

Sygn. akt: KIO/600/11

WYROK
z dnia 31 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 21 marca 2011 r. przez **LEASINGTEAM Sp. z o.o., ul. Puławska 352A, 02-819 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Zamawiającego – **Poczta Polska S.A. Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie, ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża **LEASINGTEAM Sp. z o.o., ul. Puławska 352A, 02-819 Warszawa** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **LEASINGTEAM Sp. z o.o., ul. Puławska 352A, 02-819 Warszawa**.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi polegającej na wykonywaniu wybranych zadań eksploatacyjnych i czynności pocztowych w placówkach pocztowych, podległych Centrum Poczty ORJ: Warszawa Centrum, Warszawa Południe, Warszawa Wschód i Warszawa Zachód (sprawa nr: 140/N/10), zostało wszczęte przez Poczta Polska S.A. Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie, ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 22-35766 w dniu 02.02.2011 r.

W dniu 10.03.2011 r. Zamawiający dokonał zmiany postanowień SIWZ, jako konsekwencji wyroku KIO z dnia 01.03.2011 r., sygn. akt: KIO 298/11.

W dniu 21.03.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, LEASINGTEAM Sp. z o.o., ul. Puławska 352A, 02-819 Warszawa zwany dalej: „LEASINGTEAM Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” wniósł odwołanie wobec czynności zmiany SIWZ z 10.03.2011 r. oraz na zaniechanie wykonania wyroku KIO z 01.03.2011 r. o sygn. akt: KIO 298/11. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 21.03.2011 r. (e-mailem). W ocenie Odwołującej Zamawiający poprzez czynność zmiany SIWZ z dnia 10.03.2011 r. nie wykonał wyroku KIO z dnia 01.03.2011 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 298/11. Odwołująca nie ma też wiedzy o jakiegokolwiek innej czynności Zamawiającego, świadczącej o wykonaniu w/w wyroku KIO. Postanowienia SIWZ, w tym treść umowy nadal naruszają: art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2, i art. 93 ust. 1 pkt 7, art. 179 ust. 1 Pzp, a także art. 5, 58 § 1 i 2, art. 353¹ i art. 483 § 1 Kc, w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 Pzp. Ponadto Zamawiający naruszył, poprzez jego niezastosowanie art. 14 Pzp. Naruszenie to objawia się w niezastosowaniu lub błędnym zastosowaniu powyżej przywołanych przepisów Kc. Poprzez powyższe naruszenia i niewykonanie wyroku KIO o sygn. akt: KIO 298/11 z dnia 01.03.2011 r., oraz w zw. z w/w naruszeniem i zaniechaniem wykonania wyroku KIO, Zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 192 ust. 2 i 3 oraz art. 197 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze treść umowy, wraz z innymi zasadami wykonywania umowy wg SIWZ, stwierdzić należy fakt, iż po dokonanej zmianie w SIWZ w dalszym ciągu poszczególne zapisy wzoru umowy są abuzywne, przez co umowa jest zarazem niezgodna z ogólnymi zasadami i przepisami prawa cywilnego oraz naturą stosunku

zobowiązaniowego. Z tych powodów Odwołujący, w celu umożliwienia wyboru w postępowaniu najkorzystniejszej oferty, wnosi o uwzględnienie odwołania poprzez dokonanie zmian w umowie zgodnie z treścią w/w wyroku KIO z dnia 01.03.2011 r. oraz treścią niniejszego odwołania, które umożliwią Odwołującemu przystąpienie do przetargu z zachowaniem zasady równości stron.

Ewentualny wybór oferty Odwołującego i podpisanie z Zamawiającym umowy, z uwagi na jej niekorzystne dla Odwołującej warunki wykonywania co zostało udowodnione podczas postępowania o sygn. akt: KIO 298/11 w dalszym ciągu naraża Odwołującego na straty, powodując, że jej interes w omawianym zakresie doznaje uszczerbku. W szczególności Zamawiający nie wykonując wyroku Izby nie zmienił systemu naliczania kar umownych przez co we wzorze umownym znajdują się zapisy o utracie wynagrodzenia i karach umownych, w rezultacie doprowadzające do sytuacji, w których realny poziom kar umownych jest określony w wysokości powyżej 100% wynagrodzenia (czasami nawet 150%). Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ obecnie obowiązujące warunki przyszłej umowy uniemożliwiają oszacowanie ryzyka udziału w postępowaniu. Ponadto Zamawiający nie ma realnej możliwości dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty rynkowej, przez co dochodzi do naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp. W zakresie naruszeń oraz poprzez skalę naruszeń, mogą one mieć wpływ na wyniki prowadzonego przez Zamawiającego postępowania. Wnosi o uwzględnienie odwołania, poprzez:

