalne jest przejście na ogólne zasady odpowiedzialności i - przykładowo - określenie odrębnych kar umownych w umowie o świadczenie usług pocztowych. Innymi słowy 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.

Pkt 2

Kary umowne wskazane w poszczególnych podpunktach § 8 Wzoru umowy naruszają wskazane w petitum przepisy, z przyczyn opisanych poniżej.

A.

Zamawiający jest uprawniony do żądania zapłaty przez Wykonawcę kary umownej w przypadku zwłoki w odbiorze przesyłek pocztowych od zamawiającego - w wysokości 1.000 (słownie: jeden tysiąc) złotych za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w ich odbiorze. Umowa między zamawiającym a wykonawcą winna zmierzać do zabezpieczenia interesów obu stron, a kara umowna nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie zamawiającego, ponieważ jej celem jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych na siebie obowiązków umownych. Oczywiście zamawiającemu przysługuje uprawnienie żądania od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach, jakie zostały określone w SIWZ. Aczkolwiek zamawiający nie może dowolnie formułować postanowień w zakresie kar umownych, jeżeli wykraczają poza unormowanie art. 353¹ k.c.. Zgodnie z ogólnymi zasadami prawa cywilnego, do których w przypadku regulacji dotyczących umowy odwołuje się ustawa Pzp, nie można prawa podmiotowego nadużywać.

B.

Zamawiający jest uprawniony do żądania zapłaty przez Wykonawcę kary umownej w przypadku nieuzasadnionego zwrotu, przygotowanych przez Zamawiającego do nadania przesyłek pocztowych - w wysokości 1.000 (słownie: jeden tysiąc) złotych za każdy

przypadek nieuzasadnionego zwrotu (zwrot dotyczy zarówno pojedynczej przesyłki pocztowej jak i jej części bądź całości partii przekazanych do nadania w danym dniu).

Zamawiający, zgodnie z § 3 ust. 1 Wzoru umowy, zobowiązuje się do przygotowania przesyłek pocztowych do nadania w formie odpowiadającej wymaganiom dla danego rodzaju przesyłek pocztowych, w stanie uporządkowanym oraz do sporządzenia dla nich elektronicznej książki nadawczej przy wykorzystaniu Platformy. Często zwroty przesyłek do nadawcy wynikają z nieprawidłowego zaadresowania, błędu w nazwie adresata lub w adresie. Zatem, wykonawca nie może odpowiadać i ponosić negatywnych konsekwencji związanych z nieprawidłowym przygotowaniem do nadania przesyłek. Ponadto, zamawiający nie zdefiniował co rozumie pod pojęciem „nieuzasadnionego zwrotu”, ani nie wymienił enumeratywnie katalogu przesłanek uzasadniających zwrot. Ww. sformułowanie jest niewątpliwie niejednoznaczne i niewyczerpujące.

C.

Odwołujący zwraca uwagę, że brak definicji „zawieszenia funkcjonowania Platformy” uniemożliwia ustalenie faktycznych przypadków możliwości naliczenia kary. Ponadto, z Platformy korzystać będzie zarówno operator pocztowy jak i zamawiający. Dodatkowo, nie sposób uznać, że do prawidłowego funkcjonowania Zamawiającego niezbędne jest aby platforma pracowała w trybie ciągłym.

Na uwagę zasługuje również, że w przypadku okresowego zawieszenia funkcjonowania Platformy trwającego dłużej niż 2 godziny Zamawiający nie określił żadnej przesłanki uniemożliwiającej nadanie przesyłek pocztowych, zatem zawieszenie funkcjonowania bez skutku dla nadawania stanowi faktycznego zawieszenia. Przez zawieszenie należy rozumieć tylko takie niedziałanie systemu, które uniemożliwia nadawanie przesyłek.

