

Warszawa, dnia 26 czerwca 2015 r.

Znak pisma:

Oznaczenie sprawy: **ZP/3/GDB/2015**

Strona internetowa

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „**świadczanie usług pocztowych przez okres 12 miesięcy**”

Zamawiający – Biuro Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji – działając na podstawie:

- 1) art. 38 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (dalej: „Pzp”), przekazuje pytania i wyjaśnienia treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „siwz”),
- 2) art. 38 ust. 4 ustawy Pzp dokonał zmiany treści siwz w zakresie opisanym poniżej.

Pytanie 1:

Zgodnie z obecnie już utrwalonym poglądem orzecznictwa, jednym z warunków zachowania zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu na usługi pocztowe jest uszczegółowienie zasad wykonywania tzw. przesyłek terminowych, o których mowa w art. 57 § 5 pkt 2 kpa oraz ew. art. 12 § 6 pkt 2 Ordynacji podatkowej lub też innych analogicznych przepisów odnoszących się do skutku zachowania terminu do wniesienia pisma poprzez nadanie przesyłki w sieci operatora wyznaczonego (tzw. przesyłki terminowe). W przypadku rzeczonożego rozwiązania wykonawca – alternatywny operator pocztowy - jest podmiotem dokonującym czynności nadania przesyłki u operatora wyznaczonego, ale czyni to w imieniu i na rzecz zamawiającego. **Opisane wyżej rozwiązanie jest jedynym obecnie dostępnym na rynku usług pocztowych rozwiązaniem zapewniającym udział innych operatorów pocztowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w których zamawiający wymaga, aby nadawane były przesyłki terminowe.** Należy dodać, iż rozwiązanie to kilkakrotnie było oceniane przez Krajową Izbę Odwoławczą. Jak przykładowo zauważała Izba w wyroku z dnia 31 października 2014 roku sygn.

KIO 2160/14: *Po pierwsze – w odpowiedzi na pytanie nr 3 Zamawiający w wyjaśnieniach treści siwz. z 22 sierpnia 2014 r. dopuścił możliwość, aby wykonawca zamówienia odbierał przesyłki od Zamawiającego i przekazywał je do nadania w placówce operatora wyznaczonego. Po drugie – InPost skorzystał z tej możliwości i wskazał wprost w ofercie, że w zakresie dotyczącym przesyłek wymagających zachowania terminu w dacie nadania, doręczanych w przypadkach przewidzianych w kpc, kpk, kpa i Ordynacji podatkowej, zamierza powierzyć wykonywanie zamówienia operatorowi wyznaczonemu. Po trzecie – ponieważ Poczta Polska jako operator wyznaczony ma obowiązek świadczenia powszechnych usług pocztowych, nie może odmówić przyjęcia takich przesyłek nadawanych fizycznie przez InPost w imieniu i na rzecz Zamawiającego. (...) Poczta Polska podnosiła, że rozwiązanie zaakceptowane przez Zamawiającego narusza art. 29 ust. 2 pzp, a zatem przepis odnoszący się do opisu przedmiotu zamówienia. Aktualnie zaś, pomimo dopuszczenia przez Zamawiającego doręczania wąskiej kategorii przesyłek przez wykonawcę zamówienia za pośrednictwem operatora wyznaczonego, forsuje taką interpretację siwz., jakby takiego rozwiązania nie dało się zastosować z uwagi na status Poczty Polskiej jako operatora wyznaczonego. Interpretacji takiej nie sposób zaakceptować, gdyż **prowadziłoby to do wniosku, że całe postępowanie prowadzone w trybie***