1. nakazanie Zamawiającemu całkowitego oraz należytego wykonania wyroku KIO o sygn. akt: KIO 298/11 z dnia 01.03.2011 r. poprzez dokonanie wszystkich zmian SIWZ zgodnie z sentencją wyroku, tj. z uwzględnieniem postanowień wyroku, żądań odwołania i oświadczeń zaprotokołowanych w protokole rozprawy z dnia 01.03.2011 r.;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian treści SIWZ, w szczególności wskazanych w niniejszym odwołaniu zmian treści przyszłej umowy i jej załączników, w odniesieniu do treści SIWZ, przyszłej umowy i jej załączników, ustalonych czynnością Zamawiającego z dnia 10.03.2011 r.,
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, z uwagi na zaistnienie w postępowaniu przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zasadzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującej kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu. Mając na uwadze wniosek postawiony powyżej. Odwołujący wnosi o dołączenie do niniejszej sprawy całości akt sprawy o sygn. akt: KIO 298/11, w szczególności wraz z treścią wyroku i uzasadnienia, odwołaniem i protokołem rozprawy, jako dowodów na poparcie zasadności żądań odwołania.

Podczas postępowania procesowego sygn. akt: KIO 298/11 projekt umowy stanowiący część SIWZ stanowi ewidentne naruszenie przepisów Kc. Podstawową wadą umowy przedłożonej przez Zamawiającego jest:

- 1) niezachowanie w niej równości stron,
- 2) naruszenie przepisów KC,
- 3) dokonanie przez Zamawiającego błędnej interpretacji przepisów KC, tj. zasady swobody umów określonej w art. 353¹,
- 4) wprowadzenie zapisów, które mogą wyrządzać w przyszłości szkodę wykonawcy,
- 5) wprowadzenie nieprecyzyjnych zapisów, które mogą powodować spory interpretacyjne umowy.

Zasada swobody zawierania umów wyrażona w art. 353¹ KC nie jest zasadą nieograniczoną w swym zakresie. Strony mogą dowolnie ułożyć swój stosunek prawny. Jednakże jego treść oraz cel nie mogą być sprzeczne lub naruszać zasad współzycia społecznego. Zasady te w prawie zamówień publicznych zostały ukształtowane podczas wieloletniego stosowania przepisów ustawy. Zasada równości stron odnosi się nie tylko do równego traktowania wszystkich Wykonawców, ale również do zachowania równości stron podczas wykonywania umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Na uwagę zasługuje stwierdzenie, że przeprowadzenie postępowania w oparciu o ustawę prawo zamówień publicznych ma na celu właśnie zawarcie, a następnie należyte wykonanie umowy. Skoro sam wzór umowy zawiera zapisy przesądzające o nierówności stron wykonanie takiej umowy zdaniem Odwołującego z dużym prawdopodobieństwem spowoduje naruszenie jego interesu.

Nie ulega wątpliwości, że już tylko te zgłoszone warunki umowy naruszają zasady współzycia społecznego. Biorąc pod uwagę art. 5 KC, takie działanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Niewątpliwie potwierdza tę zasadę art. 58 § 2, który stanowi również wprost, że „*nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współzycia społecznego*”. W polskim prawie cywilnym ograniczenia zasady swobody umów wynikają przede wszystkim z art. 353¹ KC, który to przepis odwołuje się m. in. do takich klauzul generalnych, jak „*właściwość (natura) stosunku prawnego*”, czy wspomniane już „*zasady współzycia społecznego*”.