Nieproporcjonalna jest też wartość poszczególnych kar, gdyż w przypadku zawieszenia niepowodującego żadnego skutku (trwającego dłużej niż 2 godziny) zamawiający żąda kary w wysokości 1.000 zł za każde 2 godziny, podczas gdy za zawieszenie uniemożliwiające nadanie przesyłek (trwające dłużej niż 48 godzin) zamawiający żąda kary w wysokości 10.000 zł, co oznacza, że godzina zawieszenia platformy uniemożliwiającego nadawanie kosztuje 208 zł, a dwie godziny 416 zł. Czyli zamawiający przewidział surowszą karę w sytuacji zawieszenie funkcjonowania platformy bez skutku dla nadawania przesyłek niż w przypadku zawieszenia uniemożliwiającego nadanie.

D.

Z uwagi na fakt, że termin realizacji zamówienia jest dość długi i wynosi 24 miesiące oraz mając na względzie zmieniający się bardzo dynamicznie rynek usług pocztowych, a także ewentualne zmiany logistyczno-organizacyjne każdego wykonawcy kara umowna w wysokości 300 zł za każdy etat poniżej poziomu określonego w umowie jest zdecydowanie wygórowana. Ponadto, winna być nakładana z poziomu spółki matki, tj. PGE Polska Grupa

Energetyczna SA, ponieważ nie da się podzielić etatów na poszczególne jednostki zamawiającego z uwagi na charakter świadczonych usług, specyfikę oraz rodzaj zamówienia.

E.

Zgodnie z § 9 ust. 2 zamawiający ma prawo rozwiązania Umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia w przypadku:

- 1) gdy wykonawca nie dotrzymuje warunków Umowy, po uprzednim wezwaniu wykonawcy do świadczenia usług zgodnie z Umową oraz obowiązującymi przepisami,
- 2) gdy wykonawca otrzyma decyzję wydaną przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej o zakazie wykonywania działalności pocztowej objętej wpisem do rejestru,
- 3) wszczęcia postępowania sądowego przeciw wykonawcy w związku z naruszeniem ochrony danych osobowych,
- 4) zmian w obowiązujących przepisach prawa regulujących działalność wykonawcy, których wejście w życie uniemożliwi realizację usług pocztowych na warunkach określonych niniejszą Umową,
- 5) 5 - krotnego opóźnienia w realizacji usługi polegającej na odbiorze przesyłek pocztowych z miejsc wskazanych przez zamawiającego w okresie rozliczeniowym liczonego łącznie dla wszystkich lokalizacji zamawiającego,
- 6) 2% zagubionych, zniszczonych lub uszkodzonych przesyłek pocztowych w miesięcznym okresie rozliczeniowym liczonych łącznie dla wszystkich lokalizacji zamawiającego,
- 7) 2 - krotnej niedostępność placówki nadawczo - odbiorczej wykonawcy w miesięcznym okresie rozliczeniowym w danej lokalizacji zamawiającego,
- 8) niespełnianie przez placówki nadawczo - odbiorcze wykonawcy (w tym miejsca odbioru przesyłek pocztowych awizowanych), wszystkich warunków określonych § 3 ust. 10 Umowy,
- 9) nadanie przesyłek pocztowych, w placówce nadawczej wykonawcy lub operatora wyznaczonego w rozumieniu Prawa pocztowego, w innym dniu niż w dniu odbioru od zamawiającego.

Zamawiający w dniu 10 maja 2016 r. dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz zmiany postanowień SIWZ.

Pismem z dnia 13 maja 2016 r. odwołujący cofnął zarzuty określone w punktach: I.1 (stosowanie przepisów k.p.c., k.p.k.), I.4 (odpowiednia liczba placówek spełniająca warunki dotyczące lokalizacji oraz godzin otwarcia), I.5 (audyt kontrolny), I.6 (nieuwzględnienie sobót w godzinach otwarcia placówek) i II (warunek dotyczący konsorcjum) uzasadnienia

odwołania.

Na posiedzeniu w dniu 17 maja 2016 r. odwołujący cofnął zarzuty określone w punktach: I.2 (graniczna godzina nadania), I.3 (godzina dostarczania przesyłek), IV. A, B, C, E (kary umowne) uzasadnienia odwołania.

