

Sygn. akt: KIO 1733/15

**WYROK**

**z dnia 1 września 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę **Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Prokuraturę Okręgową w Łodzi, ul. Kilińskiego 152, 90-322 Łódź**

przy udziale wykonawcy **Polska Grupa Poczтовая S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stanisława Augusta 75 lok. 45-47, 03-846 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1733/15 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnić odwołanie i nakazuje modyfikację treści SIWZ w sposób następujący:**

- a) skreślenie w treści załącznika nr 2 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” następujących punktów: 23.1, 23.2, 24, 25 oraz 29 z wszelkimi konsekwencjami wynikającymi z tych zmian**
- b) modyfikację SIWZ poprzez zawarcie w § 6 ust. 5.5. wzoru umowy dookreślenia, iż zapewnienie dostępności placówek pocztowych (tj. odbioru przesyłek sądowych) osobom niepełnosprawnym w rozumieniu w rozumieniu wskazanych zapisów, oznacza konieczność spełniania warunków określonych w art. 62 pkt 1 i pkt 2 ustawy Prawo pocztowe**

**2. w pozostałym zakresie nie uwzględnić zarzutów odwołania**

3.kosztami postępowania obciąża **Prokuraturę Okręgową w Łodzi, ul. Kilińskiego 152, 90-322 Łódź** i:

- 3.1. 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, ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania
- 3.2. zasądza od **Prokuratury Okręgowej w Łodzi, ul. Kilińskiego 152, 90-322 Łódź** na rzecz wykonawcy **Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika

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

**Przewodniczący:** .....

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

Prokuratura Okręgowa w Łodzi, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych na rzecz Prokuratury Apelacyjnej w Łodzi i podległych jej Prokuratur Okręgowych w Łodzi, Ostrowie Wielkopolskim Piotrkowie Trybunalskim i Sieradzu”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 sierpnia 2015 r., nr 2015/S 147-271530.

W dniu 3 sierpnia 2015 r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia.

W dniu 13 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 13 sierpnia 2015 r.) wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania zamawiającego
2. art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję
3. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego poprzez wprowadzenie do wzoru umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzących do nadużycia własnego prawa podmiotowego
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców
5. inne wskazane w odwołaniu.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania

2. nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania
3. nakazanie zamawiającemu zmiany terminu składania ofert, jeśli okaże się to niezbędne.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż SIWZ jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyznacza ona bowiem obowiązki wykonawców, jakie na nich ciążyą w związku z chęcią uczestniczenia w postępowaniu, warunki jakim muszą wykonawcy sprostać, oraz dokumenty, jakie należy złożyć, by w nim uczestniczyć. Z tego względu SIWZ winna być precyzyjna i jasna w swej treści, zaś jej zapisy powinny być sformułowane w sposób eliminujący potrzebę wnioskowania, co należy uczynić w jej wykonaniu, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego wykorzystania systemów informatycznych i teleinformatycznych (pkt II.1), ppkt 1 uzasadnienia) odwołujący podniósł m.in., iż do świadczenia usługi opisanej w ust. 23.1 i 23.2 OPZ niezbędna jest nie tylko gotowość techniczna wykonawcy, posiadanie odpowiedniego, specjalistycznego sprzętu, ale również szczegółowy opis interfejsu wymiany danych z systemem zamawiającego, który będzie odbiorcą Elektronicznego Potwierdzenia Odbioru. Brak specyfikacji interfejsu uniemożliwia przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usługi. Brak szczegółowych informacji i wytycznych w tym zakresie determinuje, że zamawiający nie uwzględnił w przedstawionym opisie wszystkich okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty i nie przekazał tych informacji wykonawcom potencjalnie zainteresowanym zamówieniem, co w konsekwencji prowadzi do możliwości zaoferowania przez poszczególnych wykonawców nieporównywalnych rozwiązań w tym zakresie. Przy obecnych, jedynie ogólnych zapisach OPZ, możliwe jest oszacowanie kosztów integracji zarówno na poziomie kilku tysięcy złotych jak i kilkuset tysięcy złotych, przy bardzo rozbudowanych interfejsach oraz skomplikowanym sposobie przetwarzania danych może być to i kilka milionów złotych. Co za tym idzie, sporządzony przez zamawiającego OPZ w tym zakresie nie pozwala wykonawcom na zidentyfikowanie rzeczywistych potrzeb zamawiającego i uniemożliwia identyfikację zakresu prac, co w konsekwencji prowadzi do niemożliwości precyzyjnego obliczenia ceny za dostarczenie prawidłowego rozwiązania i wprost świadczy o naruszeniu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego EPO - termin (pkt II.1), ppkt 2 uzasadnienia) odwołujący podniósł m.in., iż realizacja usługi EPO, której dotyczą wskazane powyżej postanowienia OPZ wymaga dopasowania i spozycjonowania infrastruktury aplikacyjno - sprzętowej. Wymagania zamawiającego odnoszące się do świadczenia usług EPO są