W pierwszej kolejności Odwołujący podnosił zarzut o charakterze ogólnym. Zarzut, który zostanie omówiony bardziej szczegółowo w dalszej części odwołania, a dotyczący naruszenia przez Zamawiającego zasady zrównoważonego kształtowania pozycji stron stosunku prawnego powstającego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Utrwalony już obecnie pogląd doktryny i orzecznictwa na podstawie Pzp wyraźnie wskazuje na możliwość nadużycia przez Zamawiającego swego prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania treści umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak słusznie zauważono w wyroku KIO z dnia 21.02.2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP 97/08, podobnie w wyrokach KIO z dnia 17.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 843/09 oraz z dnia 29.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 767/09.

Odwołujący wskazał, że odniósł wrażenie, że zdaniem Zamawiającego, jego pozycja jest silniejsza nawet od pozycji KIO. Takie przekonanie jest zasadne w świetle zlekceważenia wykonania wyroku KIO. Poniżej wymienione przepisy umowy nadal przesądzą o nierówności stron umowy, w związku z czym Odwołujący nadal wnosi o ich zmianę:

- a) w § 3 ust. 8 wzoru umowy - poprzez jego wykreślenie określenia „w szczególności” i wpisanie „jedynie w przypadku”, oraz wykreślenie § 3 ust. 8 pkt 1 i 3:

Zapis zawierający określenie „w szczególności” przesądza jedynie o przykładowym katalogu uprawnień Zamawiającego do możliwości natychmiastowego odsunięcia od realizacji usługi osoby, której działanie narusza postanowienia umowy. Oznacza to, że Zamawiający ma nieograniczoną możliwość odsunięcia osoby przy każdym, nawet najdrobniejszym naruszeniu umowy nie określając kryteriów oceny naruszeń. Zwrot „w szczególności” przesądza jedynie o przykładowym katalogu naruszeń ustanowionym przez Zamawiającego. Nie jest to katalog zamknięty.

Za naruszenie umowy Zamawiający uznał również „wykonania zakładanych wskaźników jakościowych i wydajnościowych na poziomie niższym niż 60% określonych w załączniku nr 1, w ciągu wykonywania kolejnych czterech roboczogodzin”. Postanowienia te są niezgodne z sentencją wyroku z dnia o sygn. akt KIO 298/11, gdyż zgodnie z jego treścią „Przesłanką do wymiany pracownika może być co najwyżej „spowodowanie szkody”. Zamawiający nie wykonał wyroku KIO o sygn. akt: KIO 298/11 z dnia 01.03.2011 r.

- b) w § 8 ust. 1 pkt. 7 lit. a wykreślenia sentencji „Zamawiający nie wypłaca wynagrodzenia w całości” i zastąpienie go „Zamawiający nie wypłaca należnego wynagrodzenia w wysokości 40 %”,

Zamawiający nie wykonał wyroku KIO o sygn. akt: KIO 298/11 z dnia 01.03.2011 r.

- c) w § 8 ust. 1 pkt. 7 lit. b wykreślenia całej litery b),

Zamawiający nie wykonał wyroku KIO o sygn. akt KIO 298/11 z dnia 01.03.2011 r.

- d) w § 8 ust. 1 pkt 8 wzoru umowy - wykreślenie stwierdzenia: „Zamawiający ma prawo nie wypłacić wynagrodzenia.”

Zamawiający nie wykonał wyroku KIO o sygn. akt: KIO 298/11 z dnia 01.03.2011 r.

Ponadto Odwołująca wnosi o zmianę Załącznika nr 1 do wzoru umowy pt. „Wybrane zadania eksploatacyjne i czynności pocztowe zlecane do wykonania Wykonawcy”.

Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, z uwagi na zaistnienie w postępowaniu przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Wyrokiem z dnia z 01.03.2011 r. o sygn. akt: KIO 298/11 KIO przesądziła o istnieniu we wzorze umowy zapisów stanowiących naruszenie przepisów zarówno ustawy prawo zamówień publicznych jak i kodeksu cywilnego. Pismem z dnia 10.03.2011 r. Zamawiający dokonał zmiany SIWZ i przedłużył termin składania ofert. Czynność ta nie stanowiła całkowitego wykonania wyroku w związku

z czym wzór umowy w dalszym ciągu zawiera postanowienia naruszające zapisy w/w ustaw. Zgodnie z art. 148 ust. 1 pkt 3 umowa podlega unieważnieniu jeżeli zamawiający zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy. Stosując wykładnię logiczną oraz systemową przepis ten będzie miał również zastosowanie w sytuacji, gdy Izba uwzględniła już odwołanie przed dokonaniem czynności zawarcia umowy. W przeciwnym razie bezcelowym byłoby wnoszenie odwołań w sytuacji, gdy umowa zawarta przez Zamawiającego, a nieuwzględniająca w swej treści sentencji wyroku Izby byłaby uznawana za ważną lub konwalidowaną.

Ponad wszystko stwierdzić należy, że Zamawiający nie wykonał ciążącego na nim obowiązku literalnego wykonania wyroku KIO z dnia 01.03.2011 r. Istnienie tego obowiązku znajduje potwierdzenie między innymi w orzeczeniach takich jak uchwała SN - Izba Cywilna z dnia 24.11.2005 r. o sygn. akt: III CZP 85/05, wyrok KIO z dnia 04.05.2010 r. o sygn. akt: KIO/UZP 648/10, wyrok ZA z dnia 26.07.2006 r. o sygn. akt: UZP/ZO/0-2124/06 oraz wyrok ZA z dnia 13.06.2006 r. o sygn. akt: UZP/ZO/0-1691/06.

Niewykonanie wyroku przez Zamawiającego stanowi naruszenie art. 179 ust 1, art. 192 ust. 2 i 3 oraz art. 197 ust. 1 Pzp. Odwołujący podczas procesu wykazała swój interes we zniesieniu odwołania oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszeń ustawy przez Zamawiającego. Niniejszym odwołaniem Odwołujący zmuszony jest wnieść środek ochrony prawnej na te same naruszenia Zamawiającego. Powoduje to powstanie straty związanej z przygotowaniem, wniesieniem oraz przeprowadzeniem rozprawy przed Izba.

Zamawiający w dniu 22.03.2011 r. zamieścił na stronie internetowej odwołanie i wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie zostały zgłoszone.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z wyrokiem KIO z dnia 01.03.2011 r., sygn. akt: KIO 298/11, protokołem z rozprawy w niniejszej sprawie, z postanowieniami SIWZ (zwłaszcza wzorem umowy), zmianą postanowień SIWZ z dnia 10.03.2011 r. w szczególności w zakresie wzoru umowy, a także załącznikiem nr 1 do SIWZ (i do wzoru umowy) i jego zmianą z dnia 10.03.2011 r., odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie złożoną na posiedzeniu przez Zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń,

jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO/298/11 oraz o sygn. akt: KIO/600/11, w tym w szczególności wyrok KIO z dnia 01.03.2011 r., sygn. akt: KIO 298/11, jak również protokół z rozprawy w niniejszej sprawie (zgodnie z wnioskiem Odwołującego), postanowienia SIWZ (w pierwszej kolejności wzór umowy), modyfikacje postanowień SIWZ z dnia 10.03.2011 r. w szczególności w zakresie wzoru umowy, a także załącznik nr 1 do SIWZ (i do wzoru umowy) i jego zmianę z dnia 10.03.2011 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie złożoną na posiedzeniu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Izba oddała niniejszy wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 Pzp. Wskazuję, że przedmiotem odwołania są postanowienia SIWZ będące wynikiem modyfikacji SIWZ z dnia 10.03.2011 r., czyli nowe okoliczności, a kwestia zgodności wykonania przez Zamawiającego wyroku z dnia 01.03.2011 r.. sygn. akt: KIO/298/11 wymaga przeprowadzenia rozprawy. Rozstrzygnięcie w tej kwestii, w chwili obecnej, jest przedwczesne. Izba zastrzega, że niniejsze stanowisko nie rozstrzyga kwestii merytorycznych, które były przedmiotem rozprawy.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba uznała, za konieczne wskazanie, że błędna jest teza zawarta w odwołaniu, odnośnie tzw. zasady zrównoważonego kształtowania pozycji stron stosunku prawnego powstającego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Orzecznictwo w tym zakresie nie formułuje takiej zasady, czy też reguły. Izba w kwestiach szczegółowych odsyła do uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14.04.2008 r., sygn. akt: X Ga 67/08, wyroku KIO z dnia 12.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 225/09, wyroku KIO z dnia 01.09.2010 r., sygn. akt: KIO/1776/10, czy też wyroku KIO z dnia 18.10.2010 r., sygn. akt: KIO/2175/10.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp, w ocenie Izby, przedmiotowy zarzut i wynikające z niego żądanie nakazania Zamawiającemu

unieważnienia postępowania, jest chybione. Okoliczności sprawy, w ocenie Izby, dają podstawy do uznania braku zaistnienia podstaw do unieważnienia postępowania ze wskazanego tytułu. Po pierwsze, ewentualne uznanie nawet części zarzutów, czy też wszystkich winno skutkować usunięciem nieprawidłowych postanowień SIWZ, czyli ewentualne wady mają charakter usuwalny, także z uwagi na przesunięcie terminu składania ofert na dzień 11.04.2011 r. Po drugie, Izba uznała, że Zamawiający wykonał z pewnymi wyjątkami, nie mającymi lub nie mogącymi mieć istotny wpływ na wynik postępowania, orzeczenie KIO z dnia 01.03.2011 r., sygn. akt: KIO/298/11. Dodatkowo, należy wskazać, że Izba nie ma uprawnień do nakazania unieważnienia postępowania przetargowego po zmianie Pzp wprost uchylającej stosowny przepis z tym związany. Działanie takie byłoby *de facto* działaniem mającym na celu obejście istniejących przepisów (podobnie wyrok KIO z dnia 27.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 645/09, czy też wyrok KIO z dnia 20.01.2011 r., sygn. akt: KIO/2819/10, sygn. akt: KIO/8/11, sygn. akt: KIO/9/11). Uprawnienia w tym zakresie znajdują się w gestii Zamawiającego.

Odnośnie kwestii, naruszenia przez Zamawiającego art. 179 ust. 1, art. 192 ust. 2 i 3 oraz 197 ust.1 Pzp, Izba uznała, że niniejsze naruszenie nie znajduje potwierdzenia w postanowieniach SIWZ, tj. wzorze umowy wynikającym z modyfikacji z dnia 10.03.2011 r. Wyjątki w tej materii nie mają lub nie mogą mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, co zostanie wskazane w dalszej części orzeczenia.

Odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2, i art. 93 ust. 1 pkt 7, art. 179 ust. 1 Pzp, a także art. 5, 58 § 1 i 2, art. 353¹ i art. 483 § 1 Kc, w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 Pzp., Izba podnosi, że niniejsze naruszenia nie zostały potwierdzone w toku rozprawy. Wyjątki w tym zakresie, które nie mają lub nie mogą mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, zostaną przywołane poniżej.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający w dniu 10.03.2011 r. dokonał m.in. następujących modyfikacji SIWZ, a w szczególności wzoru umowy.

Zapis § 3 ust. 8 wzoru umowy: *„Zamawiający może żądać natychmiastowego odsunięcia od realizacji usługi osoby, której działanie narusza postanowienia umowy lub może narazić Zamawiającego na szkodę w szczególności: zawłaszczenia, uszkodzenia, zniszczenia, mylne doręczenie przesyłki w trakcie wykonywanej usługi, zniszczenia mienia Zamawiającego lub realizacji zakładanych wskaźników jakościowych i wydajnościowych na poziomie niższym niż określony w załączniku nr 1.”*

otrzymuje brzmienie: *„Zamawiający może żądać natychmiastowego odsunięcia od realizacji usługi osoby, której działanie narusza postanowienia umowy, w szczególności w przypadku:*

- 1) *zawłaszczenia, uszkodzenia, zniszczenia, mylnego doręczenia przesyłki w trakcie wykonywanej usługi;*
- 2) *zniszczenia mienia Zamawiającego;*
- 3) *wykonania zakładanych wskaźników jakościowych i wydajnościowych na poziomie niższym niż 60% określonych w załączniku nr 1, w ciągu wykonywania kolejnych czterech roboczogodzin.”*

Zapis wzoru umowy § 8 ust. 1 pkt 7: *„niewykonania roboczogodziny w wysokości 35% stawki netto określonej w § 5 ust. 4 pkt. 1 za każdą roboczogodzinę niewykonaną; ponadto za każdą roboczogodzinę niewykonaną Zamawiający ma prawo nie wypłacić wynagrodzenia. Za roboczogodziny niewykonane uważa się roboczogodziny, o których mowa w rozdziale I „Wpisywanie przesyłek rejestrowanych do dokumentów oddawczych” pkt 9 lub rozdziale II „Opracowywanie przesyłek listowych nierejestrowanych – ręcznie” pkt 5 lub rozdziale III „Opracowywanie przesyłek listowych rejestrowanych – ręcznie” pkt 5 załącznika nr 1 do umowy.”*

otrzymuje brzmienie: *„niewykonania roboczogodziny w wysokości 10% stawki netto określonej w § 5 ust. 4 pkt. 1 za każdą roboczogodzinę niewykonaną; ponadto:*

- a) *za każdą roboczogodzinę niewykonaną, przy poziomie wykonania norm, o których mowa w Załączniku nr 1, niższym niż 80%, Zamawiający nie wypłaca wynagrodzenia w całości,*
- b) *za każdą roboczogodzinę niewykonaną, przy poziomie wykonania norm, o których mowa w Załączniku nr 1, równym lub wyższym niż 80%, Zamawiający nie wypłaca 50% wynagrodzenia.*

Za roboczogodziny niewykonane uważa się roboczogodziny, o których mowa w rozdziale I „Wpisywanie przesyłek rejestrowanych do dokumentów oddawczych” pkt 9 lub rozdziale II „Opracowywanie przesyłek listowych nierejestrowanych – ręcznie” pkt 5 lub rozdziale III „Opracowywanie przesyłek listowych rejestrowanych – ręcznie” pkt 5 załącznika nr 1 do umowy.”

Zapis § 8 ust. 1 pkt 8) wzoru umowy: *„nieprawidłowego doręczenia przesyłki w wysokości 50% stawki określonej w § 5 ust. 4 pkt. 3; ponadto za każdą nieprawidłowo opracowaną lub doręczoną przesyłkę Zamawiający ma prawo nie wypłacić wynagrodzenia. Za nieprawidłowo doręczoną przesyłkę uważa się przesyłkę, o której jest mowa w rozdziale VII „Doręczanie przesyłek nierejestrowanych” pkt 2 lub w rozdziale VIII „Doręczanie przesyłek rejestrowanych” pkt 2 załącznika nr 1 do umowy.”*

otrzymuje brzmienie: *„nieprawidłowego doręczenia przesyłki w wysokości 50% stawki określonej w § 5 ust. 4 pkt. 3; ponadto za każdą nieprawidłowo doręczoną przesyłkę Zamawiający ma prawo nie wypłacić wynagrodzenia. Za nieprawidłowo doręczoną przesyłkę uważa się przesyłkę, o której jest mowa w rozdziale VII „Doręczanie przesyłek*

nierejestrowanych” pkt 2 lub w rozdziale VIII „Doręczanie przesyłek rejestrowanych” pkt 2 załącznika nr 1 do umowy”.

Załącznik nr 1 do wzoru umowy w pkt I w ust. 3: „Za mylnie wpisaną uważa się przesyłkę wpisaną nieczytelnie lub z jakimkolwiek błędem dotyczącym danych określonych w pkt. 1. Ilość mylnie wpisanych przesyłek ustala się w oparciu o wypełnione dokumenty oddawcze wydanych do doręczenia przesyłek lub dane dotyczące przesyłek wprowadzone do systemu informatycznego. Dopuszczalny odsetek błędów to 1%.”

otrzymuje brzmienie: „Za mylnie wpisaną uważa się przesyłkę wpisaną nieczytelnie lub z jakimkolwiek błędem dotyczącym danych określonych w pkt. 1. Ilość mylnie wpisanych przesyłek ustala się w oparciu o wypełnione dokumenty oddawcze wydanych do doręczenia przesyłek lub dane dotyczące przesyłek wprowadzone do systemu informatycznego. Dopuszczalny odsetek błędów to 3%.”

Załącznik nr 1 do wzoru umowy w pkt I w ust. 9: „Za roboczogodziny niewykonane w zakresie wpisywania przesyłek rejestrowanych do dokumentów oddawczych uważa się wszystkie zrealizowane roboczogodziny, dla których procentowe wykonanie normy, określone na podstawie pkt. 8, jest niższe niż 100%, lub dla których odsetek błędów, o których mowa w pkt 3, jest większy niż 1%”

otrzymuje brzmienie: „Za roboczogodziny niewykonane w zakresie wpisywania przesyłek rejestrowanych do dokumentów oddawczych uważa się wszystkie zrealizowane roboczogodziny, dla których procentowe wykonanie normy, określone na podstawie pkt. 8, jest niższe niż 100%, lub dla których odsetek błędów, o których mowa w pkt 3, jest większy niż 3%.”

Załącznik nr 1 do wzoru umowy w pkt I ust. 8: „W celu ustalenia procentowego wykonania normy wydajnościowej dla godzin zrealizowanych przez Wykonawcę ustala się stosunek ilości wpisanych przesyłek w ciągu tych roboczogodzin do iloczynu zrealizowanych roboczogodzin i normy określonej w pkt 7 dla odpowiedniej czynności – wyrażony w procentach.”

otrzymuje brzmienie: „W celu ustalenia procentowego wykonania normy wydajnościowej dla roboczogodziny zrealizowanej przez Wykonawcę ustala się stosunek ilości wpisanych przesyłek w ciągu tej roboczogodziny przez danego pracownika Wykonawcy, do normy określonej w pkt 7 dla odpowiedniej czynności – wyrażony w procentach”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie § 3 ust. 8 wzoru umowy. Po pierwsze, żądanie usunięcia pkt 1 i 3 niniejszego ustępu, jest w ocenie Izby niezasadne. W tym zakresie Zamawiający wykonał wcześniej zapadłe orzeczenie KIO w sposób należyty, w szczególności określając minimalny poziom wykonania zakładanych wskaźników jakościowych i wydajnościowych. Odnosnie pkt 1, należy zauważyć, iż kwestia mylnego doręczenia przesyłki w trakcie wykonywanej

usługi został zdefiniowany na str. 5 załącznika nr 1 do SIWZ. Względem kwestii uszkodzenia, jest to istotne naruszenie obowiązków realizowanych w ramach świadczonych usług. Kwestia ustalenia ewentualnego poziomu, tudzież pułapu, co sugerował na rozprawie Odwołujący jest w ocenie Izby, nierealne, gdyż mylne doręczenie, czy też uszkodzenie choćby 1-jednej przesyłki może już powodować negatywne skutki względem Zamawiającego i to nie tylko wskazane przez Zamawiającego na rozprawie, a wynikające z prawa pocztowego.

W ocenie Izby, naruszeniem, czy też nie wykonaniem do końca wcześniejszego orzeczenia, była kwestia pozostawienia otwartego katalogu. W tym zakresie Izba potwierdza działanie niezgodne z orzeczeniem z dnia 01.03.2011 r., jednakże w ocenie Izby, nie ma ono lub nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Przede wszystkim, dlatego, że nie upłynął jeszcze termin składania ofert, nie znana jest więc nawet liczba ofert, nie mówiąc już o wyniku postępowania, przez który należy rozumieć wybór oferty najkorzystniejszej. Nie przekłada się więc niniejsze w żaden sposób na końcowy rezultat postępowania.

Ewentualne twierdzenia, że zmiany w tym zakresie spowodowałyby rozszerzenie kręgu Wykonawców, którzy złożą ofertę, jest zbyt daleko idącym wnioskiem nie mającym żadnych wiarygodnych podstaw. Odwołujący bowiem nie neguje możliwości złożenia oferty, lecz jego głównym celem jest uzyskanie, jak najbardziej korzystnych regulacji wzoru umowy. Przejawia niezbitę przekonanie, iż to jego oferta zostanie uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Poza tym, należy zauważyć, iż w efekcie przedmiotowego postępowania odwoławczego, także sam Zamawiający, nawet mimo oddalenia może dokonać stosownych modyfikacji, w zakresie naruszeń, nie mających lub nie mogących mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, biorąc pod uwagę ewentualne postępowanie kontrolne, co KIO zaleca Zamawiającemu. Czyniąc to może zastosować się do stosownego wskazania zawartego w odwołaniu lub też dodać sformułowanie: „*inne rażące naruszenie*”. Kwestia doprecyzowania pojęcia uszkodzenia przesyłki, także w ocenie Izby ma charakter naruszenia, które nie ma lub nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania.

Odnosnie § 8 ust. 1 pkt 7 lit. a i b wzoru umowy. Izba podnosi, że wczesniej zapadłe orzeczenie *de facto* nakazywało Zamawiającemu określenie poziomu niewykonania normy wydajnościowej, od którego świadczenie utraciło dla niego znaczenie. W ocenie Izby, Zamawiający 10.03.2011 r., to uczynił. Odnosnie kwestii korelacji, jaką zastosował, a która nie satysfakcjonuje Odwołującego. W tej materii, Izba podnosi, że rozumie argumentację Odwołującego, jednakże nie można żądać korelacji takiej, jak proponował na rozprawie Odwołujący. Należy bowiem zwrócić uwagę, że mamy do czynienia z instytucją publiczną, a nie podmiotem prywatnym i zrównywanie obu rynków, w tym zakresie jest

nieporozumieniem. Izba uznała w tej materii argumentację Zamawiającego, iż przedmiotem zamówienia jest wynik pracy Wykonawcy, a nie kontraktacja pracowników. Kwestia w jaki sposób Wykonawca zatrudnia swoich pracowników, czy na podstawie umowy o pracę, czy też umowy zlecenia nie jest sprawą Zamawiającego. Odwołujący musi zbilansować w ramach swojego ryzyka konieczność osiągnięcia określonego poziomu staranności. Nie bez znaczenia jest także wskazanie przez Zamawiającego, że norma jest rozliczana na 1 pracownika i nie ma miejsca odpowiedzialność zbiorowa.

Odnosnie § 8 ust. 1 pkt 8 wzoru umowy. W tej materii, Izba wskazuje, że Zamawiający usunął wcześniej istniejące nieprecyzyjne postanowienia SIWZ, ograniczając się obecnie do wyłącznie kwestii – doręczenia. Izba w tym zakresie uznała, że Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ zgodnie z orzeczeniem Izby z dnia 01.03.2011 r. Izba wzięła pod uwagę, iż podobnie jak była już mowa powyżej, nie doręczenie nawet 1-jednej przesyłki może skutkować negatywnie względem Zamawiającego. Z tych względów określenie pewnego poziomu nieprawidłowego doręczenia przesyłek jest nierzeczywiste. W kwestii usunięcia fragmentu postanowienia wzoru umowy, Izba uznała, że w tym zakresie zapadłe orzeczenie daje podstawy do uznania, iż mamy do czynienia z karaniem 2 razy za to samo. Z tych względów, w tym zakresie miało miejsce nie wykonanie w pełni wyroku z dnia 01.03.2011 r., jednakże także w tym wypadku, z przyczyn wskazanych wcześniej, Izba uznała, że naruszenie nie ma lub nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Zamawiający w tym wypadku, mimo oddalenia może dokonać stosownych modyfikacji, biorąc pod uwagę ewentualne postępowanie kontrolne, co tak jak we wcześniejszym wypadku zaleca. Czyniąc to może zastosować się do stosownego wskazania zawartego w odwołaniu.

Izba zastrzega, że zarzut dotyczący poprzedniego przepisu wzoru umowy nie został przez Izbę uznany, także z tego powodu, iż sam Odwołujący zgodził się na – nie wypłacanie wynagrodzenia w całości (zgodnie z oświadczeniem ze strony 8 protokołu z poprzedniej rozprawy) w razie nie wykonania norm na określonym poziomie. Kwestia poziomu przyjętego przez Zamawiającego, jest w ocenie Izby dopuszczalna z uwagi na charakter instytucji, która reprezentuje i świadczone przez niego usługi.

Odnosnie zarzutu wobec załącznika nr 1 do SIWZ (także załącznik nr 1 do wzoru umowy), z uwagi na jego nieprecyzyjny charakter oraz podniesienie jedynie z ostrożności procesowej (na co wskazywał na rozprawie), także wobec modyfikacji niniejszego załącznika w zakresie pkt I w ust. 3, 8 i 9, Izba uznała niniejszy zarzut za gołosłowny.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....