Wobec powyższego do rozpoznania przez Izbę pozostały: zarzut określony w punkcie III (określenie sposobu weryfikacji kryteriów oceny ofert) oraz punkt IV D (kary umowne w przypadku stwierdzenia naruszenia § 3 ust. 11 wzoru umowy).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący określenia sposobu weryfikacji kryteriów oceny ofert nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w punkcie 13.13 SIWZ podał, iż „w Formularzu Oferty Wykonawca jest zobowiązany m.in. wskazać liczbę osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia. Liczba ta będzie podstawą do oceny w Kryterium społecznym. Jednocześnie Zamawiający wymaga aby w Formularzu Oferty Wykonawca dokonał podziału sumy liczby etatów na poszczególnych Zamawiających. Podział ten ma charakter wyłączenie poglądowy i będzie mógł ulec zmianie na etapie podpisywania Umowy, z zastrzeżeniem, że suma etatów, która stanowi podstawę oceny w Kryterium Społecznym nie ulegnie zmniejszeniu. Wzór Umowy zawiera odpowiednie zapisy dotyczące utrzymania oferowanego poziomu zatrudnienia.”.

Nadto w rozdziale 16 SIWZ „Opis kryteriów, którymi organizator postępowania będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” zamawiający wskazał, że wybierze ofertę, kierując się m.in. kryterium społecznym o wadze 20%. „Kryterium społeczne, tj. liczba zatrudnionych pracowników na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy przy wykonywaniu czynności w zakresie przyjmowania, transportowania, doręczania, sortowania i wydawania przesyłek pocztowych (m.in.: doręczyciele – listonosze, osoby wydające korespondencję) z uwzględnieniem personelu podwykonawców.

UWAGA:

Kryterium to będzie oceniane na podstawie oświadczenia Wykonawcy złożonego w formularzu oferty, w którym określi on liczbę osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, którym zostanie powierzona realizacja przedmiotu zamówienia w zakresie przyjmowania, transportowania, doręczania, sortowania i wydawania przesyłek pocztowych (m.in.: doręczyciele – listonosze, osoby wydające korespondencję), z uwzględnieniem personelu wszystkich podwykonawców.”.

§ 3 ust. 11 projektu umowy zawierał następującą treść „Wykonawca zobowiązuje się do utrzymania zatrudnienia na poziomie (...) (liczba etatów) osób przez cały okres obowiązywania Umowy”.

Zamawiający w dniu 10 maja 2016 r. dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu, jednocześnie odpowiadając na pytania wykonawców do SIWZ oraz, dokonując zmian do SIWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Przepis art. 91 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż „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”. Jako jedno z przykładowych kryteriów oceny ofert wskazano w nim kryterium społeczne, które w tym postępowaniu stanowi jedno z kryteriów oceny ofert o wadze 20%. Kryterium społeczne jest to więc kryterium, które mógł wprowadzić i wprowadził zamawiający. Zasadności wprowadzenia tego kryterium nie kwestionował także odwołujący. Kwestionował on jedynie – jak podkreślał na rozprawie - żądanie podziału sumy liczby etatów na poszczególnych zamawiających, twierdząc, iż jest to wymóg nadmierny i niepotrzebny do oceny tego kryterium. Nie podał jednak, jaki konkretnie przepis, bądź też, jaka czynność zamawiającego jest przez niego kwestionowana. Poza stwierdzeniem, że nie można wskazać liczby osób dedykowanych do wykonywania czynności dla potrzeb tego postępowania z uwagi na to, że każdy z pracowników wykonuje szereg zadań na rzecz różnych podmiotów, nie podał żadnych racjonalnych argumentów, które świadczyłyby o zasadności proponowanych zmian. Nie