***przetargu nieograniczonego jest fikcją, gdyż przedmiotowe zamówienie może zostać udzielone wyłącznie Poczcie Polskiej.** Przede wszystkim w oczywisty sposób jest to sprzeczne z intencją Zamawiającego uzewnętrzniona w postaci dokonywanych w toku postępowania zmian i wyjaśnień treści siwz., które konsekwentnie zmierzały do rzeczywistego otwarcia prowadzonego postępowania na konkurencję, a co Poczta Polska bezskutecznie usiłowała zablokować. Do tożsamyh wniosków Izba doszła w wyroku w sprawie o sygn. KIO 2601/14: Izba konsekwentnie stoi na stanowisku, iż dopuszczenie nawet w ramach wyjaśnień treści siwz. wykonania części zamówienia dotyczącej przesyłek specjalnych jako tzw. usługi pośrednictwa umożliwia złożenie oferty przewidującej wykonanie zamówienia w taki sposób i nie powoduje jej niezgodności z treścią siwz. Zamawianym / dopuszczonym w ramach przedmiotu zamówienia jest świadczenie polegające na odebraniu przesyłek specjalnych od zamawiającego, ich zanieśenie do placówki Poczty Polskiej i ich nadanie jako przesyłek w imieniu zamawiającego jako przesyłki zamawiającego. (...) Przedmiotem zamówienia przestaje być w tym przypadku jedynie świadczenie usług pocztowych, ale wykonawcy część zamówienia mogą wykonać również w inny, dopuszczony przez zamawiającego, sposób, przy którym osiągnięte zostaną wszystkie cele zamówienia oraz zachowane zostaną zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikające z przepisów ustawy. (...) przedmiotowe odwołanie jest kolejną dokonywaną w ramach środków ochrony prawnej próbą Odwołującego [Poczty Polskiej] zmierzającą do niedopuszczenia do udzielenia zamówienia na usługi pocztowe wykonawcom innym, niż operator wyznaczony.*

Zgodnie z jednolitym poglądem wyrażanym zarówno przez Poczte Polską S.A. jak i orzecznictwo, czynność operatora alternatywnego obejmująca nadanie przesyłki u operatora wyznaczonego w imieniu i na rzecz zamawiającego **nie jest usługą pocztową**, a usługą pośrednictwa w nadawaniu przesyłek (przesyłka nie jest nadawana w sieci pocztowej operatora alternatywnego, vide: KIO 2601/14, KIO 2160/14, KIO 1362/13, Sąd Okręgowy w Gliwicach sygn. akt X Ga 287/13). Jak dodaje Izba (KIO 2601/14): *w takim przypadku stronami usługi pocztowej w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe, są Zamawiający i operator wyznaczony. **Przy czym Poczta Polska nie jest żadnym podwykonawcą części przedmiotu zamówienia**, który zakontraktują Zamawiający i InPost, a których łączył będzie w tym przypadku inny stosunek umowny dotyczący usług polegających na zanoszeniu przesyłek Zamawiającego na Poczte, nadawaniu ich i opłacaniu.* Jak podkreślała przy tym Izba w tym samym

wyroku: *Niestety za dopuszczeniem obsługi przesyłek specjalnych w taki sposób nie następowały żadne postanowienia lub modyfikacje SIWZ dostosowujące całość postanowień specyfikacji do tego typu rozszerzenia przedmiotu zamówienia i eliminujące wszelkie wątpliwości, co do jego wariantowego charakteru, sposobu jego wykonywania oraz rozliczania.* Jak przy tym słusznie podnoszono w piśmie Prezesa UZP zawierającego informację o ustaleniach w trakcie kontroli postępowania prowadzonego przez Miasto Lublin¹: *uzależnienie możliwości świadczenia usług pocztowych przez operatora innego niż operator wyznaczony w zakresie tzw. przesyłek terminowych od zawarcia z operatorem wyznaczonym pisemnej umowy o współpracy w rozumieniu Prawa pocztowego ograniczyło konkurencję w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem zawarcie takiej umowy uzależnione jest tylko od woli operatora wyznaczonego. Zatem operator pocztowy który nie miał zawartej umowy o współpracę z operatorem wyznaczonym lub przyrzeczenia zawarcia takiej umowy, w istocie nie mógł złożyć niepodlegającej odrzucenia oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest zatem zasadnym w szczególności żądanie zawarcia przez operatora alternatywnego umowy z Poczta Polska S.A. na podstawie art. 35 Prawa pocztowego.* Abstrahując od braku zasadności żądania zawarcia takiej umowy między operatorami pozostającymi w stosunku konkurencji, podkreślenia wymaga, że nawet zawarcie takiej umowy nie wywoła określonych ustawą skutków. Dla wywołania skutków w postaci zachowania terminu czy wniesienia pisma do sądu, przesyłka musi być nadana w placówce operatora wyznaczonego. Tymczasem z art. 35 Prawa pocztowego wynika, że umowa o współpracę pomiędzy operatorami pocztowymi dotyczy dalszego przekazania przesyłki do doręczenia (przesyłka jest nadawana w sieci operatora alternatywnego a następnie przekazywana do sieci operatora wyznaczonego). Nie jest możliwe dwukrotne nadanie tej samej przesyłki, w ramach tej umowy nie powstaje zatem nadanie przesyłki i nie może być spełniony skutek zachowania terminu/wniesienia pisma do sądu.

Reasumując, Poczta Polska S.A. nie jest w takim przypadku podwykonawcą operatora alternatywnego, a sama usługa pośrednictwa nie jest usługą pocztową. Zarazem zamawiający nie może wymagać od wykonawcy posiadania umowy zawartej z operatorem wyznaczonym (art. 35 Prawa pocztowego). Wynagrodzeniem operatora alternatywnego jest w przypadku świadczenia usługi pośrednictwa jest suma kosztów nadania przesyłki w placówce operatora wyznaczonego oraz własny narzut. Skoro zarazem mamy do czynienia z usługą „niepocztową” której koszt stanowi częściowo wynagrodzenie uiszczane operatorowi wyznaczonemu, kluczowego znaczenia dla w zakresie jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia w takim przypadku nabiera rzetelne określenie ilości takich przesyłek (należy przypomnieć iż są te jedynie przesyłki wymagające urzędowego potwierdzenia terminu **nadania**, np. apelacja - zwyczajowo jest to nie więcej niż 5% przesyłek nadawanych u zamawiających), a także określenie zasad dokonywania rozliczeń. Przyjęcie, iż operator alternatywny ma obowiązek pośrednictwa w wykonywaniu nieograniczonej lub też znacząco zawyżonej liczby przesyłek terminowych zamyka postępowanie na konkurencyjność (cena operatora alternatywnego musi uwzględniać bowiem cenę cennikową – bez upustu – operatora wyznaczonego oraz własny narzut).

Biorąc pod uwagę powyższe, w każdym przypadku gdy przedmiot zamówienia obejmuje nadawanie tzw. przesyłek terminowych obok innych usług pocztowych, koniecznym jest opisanie podstawowych zasad sposobu usługi pośrednika.

W celu zachowania konkurencyjności, poza określeniem szacowanej ilości takich przesyłek (przykładowo: „nie więcej niż 5% całości wolumenu”) koniecznym jest także opisanie zasad uiszczania wynagrodzenia z tego tytułu poprzez alternatywnie:

- zamieszczenie samodzielnej pozycji w formularzu ofertowym lub też
- poprzez określenie, iż wynagrodzenie za przesyłki nadawane za pośrednictwem operatora wyznaczonego (usługa pośrednictwa) pobierane jest nie na podstawie cen formularzowych, a na podstawie cenników operatora alternatywnego załączanych do oferty.

Brak wyodrębnienia takiej pozycji w praktyce przesądza o konieczności obciążenia zamawiającego kosztami wykonania usługi „niepocztowej” na podstawie cennika załączanego przez operatora alternatywnego do oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe zwracamy się z wnioskiem o wyjaśnienie:

- czy Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty przez innych wykonawców niż Poczta Polska S.A.?
- jeśli tak, to na jakich zasadach dokonywane będą rozliczenia usługi pośrednictwa przy wykonywaniu tzw. przesyłek terminowych? Czy wynagrodzenie operatora alternatywnego uiszczane będzie na podstawie cennika załączonego do oferty, czy też zamawiający dokona modyfikacji SIWZ poprzez wyodrębnienie następujących pozycji w kalkulacji cenowej w sposób zaproponowany poniżej? Umożliwi to Wykonawcom innym niż operator wyznaczony wycenić usługę nadawania w trybach zastrzeżonych dla operatora wyznaczonego:

	polecane ekonomiczne ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru przewidziane do nadania w placówce operatora wyznaczonego		
--	--	--	--