bowiem na tyle spersonalizowane, iż konieczne jest poczynienie odpowiednich przygotowań i zaangażowania odpowiednich środków rzeczowo-finansowych przed przystąpieniem do realizacji przedmiotowego zamówienia. Z uwagi na mocno spersonalizowany charakter świadczenia tych usług, nie można przy tym oczekiwać, aby wszystkie inwestycje zostały podjęte jeszcze przed wyborem oferty danego wykonawcy, przy braku pewności, iż takie spersonalizowane zamówienie będzie mógł realizować.

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

W związku z tym zamawiający musi wskazać terminy uruchomienia EPO. Ich brak generuje *de facto* ryzyko niemożliwości świadczenia. Warunki realizacji zamówienia powinny być tak wyznaczone, by dawały możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotom, które dla realizacji zamówienia muszą pozyskać niezbędną infrastrukturę.

Odnosnie zarzutu dotyczącego elektronicznej książki nadawczej i odbiorczej – interfejsy (pkt II.1), ppkt 3 uzasadnienia) odwołujący podniósł m.in., iż w punktach 24 i 25 OPZ, mimo nałożenia na wykonawcę określonych w nich obowiązków nie opisano zakresu funkcjonalnego narzędzia informatycznego, a także interfejsów wymiany danych, których oczekuje zamawiający. W opisie brakuje: (i) specyfikacji interfejsów, (ii) opisu zakresu i wymagań funkcjonalnych, (iii) opisu zakresu i wymagań нефункциональных (na przykład aplikacja ma działać przez stronę WWW, wspierać pracę określonej liczby użytkowników). Brak szczegółowych informacji i wytycznych w tym zakresie determinuje, że zamawiający nie uwzględnił w przedstawionym opisie wszystkich okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty i nie przekazał tych informacji wszystkim wykonawcom potencjalnie zainteresowanym zamówieniem, co w konsekwencji prowadzi do możliwości zaoferowania przez poszczególnych wykonawców nieporównywalnych rozwiązań w tym zakresie.

Odnosnie zarzutu dotyczącego numerów nadawczych korespondencji wychodzącej (pkt II.1), ppkt 4 uzasadnienia) odwołujący podniósł m.in., iż w ust. 29 OPZ zamawiający wskazał na konieczność zapewnienia przesyłkom pocztowym nadawanym przez zamawiającego indywidualnych oznaczeń, umożliwiających ich jednoznaczną identyfikację. Przez to należy rozumieć zapewnienie 14-cyfrowego algorytmu generowania kodów

indywidualizujących przesyłki pocztowe nadane przez poszczególnych nadawców, pozwalającego na przyporządkowanie każdej przesyłki nadanej z wykorzystaniem takiego kodu do każdego z poszczególnych wydziałów Jednostek. Wymagany przez zamawiającego 14-cyfrowy numer nadania nie jest stosowany przez operatorów zarówno krajowych, jak i zagranicznych i jest niezgodny ze standardami organizacji pocztowych (np. UPU - Światowy Związek Pocztowy). Co za tym idzie, dotychczasowy kształt postanowień SIWZ, w tym postanowień zwartych w OPZ, może doprowadzić do niemożliwości złożenia ważnej oferty przez wykonawców dających najwyższą rękojmię wykonywania usług tego rodzaju, czyli wykonawców będących członkami UPU.

Odnośnie zarzutu dotyczącego kwestii związanych z koniecznością wprowadzenia zmian do projektu umowy – kary umowne (pkt II.2) uzasadnienia) odwołujący podniósł m.in., iż w §10 wzoru umowy zamawiający przewidział szczegółowe wytyczne, co do zakresu i wysokości naliczanych na wykonawcę kar umownych. Należy w tym miejscu wskazać, że postanowienia wzoru umowy w tym zakresie, stoją w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie, które wskazują na maksymalną wysokość odpowiedzialności ponoszonej przez podmioty świadczące usługi pocztowe. Powołał w tym zakresie z art. 87 ust. 5 Prawa pocztowego, z którego wynika, iż 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.

Odnośnie zarzutu dotyczącego świadka koronnego (pkt II.3), ppkt 1 uzasadnienia) odwołujący podniósł m.in., iż z treści OPZ wynika, iż przedmiotem zamówienia ma być świadczenie kompleksowej usługi pocztowej w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych, bez względu na tematykę czy rodzaj adresata. Kompleksowe świadczenie usługi tego rodzaju determinuje, iż w jej ramach mieści się również korespondencja kierowana do świadków koronnych, która podlega szczególnej ochronie. Odwołał się w tym zakresie do art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym (tj.: Dz. U. z 2007 r. Nr 36, poz. 232 ze zm.). W związku z tym, realizacja ww. zadań wiąże się z obowiązkiem posiadania przez operatora pocztowego odpowiedniego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, co determinuje konieczność spełniania przez operatora wszelkich wymagań, wynikających z ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych. Świadectwem bezpieczeństwa uprawniającym do wykonywania tego

rodzaju działań jest świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia o klauzuli „poufne”. Wobec czego wniósł o zmianę treści OPZ poprzez wyraźne wskazanie, iż przedmiot umowy obejmuje również dostarczanie przesyłek świadkom koronnym, z czym wiąże się obowiązek posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia o klauzuli „poufne”. Na rozprawie zmodyfikował wniosek o żądanie posiadania przez wykonawcę świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego II stopnia o klauzuli „ściśle tajne”.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego wartości przesyłki kurierskiej (pkt II.3), ppkt 2 uzasadnienia) odwołujący podniósł m.in., iż w punkcie 5.4. OPZ zamawiający dokonał podziału przesyłek kurierskich będących przedmiotem niniejszego zamówienia na pięć kategorii w oparciu o wagę tych przesyłek, przy czym określone przez zamawiającego w treści OPZ dane są niewystarczające dla prawidłowej wyceny świadczenia w tym zakresie. Wycena tego typu usług oparta jest bowiem nie tylko na ich wadze, ale również na wartości każdej z przesyłek. Tym samym, w celu prawidłowej wyceny oferty, wykonawcy muszą dysponować kompleksowymi informacjami w tym zakresie, w tym wartością przesyłki, która w sposób bezpośredni wpływa na jej cenę. Brak jest także jakiegokolwiek limitu wartości przesyłek kurierskich.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego dostępu dla osób niepełnosprawnych (pkt II.3), ppkt 3 uzasadnienia) odwołujący podniósł m.in., iż w § 6 ust. 5 wzoru umowy zamawiający określił swoje wymagania dotyczące placówek pocztowych. Wszystkie placówki pocztowe; w których wykonawca zapewnia odbiór przesyłek sądowych umiejscowione muszą być w lokalizacjach oraz posiadać warunki lokalowe; które „w sposób oczywisty nie utrudniają dostępu osobom niepełnosprawnym”. Jednak w żadnym miejscu w treści SIWZ nie określił jaka charakterystyka obiektu wypełnia znamiona oczywistego braku utrudnień w dostępie dla osób niepełnosprawnych, w związku z czym nie istnieje możliwość precyzyjnego zidentyfikowania potrzeb Zamawiającego w tym zakresie. Jedyną wskazówką interpretacyjną jest odwołanie się przez Zamawiającego do przepisów Prawa Pocztowego oraz Rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 roku w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego (Dz. U. 2013 r., poz. 545), co sugeruje, iż intencją Zamawiającego jest zapewnienie w placówkach pocztowych standardu określonego w art. 62 pkt 1 i pkt 2 Prawa pocztowego, które nakładają na operatora wyznaczonego obowiązek zapewnienia osobom niepełnosprawnym dostępu do usług powszechnych.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego wymagań w stosunku do sieci placówek (pkt II.3), ppkt 4 uzasadnienia) odwołujący podniósł m.in., iż wymagania zamawiającego oдноśnie godzin pracy placówek pocztowych są zdecydowanie wyższe, niż w przypadku wymogów nałożonych na operatora wyznaczonego - a w konsekwencji są zdecydowanie nadmierne i

odebrane od realiów rynkowych. Polski ustawodawca określając częstotliwości otwarcia placówek: 5 dni w tygodniu z wyjątkiem sobót, bez określania godzin otwarcia placówek, zapewnia każdemu użytkownikowi dostęp do usługi pocztowej o określonej jakości. Zamawiający formułuje warunki surowsze od warunków przewidzianych w polskim prawie, mimo iż nie jest to w żaden sposób uzasadnione celem postępowania. W związku z tym kwestionowany warunek jest opisany w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W dniu 13 sierpnia 2015 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, zamieszczając na swojej stronie internetowej kopię odwołania.

W dniu 17 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Polska Grupa Poczta S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający, pismem z dnia 25 sierpnia 2015 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uznaje zarzuty odwołującego w odniesieniu do kwestii dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie wykorzystania systemów informatycznych i teleinformatycznych, usługi EPO, elektronicznej książki nadawczej i odbiorczej – interfejsy oraz numerów nadawczych korespondencji wychodzącej – pkt II.1, ppkt 1-4, jednocześnie oponuje wobec nakazania dokonania zmian w SIWZ zgodnych z wnioskami odwołującego, deklarując przeprowadzenie zmian w tym zakresie i wykreślenie spornych zapisów. Zamawiający nie uznał pozostałych zarzutów.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego 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 zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzuty dotyczące kwestii: wykorzystania systemów informatycznych i teleinformatycznych (pkt II.1), ppkt 1); EPO – terminu (pkt II.1), ppkt 2); elektronicznej książki nadawczej i odbiorczej – interfejsów (pkt (pkt II.1), ppkt 3) oraz numerów nadawczych korespondencji wychodzącej (pkt (pkt II.1), ppkt 4) potwierdziły się.**

Istotnie w tym zakresie zamawiający nie opisał w sposób wystarczający przedmiotu zamówienia, co sam przyznał, uwzględniając zasadność spornych zarzutów w złożonej odpowiedzi na odwołanie i podając przyczyny, dla których nie jest możliwe ich doprecyzowanie. Dlatego też Izba uznała, że skoro zamawiający nie dysponuje informacjami, które pozwoliłyby na doprecyzowanie przedmiotu zamówienia, to nie jest możliwe dokonanie modyfikacji kwestionowanych zapisów, w tym także w sposób wskazany przez odwołującego. Tak więc, wobec braku w SIWZ niezbędnych dla wykonawcy informacji i niemożliwości ich pozyskania na tym etapie postępowania, koniecznym jest skreślenie spornych zapisów, tj. punktów: 23.1, 23.2, 24, 25 oraz 29 OPZ z wszelkimi konsekwencjami wynikającymi z tych skreśleń.

**Zarzut dotyczący kwestii związanych z koniecznością wprowadzenia zmian do wzoru umowy – kary umowne (pkt II.2) uzasadnienia) nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 10 wzoru umowy zamieścił kwestie dotyczące kar umownych.

Odwołujący, zakwestionował powyższe, podnosząc iż postanowienia te stoją w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie, które wskazują maksymalną wysokość odpowiedzialności ponoszonej przez podmioty świadczące usługi pocztowe.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Powołane przez odwołującego przepisy ustawy Prawo pocztowe (art. 87, 88 i 89) nie ograniczają odpowiedzialności operatora pocztowego tylko i wyłącznie do zakresu w nich wskazanego. Art. 87 ustawy Prawo pocztowe stanowi 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. Tak więc przepisy powyższe nie zakazują stosowania kar umownych w relacjach z operatorem pocztowym. Zaproponowane przez zamawiającego przepisy nie pozostają więc w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym z przepisami ustawy Prawo pocztowe co oznacza, że w tym konkretnym stanie faktycznym nie doszło do

naruszenia art. 353<sup>1</sup> k.c. Swoboda kontraktowania doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie, jak wynika to z przepisów prawa. A w tym przypadku taka sytuacja nie ma miejsca. Ograniczenie zastosowania kar umownych nie wynika bowiem z ustawy Prawo pocztowe. A ponieważ postanowienia wzoru umowy nie naruszają obowiązujących przepisów to wykonawca nie może zarzucać zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie opowiadają. Pamiętać bowiem należy, iż zgodnie z art. 353<sup>1</sup> k.c. wykonawca ma swobodę zawarcia umowy, a żaden przepis nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty ani zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla wykonawcy (wyrok SO w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 roku, sygn. akt XII Ga 314/11). Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.,

**Zarzut dotyczący świadka koronnego (pkt II.3), ppkt 1 uzasadnienia) nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia – zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” - jest świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla Prokuratury Apelacyjnej w Łodzi i podległych jej Prokuratur Okręgowych w Łodzi, Piotrkowie Trybunalskim, Sieradzu i Ostrowie Wielkopolskim, oraz Prokuratur Rejonowych, których wykaz stanowi Załącznik nr 1 do SIWZ w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych oraz zwrotu przesyłek niedoręczonych.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, upatrując naruszenia tego przepisu w tym, iż zamawiający nie ujął w treści OPZ w sposób dostatecznie wyraźny obowiązku posiadania przez operatora pocztowego odpowiedniego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, gdyż przedmiotem zamówienia jest kompleksowa usługa pocztowa w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych, bez względu na tematykę czy rodzaj adresata obejmująca korespondencję kierowaną do świadków koronnych, która podlega szczególnej ochronie.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje.

Jak wprost wynika z treści ustawy z dnia 25 czerwca 1997 r. świadku koronnym (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 36, poz. 232 ze zm.) powołane przez odwołującego przepisy nie odnoszą się do przesyłek nadawanych przez Prokuraturę, a odnoszą się do uprawnień Komendanta Centralnego Biura Śledczego Policji w razie zastosowania ochrony świadka koronnego. W ściśle określonych sytuacjach Komendant Centralnego Biura Śledczego Policji może bowiem zobowiązać operatora pocztowego lub jego placówkę pocztową do przekazywania pod wskazany przez siebie adres przesyłek przeznaczonych dla osoby

objętej ochroną i doręczania pod wskazany przez siebie adres przesyłek przeznaczonych dla osoby objętej ochroną. Są to przy tym wyłącznie typowe przesyłki pochodzące od różnych organów, nieopatrzone klauzulą poufności. Prokuratura nie komunikuje się bowiem z osobą posiadającą status świadka koronnego za pośrednictwem operatora pocztowego. Tym samym przedmiot tego zamówienia nie obejmuje i nie może obejmować tego typu korespondencji (prokuratura – świadek koronny). Brak jest więc podstaw do doprecyzowania OPZ w tym zakresie, jak również stawiania wykonawcom dodatkowych warunków udziału w postępowaniu, tj. posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego II stopnia o klauzuli „ściśle tajne”. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

**Zarzut odnoszący się do kwestii wartości przesyłki kurierskiej (pkt II.3), ppkt 2 uzasadnienia) nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający w punkcie 5.4 załącznika nr 2 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” podał:

„Przesyłki kurierskie, bez ograniczenia nadawcy możliwości dowolnego oznaczenia wartości przesyłki kurierskiej, o wadze:

5.4.1. do 2 kg

5.4.2. od 2 kg do 5 kg

5.4.3. od 5 kg do 15 kg

5.4.4 od 15 kg do 30 kg

5.4.5. od 30 kg do 50 kg”

Odwołujący podniósł, iż podane przez zamawiającego dane są niewystarczające dla prawidłowej wyceny świadczenia w tym zakresie. Wycena tego rodzaju usług oparta jest bowiem nie tylko na ich wadze ale również na wartości każdej z przesyłek. Wobec czego wykonawcy muszą dysponować kompleksowymi informacjami w tym zakresie, w tym wartością przesyłki, która w sposób bezpośredni wpływa na jej cenę. Wskazywał także na brak jakiegokolwiek limitu wartości przesyłek kurierskich.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Ze względu na charakter czynności podejmowanych przez zamawiającego faktycznie nie jest możliwym ustalenie wartości przesyłek kurierskich. Nadawanie tego typu przesyłek – jak podniósł zamawiający – jest bowiem zjawiskiem epizodycznym, wynikającym z nieprzewidzianych, nagłych okoliczności, gdy nie ma możliwości skorzystania z innej formy doręczenia. Potwierdza to zestawienie zawarte w „Wartości szacunkowej zamówienia”, z którego wynika, że tego typu przesyłek było rzeczywiście niewiele. Skorzystanie z tej usługi ma więc charakter wyjątkowy. Wynika to ze specyfiki pracy zamawiającego, w której nie da się określić wcześniej zarówno ilości, jak i wartości tego rodzaju przesyłek, w tym wskazać

ich maksymalnej wartości. Determinuje je nagła przyczyna skorzystania z takiej przesyłki, a nie wartość. A ponieważ nie da się przewidzieć ani ilości tego typu przesyłek, ani też ich wartości, gdyż mają one charakter wyjątkowy (i nie stanowią – jak twierdził na rozprawie odwołujący - 50% wartości przedmiotu zamówienia) to wykonawca, kalkulując cenę oferty z uwagi na to zobowiązanie i związane z nim ryzyko, może to uwzględnić w cenie ofertowej. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