podał ich także w piśmie z dnia 13 maja 2016 r. Zamawiający jednoznacznie wskazał, w jaki sposób będzie dokonywał oceny w ramach tego kryterium - będzie oceniał łączną liczbę zatrudnionych pracowników na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy przy wykonywaniu czynności objętych zamówieniem z uwzględnieniem personelu podwykonawców. Wobec tego w działaniu zamawiającego nie można stwierdzić jakichkolwiek uchybień. To dopiero modyfikacja SIWZ w sposób wskazany przez odwołującego doprowadziłaby do utraty znaczenia tego kryterium, skutkując jednocześnie możliwością podawania przez wykonawców dowolnych i przypadkowych danych dotyczących zatrudnionego personelu, nie znajdujących przy tym odzwierciedlenia w rzeczywistości. Tymczasem celem tego kryterium nie było tylko mechaniczne przyznanie punktów w ramach tego kryterium (kryterium społecznego), ale – jak podniósł zamawiający - promowanie wykonawców, którzy zatrudniają pracowników na umowę o pracę i zapewniają przez to wyższą jakość świadczenia usług poprzez mniejszą fluktuację osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia. Zamawiający, niewątpliwie wychodząc naprzeciw odwołującemu, mimo jednoznacznego brzmienia postanowień SIWZ, w dniu 10 maja 2016 r. dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz odpowiedział na pytania wykonawców i dokonał zmiany SIWZ (pismem z dnia 10 maja 2016 r.), wyjaśniając wszelkie wątpliwości podnoszone przez odwołującego a związane z podziałem sumy liczby zadeklarowanych etatów na poszczególnych zamawiających. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dotyczący wprowadzenia do wzoru umowy zapisów naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, nakładające kary umowne za okoliczności niezależne od wykonawcy, kary w wysokości niewspółmiernej do wagi naruszenia oraz dające nieuzasadnioną przewagę zamawiającego określenia sposobu weryfikacji kryteriów oceny ofert (żądania zapłaty przez wykonawcę kary umownej w przypadku stwierdzenia naruszenia § 3 ust. 11 umowy) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 8 ust. 3 pkt 5 wzoru umowy zamieścił następującą treść „w przypadku stwierdzenia naruszenia zobowiązania z § 3 ust. 11 Umowy, w wysokości 300 (słownie: trzysta) złotych za każdy etat poniżej poziomu określonego w Umowie. Kara może być naliczana za każdy miesiąc, w którym Wykonawca nie dotrzyma zobowiązania w zakresie poziomu zatrudnienia”.

Zamawiający w dniu 10 maja 2016 r. dokonał modyfikacji SIWZ i § 8 ust. 3 pkt 5 wzoru umowy otrzymał następującą treść: „w przypadku stwierdzenia naruszenia zobowiązania z § 3 ust. 11 Umowy, w wysokości 150 (słownie: sto pięćdziesiąt) złotych za każdy pełny etat poniżej poziomu określonego w Umowie. Kara może być naliczana za każdy miesiąc, w którym Wykonawca nie dotrzyma zobowiązania w zakresie poziomu

zatrudnienia”. Nadto dokonał modyfikacji § 3 ust. 11 wzoru umowy w sposób następujący „Wykonawca zobowiązuje się do utrzymania zatrudnienia na *poziomie nie niższym niż 95% zadeklarowanej w Ofercie Wykonawcy liczby etatów (tj. należy wpisać liczbę etatów odpowiadającą poziomowi 95% liczby etatów zadeklarowanej w Ofercie Wykonawcy)* przez cały okres obowiązywania Umowy”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący nie kwestionował w treści odwołania zasadności naliczenia kar umownych, a jedynie ich wysokość. Złożył przy tym alternatywny wniosek, żądając usunięcia kary umownej określonej w § 8 ust. 3 pkt 5 wzoru umowy ewentualnie zmniejszenia jej wysokości do 50, 00 zł za każdy miesiąc, w którym liczba etatów jest mniejsza o 5% od liczby etatów określonej w umowie. Odpowiadając na powyższe zamawiający dokonał modyfikacji § 3 ust. 11 wzoru umowy w sposób oczekiwany przez odwołującego, jak również obniżył wysokość kary umownej do 150,00 zł do wysokości niższej niż zawarta we wzorze umowy, ale wyższej niż kwota wskazana w żądaniu odwołującego (50,00 zł). Kwota wskazana przez odwołującego – jak słusznie podniósł zamawiający – nie stanowiłaby odpowiedniej sankcji w zakresie dotrzymania warunków zatrudnienia, a wprowadzone kryterium nie spełniłoby postawionej mu funkcji. Kwota ta jest adekwatna do naruszenia zobowiązania wykonawcy. Ma stanowić dolegliwość i nie być jedynie nic nie znaczącym stwierdzeniem w treści umowy. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten także się nie potwierdził.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: