

Sygn. akt KIO/UZP 1550/09

**WYROK**  
z dnia 16 grudnia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Lubomira Matczuk-Mazuś

**Członkowie:** Agata Mikołajczyk  
Izabela Niedziałek-Bujak

**Protokolant:** Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2009r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Transportu Samochodowego Łączności "Transpost" S.A., 60-246 Poznań, ul. Winklera 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Poczta Polska S.A., 00-940 Warszawa, ul. Rakowiecka 26** protestu z dnia 24 września 2009 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Transportu Samochodowego Łączności "Transpost" S.A., 60-246 Poznań, ul. Winklera 1**  
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z

kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Transportu Samochodowego Łączności "Transpost" S.A., 60-246 Poznań, ul. Winklera 1,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Transportu Samochodowego Łączności "Transpost" S.A., 60-246 Poznań, ul. Winklera 1.**

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą usługi – „doręczanie paczek, przesyłek pocztowych i pobraniowych na terenie miasta Opoczna”, nr ref: ORZMB/PRZESYŁKI OPOCZNO/116/09, odwołujący – Przedsiębiorstwo Transportu Samochodowego Łączności "Transpost" S.A. z siedzibą w Poznaniu, wniósł protest podając w punktach od 1 do 6 zarzuty dotyczące postanowień siwz i załączników do siwz w postaci projektu umowy.

W proteście odwołujący zarzucił zamawiającemu m.in. „zaniechanie w opisie przedmiotu zamówienia oraz w załączniku nr 3 do umowy i w samej umowie jednoznacznego i wyczerpującego opisu zakresu zamówienia poprzez zaniechanie doprecyzowania szacunkowej liczby i struktury paczek w zakresie przedmiotowym zakreślonym przez zamawiającego oraz maksymalnej dopuszczalnej procentowo zmiany liczby i struktury paczek w stosunku do danych podanych w załączniku nr 3 do umowy w związku z § 4 ust. 2 projektu umowy, który wskazywał, że określona liczba i struktura paczek ma charakter szacunkowy i może ulec zmianie w zależności od potrzeb zamawiającego. Nadto w tym samym ustępie zamawiający zastrzegł, że zmiana liczby struktury paczek nie będzie podlegała jakimkolwiek roszczeniom wykonawcy.”

Zamawiający - Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, uwzględnił protest w części dotyczącej punktów 1,2,3 i 5, natomiast w części dotyczącej punktów 4 i 6 protest oddalił.

W wyniku częściowego uwzględnienia protestu, zamawiający zmodyfikował postanowienia siwz w taki sposób, że doprecyzował szacunkowe liczby i struktury poszczególnych paczek, z jednoczesnym zastrzeżeniem, że „liczba i struktura paczek w okresie obowiązywania umowy może zostać zmniejszona maksymalnie o 50 %.”

Od rozstrzygnięcia protestu, w części dotyczącej punktu 1, odnoszącego się do zmiany postanowień siwz w zakresie opisu i zakresu przedmiotu zamówienia, odwołujący wniósł odwołanie, w którym zawarł wniosek o pozytywne rozpatrzenie odwołania oraz o:

- a) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności polegającej na modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w taki sposób, ażeby ze Specyfikacji jednoznacznie wynikała przewidywana ilość paczek oraz zakres przedmiotu zamówienia, bez dopuszczania możliwości zmniejszania liczby paczek do 50 % przewidywanej liczby,
- b) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami wpisu.

W uzasadnieniu odwołania, powołując się na postanowienia § 11 wzoru umowy stanowiącego załącznik do siwz, odwołujący podał m.in., że „wynagrodzenie wykonawcy w ramach miesięcznych rozliczeń z zamawiającym odbywa się na podstawie zestawień liczby doręczonych paczek. W § 10 wzoru umowy określone są oparte na cenie ofertowej - kwoty jednostkowe za doręczenie paczki. Powyższe świadczy o tym, że to liczba doręczanych paczek będzie decydowała o wysokości łącznego wynagrodzenia wykonawcy w skali całej umowy. Ograniczenie liczby paczek ze strony zamawiającego w stosunku do przewidywanej szacunkowej liczby paczek wpłynie, zatem bezpośrednio na wynagrodzenie wykonawcy w skali całej umowy. Wykonawcy ubiegający się o zamówienia tego rodzaju muszą być w zakresie potencjału technicznego i osobowego, zdolni do wykonania zamówienia, jednak, co wymaga podkreślenia, udział firm w różnych przetargach i realizacja wielu zamówień jednocześnie wymaga każdorazowo zwiększenia taboru samochodów oraz zatrudnienia pracowników. Dodatkowo, mocą § 5 umowy, wykonawca jest zobowiązany m.in. do zapewnienia odpowiedniej liczby pracowników i samochodów oraz ponoszenia wszelkich kosztów wynikających z realizacji przedmiotu umowy, w tym w szczególności - kosztów osobowych, eksploatacyjnych pojazdów i innych opłat związanych z gotowością świadczenia usług. Z samych tych zobowiązań wynika konieczność zarezerwowania przez wykonawcę do realizacji przedmiotu umowy określonego potencjału technicznego i osobowego oraz poczynienia określonych nakładów finansowych.”

Z powyższego wynika, że w ocenie odwołującego, zamawiający powinien zmniejszyć podaną, w wyniku uwzględnienia protestu, granicę zmniejszania ilości paczek zleconych do dostarczenia. Odwołujący nie podał w odwołaniu żadnej liczby do wysokości, której dopuszcza możliwość zmniejszania ilości przewożonych paczek.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO i ZA wywodząc, że nie można na wykonawcę przerzucać odpowiedzialności i ryzyka niezrealizowania umowy oraz wyłączyć mu możliwość dochodzenia w takim przypadku roszczeń z tego tytułu. Zacytował fragment orzeczenia o

treści „Brak określenia minimum dostawy powoduje przesłankę odpowiedzialności kontraktowej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W tej sytuacji (zgodnie z art. 471 k.c.) wykonawcy (wierzycielowi) przysługuje roszczenie o wykonanie świadczenia, a więc zamówienie określonych wyrobów, albo też roszczenie o naprawienie szkody.”

Wskazał, że zgodnie z brzmieniem art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz.1655, z późn. zm.), „Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.”

Odnosił się także do kwestii ustalania i zmiany wartości zamówienia oraz do opisu sposobu obliczenia ceny oferty, jako elementu składowego siwz .

Jednocześnie wskazał, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 6 czerwca 2008 r., Izba orzekła, co następuje: „Prawem i jednocześnie obowiązkiem zamawiającego jest racjonalna ocena własnych potrzeb i opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z nimi.”

W ocenie odwołującego, zamawiający zastrzegając możliwość ograniczenia dostawy o 50% przyjętej ilości, zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy oraz uniemożliwia właściwą kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy.

Umowa zawarta na skutek tak skonstruowanego projektu umowy byłaby nadto nieważna z mocy art. 473 ust. 2 k.c.

Zamawiający po rozważeniu zarzutów protestu, uwzględnił m.in. pierwszy zarzut i podał rozstrzygnięcie, które zostanie wprowadzone do postanowień siwz, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, którym jest uszczegółowienie opisu przedmiotu zamówienia przez odpowiednią zmianę postanowień siwz w zakresie:

„Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi doręczania:

- 1) paczek pocztowych krajowych i zagranicznych, paczek pocztowych PLUS, przesyłek pobraniowych, paczek pocztowych przyjmowanych na warunkach szczególnych na terenie miasta Opoczno od poniedziałku do soboty,
- 2) przesyłek ekspresowych tj. przesyłek POCZTEX, telegramów pocztowych, przekazów PZW, EMS, w ramach usługi POCZTEX przesyłki z tzw. usługą komplementarną na terenie miasta i gminy Opoczno - tylko w soboty,
- 3) średnia miesięczna ilość przesyłek: 2 086 sztuk w tym około 10 szt. przesyłek ekspresowych,

- 4) szacunkowa ilość przesyłek pocztowych do doręczenia w okresie 24 miesięcy: 50 070 w tym około 240 sztuk przesyłek ekspresowych,
- 5) szacunkowa ilość kilometrów potrzebna do wykonania usługi doręczania przesyłek ekspresowych to ok. 100 km miesięcznie,
- 6) liczba i struktura paczek w okresie obowiązywania umowy może zostać zmniejszona maksymalnie o 50%.”

Na rozprawie odwołujący podtrzymał treść odwołania i wyjaśnił, że samego opisu przedmiotu zamówienia nie kwestionuje, jest on jednoznaczny i jasny, natomiast kwestionuje możliwość ograniczenia zakresu świadczenia usługi maksymalnie o 50%, wprowadzoną w wyniku rozstrzygnięcia protestu.

Powołał się na art. 140 ustawy i w powiązaniu z art. 82 ust. 3 ustawy, podkreślił konieczność korelacji prowadzącej się do tego, że treść zawartej umowy musi odpowiadać treści oferty, zaś treść oferty musi odpowiadać treści siwz.

Wskazał na kolejne orzecznictwo - KIO – wyrok z dnia 17 lipca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 843/09 i Zespołu Arbitrów z dnia 6 września 2006r., z których wynika pozycja zamawiającego w kształtowaniu treści umowy i nie może być ona dominująca. Podniósł, że ograniczenie wykonania umowy w niektórych okresach o 50%, jest nieuprawnione ze strony zamawiającego. Wskazał wyroki KIO - sygn. akt KIO/UZP 222/08 i sygn. akt KIO/UZP 35/08, w których orzeczono, że zamawiający nie może ryzykiem niewykonania umowy obciążać wykonawców, gdyż narusza to art. 357 k.c.

Odwołujący wyjaśnił na rozprawie, że żądanie zawarte w odwołaniu ma na uwadze, nakazanie zamawiającemu przez KIO odstąpienia od możliwości zmniejszania przewozu liczby paczek z 50% do, np. 10%.