**Zarzut dotyczący dostępu dla osób niepełnosprawnych (pkt II.3), ppkt 3 uzasadnienia) potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 6 ust. 5.5 wzoru umowy zamieścił następującą treść „wszystkie placówki pocztowe, w których Wykonawca zapewnia odbiór przesyłek sądowych umiejscowione muszą być w lokalizacjach oraz posiadać warunki lokalowe, które w sposób oczywisty nie utrudniają dostępu osobom niepełnosprawnym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż nie określił jak charakterystyka obiektu wypełnia znamiona oczywistego braku utrudnień w dostępie dla osób niepełnosprawnych, w związku z czym nie istnieje możliwość precyzyjnego zidentyfikowania potrzeb zamawiającego w tym zakresie.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje

Z treści SIWZ faktycznie nie wynika, co oznacza wskazany we wzorze umowy „oczywisty brak utrudnień”. Zamawiający podał w punkcie 1. załącznika nr 2 do SIWZ, iż usługi będące przedmiotem zamówienia będą świadczone zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa w zakresie świadczenia usług pocztowych, odwołując się do wskazanych następnie ustaw i rozporządzeń (pkt 1.1. - 1.5.). Nadto dodał w odpowiedzi na odwołanie, iż chodzi o dostępność placówki pocztowej jako budynku dla osoby niepełnosprawnej, wskazując, iż warunki te reguluje Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, powołując także przepisy ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Powyższe wskazuje, iż kwestionowana treść wzoru umowy wymaga doprecyzowania. Nie tylko odwołujący – jak wynika z akt postępowania - miał problem ze zrozumieniem tego jak się wydaje oczywistego sformułowania. Treść SIWZ i wszystkich jej załączników powinna być jasna i oczywista dla wszystkich potencjalnych wykonawców. Nie może tu być żadnych niedomówień. Wykonawcy nie powinni się domyślać do jakich przepisów sięgnąć. Powinno to wprost wynikać z treści SIWZ. Wobec tego zapis ten powinien być dookreślony w sposób wskazany w sentencji wyroku.

**Zarzut dotyczący sieci placówek (godzin otwarcia punktów) (pkt II.3), ppkt 4 uzasadnienia) nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 6 ust. 5.7. wzoru umowy zamieścił następującą treść „wszystkie placówki pocztowe, w których Wykonawca zapewnia odbiór przesyłek, muszą być czynne we wszystkie dni robocze przez co najmniej 6 godzin dziennie oraz w jeden dzień roboczy w tygodniu do godziny 20:00 lub w soboty przez co najmniej 3 godziny”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu m.in., iż formułuje warunki surowsze od warunków przewidzianych w polskim prawie, mimo iż nie jest to w żaden sposób uzasadnione celem postępowania.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje

Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego (Dz. U. z 2013 r., poz. 545) stanowi w § 25, iż placówki pocztowe operatora wyznaczonego powinny być czynne we wszystkie dni robocze, z wyjątkiem sobót, co najmniej 5 dni w tygodniu, a jeżeli w tygodniu przypada dzień ustawowo wolny od pracy, liczba ta może być odpowiednio niższa. Taki też wymóg, wymóg dostępu dla obywatela do placówki operatora pocztowego przez 5 dni w tygodniu formułuje zamawiający, precyzując przy tym ilość godzin w jakich placówki te powinny być czynne. Rozporządzenie nie określa bowiem godzin pracy placówki, dając możliwość swobodnego ich kształtowania i doprecyzowywania. Natomiast godziny pracy urzędów operatora są istotnym elementem świadczenia usługi, tym samym powinny być dokładnie określone.

Wymóg zapewniania możliwości odbioru przesyłki przez co najmniej 6 godzin dziennie nie jest warunkiem nadmiarowym i nieproporcjonalnym skoro obecnie tego typu placówki (urzędy pocztowe) czynne są przez 8 godzin dziennie. Także żądanie aby w jeden dzień roboczy możliwość odbioru przesyłek była zagwarantowana do godziny 20 lub w soboty przez co najmniej 3 godziny nie jest żądaniem nadmiarowym. Zamawiający daje bowiem wykonawcy możliwość wyboru poprzez wskazanie alternatywnego rozwiązania, oczywiście, w pewnym ograniczonym zakresie sposobu spełnienia świadczenia.

Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....