	GABARYT A	do 50 g	1		
	GABARYT B	do 50 g	1		
	GABARYT A	50 – 350 g	1		
	GABARYT B	50 – 350 g	1		
	GABARYT A	350 – 1000 g	1		
	GABARYT B	350 – 1000 g	1		
	GABARYT A	1000 – 2000 g	1		
	GABARYT B	1000 – 2000 g	1		
	polecane priorytetowe ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru przewidziane do nadania w placówce operatora wyznaczonego				
	GABARYT A	do 50 g	1		
	GABARYT B	do 50 g	1		
	GABARYT A	50 – 350 g	1		
	GABARYT B	50 – 350 g	1		
	GABARYT A	350 – 1000 g	1		
	GABARYT B	350 – 1000 g	1		
	GABARYT A	1000 – 2000 g	1		
	GABARYT B	1000 – 2000 g	1		

Wyjaśnienie:

Z oczywistych przyczyn wynikających z przepisów ustawy Pzp Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty przez innych wykonawców niż Poczta Polska S.A. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający zmuszony jest dopuszczać składanie ofert wariantowych i modyfikować Formularz asortymentowo-cenowy, stanowiący Załącznik nr 3 do siwz, w taki

sposób by był on odmienny dla operatora wyznaczonego i odmienny dla pozostałych operatorów pocztowych. W takiej sytuacji za wystarczające uznać by należało określenie przez zamawiającego procentowego udziału przesyłek wymagających urzędowego potwierdzenia terminu nadania (dalej: „przesyłki terminowe”), o którym mowa w art. 57 § 5 pkt 2 ustawy z dnia 14.06.1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 267 ze zm.) zwanej dalej „Kpa”, w ogólnej liczbie przesyłek, tak by wykonawca nie będący operatorem wyznaczonym mógł skalkulować na odpowiednim poziomie ceny jednostkowe za swe usługi uwzględniając na zasadzie ryczałtu konieczność nadania części przesyłek stanowiących przedmiot zamówienia u operatora wyznaczonego. Zamawiający nie jest bowiem zainteresowany dodatkowym płaceniem za pośrednictwo w nadaniu przesyłek u operatora wyznaczonego, gdyż w ocenie Zamawiającego proponowana w pytaniu konstrukcja Formularza asortymentowo-cenowego prowadziłyby w istocie do braku porównywalności składanych ofert, generując poboczne i zbędne z punktu widzenia Zamawiającego koszty w zależności od tego jaki wykonawca zostałby w przetargu wybrany.

Tym niemniej, Zamawiający w istocie nie określił w siwz procentowego udziału tzw. przesyłek terminowych w ogólnej liczbie przesyłek. Podyktowane jest to faktem, że takowe przesyłki Zamawiający wysyła incydentalnie, na tyle rzadko, że stanowiłyby one setne części procenta w skali całego zamówienia, a więc mają charakter pomijalny. Zamawiający mając na względzie wyżej opisaną specyfikę usług pocztowych i zakres przedmiotowego zamówienia, a także dbając o konkurencyjność przetargu oświadcza, że tzw. przesyłki terminowe nie będą nadawane przez Zamawiającego za pośrednictwem wybranego w postępowaniu wykonawcy, jeżeli ów wykonawca będzie tzw. operatorem alternatywnym. Wówczas Zamawiający sam, bez zbędnego pośrednictwa, nada u operatora wyznaczonego takie przesyłki.

Wobec powyższego, wniosek o zmianę treści siwz w zakresie określonym w pytaniu jest bezprzedmiotowy.

Pytanie 2:

W celu prawidłowej realizacji usług, poprawności doręczania przesyłek oraz ewidencjonowania przesyłek rejestrowych niezbędne jest odpowiednie przygotowanie korespondencji na etapie nadawczym.

W związku z tym Wykonawca prosi o informację, czy może uznać, że Zamawiający przekazując przesyłki rejestrowe zadba, aby każda z nich została kolejno wpisana w oddzielną pozycję książki nadawczej oraz oznaczona w sposób czytelny: nazwą odbiorcy wraz z jego adresem, rodzajem przesyłki, pieczęcią (nazwą Zamawiającego) oraz została oklejona kodami kreskowymi służącymi do rejestrowania przesyłki?

Wyjaśnienie:

Nawiązując do wyjaśnień udzielonych na pytanie nr 7 pismem z dnia 23.06.2015 r., Zamawiający informuje, że postanowieniami § 3 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 1 do siwz, w sposób wystarczający określił obowiązki i czynności, które wykonuje Zamawiający, celem umożliwienia wykonawcy należytego realizowania umowy. Wobec powyższego Zamawiający nie dostrzega konieczności poszerzania postanowień § 3 ust. 1 wzoru umowy w zakresie o jakim mowa w pytaniu, w tym poszerzania obowiązków Zamawiającego o dokonywanie oklejania kodami kreskowymi. Analogicznie jak w przypadku opisanym w przywołanym pytaniu i wyjaśnieniu z dnia 23.06.2015 r., ponad standardowe obowiązki

określone we wzorze umowy, Zamawiający nie zamierza angażować sił i czasu w wykonywanie takich czy innych czynności, specyficznych dla jednego albo drugiego wykonawcy. Tego rodzaju czynności pozostają po stronie wykonawcy.

Pytanie 3:

Zamawiający zastrzega w SIWZ, w pkt 4.9, obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę części zamówienia związanej z przyjmowaniem i doręczaniem przesyłek pocztowych.

Takie zastrzeżenie nie ma oparcia w obowiązujących przepisach. Art. 36a ust. 2 pkt. 1 uprawnia do zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania jedynie w stosunku do kluczowych części zamówienia. Już sama wykładania językowa niniejszego zapisu wskazuje, że zastrzeżenia tego można dokonać tylko wyjątkowo, w stosunku do niewielkiej części zamówienia. Zamawiający zaś objął tym obowiązkiem w zasadzie prawie całość, a na pewno zdecydowaną większość, przedmiotu zamówienia, de facto ograniczając możliwość skorzystania z podwykonawców w ogóle.

Na temat skorzystania z uprawnienia określonego w art. 36a Pzp niejednokrotnie wypowiedała się Krajowa Izba Odwoławcza. I tak w wyroku z dnia 21 maja 2014 roku, sygn. KIO 923/12, stwierdziła: „Przepis ten wprowadza wyjątek od ogólnej zasady możliwości powierzenia realizacji całości lub części zamówienia podwykonawcom i jako taki powinien być stosowany w sposób ścisły. **Wyłączenie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia musi być umotywowane specyfiką przedmiotu zamówienia i poprzedzone jego wnikliwą analizą, która wyklucza prawidłową realizację zamówienia w przypadku, gdy jego część zostanie powierzona podwykonawcy. Powyższa regulacja wyraźnie wskazuje, iż zasadą jest obowiązek dopuszczenia możliwości podwykonawstwa, zaś ograniczenie tego uprawnienia wykonawcy jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, uzasadnionych specyfiką danego zamówienia. Ciężar wykazania tej szczególnej okoliczności spoczywa na zamawiającym, który zamierza uczynić użytek z tego wyjątku od ogólnej reguły postępowania. Przykładowo można wskazać, że takim wyjątkiem może być wykonanie dzieła w postaci utworu, który może wykonać tylko dany wykonawca, wykonanie prac renowacyjnych, gdzie wykonawcą może być tylko podmiot posiadający w tym zakresie specjalistyczną wiedzę i doświadczenie, itd.**” Podzieliła tym samym stanowisko wyrażone w uchwale z dnia 7 listopada 2013 roku, KIO/KU 97/13: „zamawiający jest uprawniony do rozważenia wyłączenia z udziału w realizacji zamówienia podwykonawców w sytuacji, gdy jego wykonanie wymagać będzie szczególnego, osobistego doświadczenia i wiedzy wykonawcy. Najczęściej będą to prace polegające na działalności twórczej, artystycznej czy szkoleniowej np. stworzenie utworu muzycznego, wykonanie robót konserwatorskich zabytku lub dzieła sztuki, wykonanie ekspertyzy wymagającej szczególnej i specjalistycznej wiedzy, itp. Ich wykonanie wymaga bowiem posiadania szczególnych cech i zdolności, zwykle właściwych ściśle określonemu kręgowi wykonawców. W konsekwencji zamawiający ograniczając podwykonawstwo zakazuje powierzania go podmiotom, którzy takich cech i zdolności mogą nie posiadać. Powierzenie wykonania robót w tym zakresie, innemu niż wybranemu wykonawcy może doprowadzić do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z oczekiwaniami zamawiającego, a nawet może doprowadzić do nieodwracalnych szkód w wykonywanym dziele.”

Świadczenie usług pocztowych z pomocą podwykonawców jest zaś powszechnie przyjęte i sankcjonowane wyraźną dyspozycją Prawa pocztowego, który nie wymaga nawet od podwykonawców posiadania stosownych uprawnień – pod warunkiem, że działalność wykonywana jest w imieniu operatora pocztowego. Wskazać bowiem należy, że ustawa Prawo Pocztove wskazuje wprost w art. 6 ust. 4: „Nie wymaga wpisu do rejestru działalność pocztowa wykonywana przez podwykonawcę w

imieniu operatora pocztowego (...).” Tak więc mając na uwadze powyższe specyfika zamówienia pozwala na posługiwanie się podwykonawcami nawet nieposiadającymi wpisu do rejestru operatorów pocztowych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, posługiwanie się podwykonawcami nie stanowi przeszkody w prawidłowym wykonaniu zamówienia – zastrzeżenie osobistego wykonania wskazanych czynności nie ma więc żadnych podstaw faktycznych ani prawnych. Co więcej, Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za działania i zaniechania podwykonawców jak za swoje własne, co tym bardziej czyni zastrzeżenie Zamawiającego niezasadnym.

Co więcej, ograniczenie podwykonawstwa może być odczytane jako działanie celowe, którego skutkiem ma być ograniczenie konkurencyjności postępowania, powszechnie bowiem wiadomo, że jedynie operator wyznaczony – Poczta Polska S.A. – jest w stanie realizować usługi bez jakiegokolwiek pomocy podwykonawców. Jak już wskazywano, ograniczenie konkurencyjności postępowania nie leży w interesie Zamawiającego i może doprowadzić do sytuacji, że ofertę będzie w stanie złożyć tylko jeden podmiot, co – w obliczu świadomości Poczty Polskiej o braku konkurencji – będzie miało wpływ na cenę ofertową.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o eliminację zapisów ograniczających podwykonawstwo z SIWZ.

Wyjaśnienie:

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, iż podnoszone w pytaniu zarzuty nie znajdują podstaw w przepisach prawa ani stanie faktycznym.

Z gruntu chybiona interpretacja przepisów art. 36a ustawy Pzp legła u podstaw bezpodstawnych zarzutów i bezzasadnych wniosków podnoszonych w pytaniu. Przypomnieć bowiem należy, iż znowelizowana ustawa Pzp w zakresie możliwości ograniczenia podwykonawstwa dała zamawiającym podstawę prawną do możliwości zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi bez konieczności uzasadniania takiego zastrzeżenia. Pytający Wykonawca, wydawać by się mogło, przeoczył zasadniczą zmianę w tym zakresie wprowadzoną przepisem art. 1 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 1473), który to uchylił w ustawie Pzp ust. 4 i 5 w art. 36 wprowadzając art. 36a i 36b. Ma to zasadnicze znaczenie dla oceny argumentacji podnoszonej w pytaniu, bowiem uchylony przepis art. 36 ust. 5 Pzp stanowił (ale już nie stanowi!), że „*Wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom*”. Przypomnieć również wypada, że uchylony przepis przestał obowiązywać z dniem 24.12.2013 r., a więc ponad półtora roku przed ogłoszeniem przedmiotowego przetargu. W związku z powyższym w obowiązującym stanie prawnym Zamawiający nie ma żadnego przymusu prawnego do uzasadniania poczynionego zastrzeżenia, a także nieprawdą jest jakoby takowe zastrzeżenie musiało mieć szczególny charakter. Zastrzeżenie owe musi dotyczyć kluczowych, a więc nie pobocznych, części zamówienia. Pytający wykonawca, jako profesjonalista, zapewne podziela pogląd, iż zastrzeżenie określone w pkt 4.9 siwz dotyczy kluczowych części zamówienia, bowiem nie sposób rozsądnie by uznać, że w przypadku usług pocztowych doręczanie adresatom przesyłek pocztowych w odniesieniu do przesyłek pocztowych w obrocie krajowym stanowi poboczny element przedmiotu zamówienia.

Mając na względzie przytoczoną analizę zmian w przepisach Pzp, należy stwierdzić, iż przywołane w pytaniu wyrok i uchwała Krajowej Izby Odwoławczej nie mają żadnego zastosowania do przedmiotowego zamówienia, albowiem dotyczą całkowicie odmiennego stanu prawnego. Z uwagi na fakt, że uchwała o sygn. akt KIO/KU 97/13 została podjęta w dniu 7 listopada 2013 r., a więc ponad miesiąc przed wejściem w życie przepisów art. 36a Pzp, odnosi się ona do nieistniejącego obecnie w prawie przepisu art. 36 ust. 5 Pzp. Z kolei, w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 21 maja 2014 r. o sygn. akt KIO 923/14, na stronie nr 7, akapit 3 czytamy: „Powyższy zarzut Izba uznaje za uzasadniony. Zgodnie z art. 36 ust. 5 ustawy Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom”. Wyraźnie zatem powołany w pytaniu wyrok KIO odnosi się do nieistniejącego obecnie przepisu art. 36 ust. 5 ustawy Pzp!

Jeszcze raz, z całą mocą należy podkreślić, iż do przedmiotowego zamówienia zastosowanie mają nie historyczne, lecz obecnie obowiązujące przepisy, które w zakresie podwykonawstwa uregulowane są w art. 36a ustawy Pzp.

Stanowisko Zamawiającego względem możliwości zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi bez konieczności uzasadniania takiego zastrzeżenia, znajduje tymczasem potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 5 marca 2014 r. o sygn. akt KIO 283/14, w uzasadnieniu którego stwierdza się m. in.: „**Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje: Art. 36a ust. 2 ustawy Pzp przewiduje możliwość zastrzeżenia przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę niektórych części zamówienia. Skoro więc zamawiający skorzystał z tego uprawnienia, wskazując jakie części zamówienia wykonawca zobowiązany jest wykonać osobiście, to nie można mu z tego tytułu czynić zarzutu.** (...) Nie wykluczył przy tym możliwości wykonania kluczowych części zamówienia przez podwykonawcę, o ile wykonawca na etapie składania ofert skorzysta z potencjału podwykonawcy na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Tak więc zarzut ten nie potwierdził się.”.

Wskazać również należy, że przywołane w pytaniu przepisy ustawy Prawo pocztowe w żaden sposób nie ograniczają możliwości zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na usługi pocztowe wynikającego z art. 36a ustawy Pzp. Nie można bowiem zasadnie wnioskować, że dopuszczenie realizacji usług pocztowych z pomocą podwykonawców jako niewymagające od tychże posiadania uprawnień, miało być równoznaczne z bezwzględnym obowiązkiem dopuszczenia nieograniczonego podwykonawstwa w zamówieniu publicznym w tym zakresie. Podnoszone w pytaniu twierdzenie jakoby omawiane ograniczenie podwykonawstwa nie miało żadnych podstaw faktycznych ani prawnych jest wobec tego całkowicie chybione.

W związku z powyższym, ograniczenie podwykonawstwa określone w pkt 4.9 siwz w granicach przepisu art. 36a ustawy Pzp jest w pełni zgodne z przepisami Pzp i nie narusza w żaden sposób innych przepisów prawa, w tym ustawy Prawo pocztowe.