Wskazał, że zamawiający określał w innych postępowaniach zmniejszanie ilości przewożonych paczek do 20%. Jednak odwołujący nie zetknął się ze zmniejszaniem ilości przewozu paczek do 10%.

Zamawiający podniósł, że odwołanie powinno być oddalone na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy, gdyż wykracza poza granice protestu, a mianowicie w pierwotnej wersji siwz, zamawiający nie określił minimalnej granicy, do której ograniczy przewożenie paczek w razie braku takiej potrzeby. Parametr graniczny „nie mniej niż 50%” został wprowadzony w wyniku uwzględnienia protestu, a zatem odwołujący, podważając stanowisko zamawiającego w tym zakresie, powinien poczekać na dokonanie czynności przez zamawiającego polegającej na modyfikacji siwz, jako następstwa uwzględnienia protestu i dopiero wtedy wnieść środki ochrony prawnej. Ponadto, odwołujący w proteście nie wskazał minimalnej granicy, do jakiej chciałby, by było możliwe wprowadzenie ograniczenia. Dopiero na rozprawie wielkość ta

została wskazana jako 10%. Zamawiający podał, że na podstawie ustawy Prawo pocztowe, świadczy powszechne usługi pocztowe, na których rozmiar nie ma żadnego wpływu, stąd nie ma nawet możliwości określić swoich potrzeb w tym zakresie, gdyż wynika to z koniunktury rynkowej, mając też na uwadze, że w związku z przekształceniem PPUP w spółkę akcyjną, od dnia 1 września 2009r., nie może pozwolić na działania przynoszące straty finansowe. Podał, że w wyniku uwzględnienia protestu przyjął mieszany system wynagrodzenia, z którego wynika, że wypłaci wykonawcy wynagrodzenie za przewóz 50% paczek, nawet jeśli ten przewóz będzie faktycznie niższy.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy wnosząc odwołanie, gdyż ewentualne naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego, w wyniku ustalenia niewłaściwej treści siwz, istotnie, mogłoby ograniczyć możliwości wykonawcy w złożeniu właściwej oferty.

Również odwołujący uprawniony jest do wniesienia odwołania, pomimo uwzględnienia protestu i zapowiedzi zamawiającego, iż dokona zmiany postanowień siwz. Odwołanie jest właśnie podważeniem stanowiska zamawiającego w przedmiocie dokonanego rozstrzygnięcia protestu, w wyniku którego zamawiający wprowadzi, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, ograniczenie - przez możliwość zmniejszenia liczby i struktury paczek w okresie obowiązywania umowy, maksymalnie o 50%. W pierwotnej treści siwz zawarte było ograniczenie, jednak bez wskazania granic tego ograniczenia przez podanie konkretnej liczby.

W ocenie KIO, odwołanie jest niezasadne i jako takie nie może być uwzględnione.

KIO podziela stanowisko odwołującego, że zamawiający nie może obciążać wykonawcy ryzykiem niewykonania zamówienia, czy ryzykiem braku efektów gospodarczych. Jednakże w tym przypadku nie występują takie okoliczności.

Uprawnienie opisanie przedmiotu zamówienia i jednocześnie zobowiązanie zamawiającego z tego tytułu do zachowania wymogów ustawowych, który to przedmiot odzwierciedla uzasadnioną i racjonalną potrzebę zamawiającego, spoczywa na zamawiającym, zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy.

Odwołujący nie kwestionował, co do zasady, opisu przedmiotu zamówienia twierdząc, że opis dokonany został z zachowaniem wymogów wynikających ze wskazanego przepisu, kwestionował wyłącznie zakres świadczenia w ramach przyszłego kontraktu zawartego, jako efekt prowadzonego postępowania.

Dopiero na rozprawie, po raz pierwszy w toku postępowania, odwołujący określił, że chciałby by ograniczenie wykonania zamówienia świadczonego w sposób ciągły i powtarzający się, wynosiło do 10%, co, jak sam potwierdził, nie wystąpiło jeszcze w praktyce.

Wniosek dotyczący zawarcia kontraktu, w wyniku którego zamawiający nie mógłby ograniczyć zakresu świadczenia, nawet w razie braku potrzeby świadczenia usługi z przyczyn, jak określił to zamawiający, koniunktury rynku, jest niezasadny.

W ocenie KIO, żądanie nie może zasługiwać na uwzględnienie, gdyż w tej sytuacji, zamawiający byłby obciążony zobowiązaniem, pomimo braku wzajemnego świadczenia ze strony wykonawcy. Ryzyko gospodarcze polega na ponoszeniu kosztów zdarzeń niemożliwych do przewidzenia. Natomiast w tym przypadku mogłoby wystąpić zamierzone i kontrolowane zobowiązanie wydatkowania środków finansowych w sposób nieracjonalny i pozbawiony podstaw zasadności.

Z tych względów, KIO uznając, że żądanie odwołującego jest niezasadne, oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z późn. zm.).

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....