Ponadto, należy podkreślić, że Zamawiający jako organ władzy publicznej wydaje decyzje administracyjne adresowane do obywateli i podmiotów w zakresie, w którym Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji władzę publiczną sprawuje. Z tych względów zastrzeżenie w pkt. 4.9 siwz obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę zamówienia w zakresie: (1) przyjmowania przesyłek pocztowych, (2) doręczania adresatom przesyłek pocztowych w

odniesieniu do przesyłek pocztowych w obrocie krajowym, służy nie tylko realizacji słusznych celów Zamawiającego, lecz przede wszystkim służy interesowi publicznemu. W przypadku bowiem, w którym 90% korespondencji musi być doręczona w reżimie Kpa, Zamawiający winien zadbać by taka korespondencja była doręczana w sposób profesjonalny, z dołożeniem najwyższej staranności. Rękojmię profesjonalnego doręczenia przesyłek w takim reżimie daje zlecenie usług pocztowych wykonawcy wybranemu w postępowaniu o zamówienie publiczne, który spełnia warunki udziału w tym postępowaniu legitymując się wiedzą, doświadczeniem a także potencjałem technicznym i osobowym gwarantującym należyłą realizację zamówienia. Taką rękojmię w ocenie Zamawiającego daje operator pocztowy, bez znaczenia czy jest to operator wyznaczony czy tzw. operator alternatywny, nie zaś wykonawca, który tak zasadniczy i istotny element zamówienia powierzy podwykonawcom, którzy owego doświadczenia i potencjału nie mają. Rola wykonawcy w tym zakresie nie może sprowadzać się jedynie do roli koordynatora i pośrednika pomiędzy Zamawiającym a bliżej nie zdefiniowaną grupą podwykonawców. Pamiętać bowiem należy, iż negatywne konsekwencje braku należytej realizacji zamówienia dotknęłyby przede wszystkim adresatów tej korespondencji, tj. ponad 100 tysięcy obywateli w okresie realizacji zamówienia. Organ władzy publicznej nie może pomijać słusznych interesów obywateli i zbagatelizować kwestii związanej z prawidłowym doręczeniem decyzji administracyjnych dotyczących tych obywateli. Nadrzędnym bowiem celem udzielenia przedmiotowego zamówienia jest prawidłowe i terminowe doręczenie, w reżimie Kpa, korespondencji do adresatów, nie zaś jedynie wyekspediowanie jej z urzędu nie bacząc na to co później z tą korespondencją się dzieje. W tym stanie rzeczy, uznać należy, iż zastrzeżenie w siwz obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia jest w pełni zgodne z przepisem art. 36a ust. 2 ustawy Pzp, a także jest uzasadnione specyfiką zamówienia, celem jego udzielenia i leży w interesie publicznym.

Nie polega na prawdzie twierdzenie zawarte w pytaniu jakoby postanowienia pkt 4.9 siwz ograniczały niemalże w całości możliwość skorzystania z podwykonawców. Po pierwsze zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania nie dotyczy m. in. przemieszczania przesyłek, a więc niebagatelnej części zamówienia. Po drugie, na podstawie przepisu art. 36a ust. 3 ustawy Pzp, zastrzeżenie o którym mowa nie jest skuteczne w zakresie w jakim wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 tejże ustawy. Postanowienia siwz korespondują w pełni z wyżej wymienioną zasadą ustawową (patrz pkt 7.3, 7.4, 10.4 lit. d, e, 10.5, 18.5 siwz, § 4 ust. 1 i 2 wzoru umowy). W tej kwestii Zamawiający wypowiadał się udzielając odpowiedzi na pytania nr 4 i 12 pismem z dnia 23.06.2015 r.

Podsumowując, jeżeli wykonawca nie dysponuje odpowiednim potencjałem do realizowania zamówienia (nie spełnia samodzielnie warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 Pzp), wykonawca ma prawo złożyć ofertę wspólną lub posłużyć się zasobami innych podmiotów, a wówczas ma możliwość posłużenia się tymi podmiotami jako podwykonawcami nawet w zakresie w jakim Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania. W takiej sytuacji wykonawca ma obowiązek udowodnienia Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami podmiotów trzecich na okres realizacji zamówienia, przedstawiając w szczególności pisemne zobowiązanie tych podmiotów, a także przedstawiając inne dokumenty pozwalające ocenić gwarancje rzeczywistego dostępu wykonawcy do zasobów tych podmiotów. Obowiązki wykonawcy w tym zakresie w sposób precyzyjny określone są w pkt: 7.3, 7.4, 9.4 lit. d), 10.1. lit. c), 10.4 lit. d) i e), 10.5 siwz.

Należy jednak wyraźnie zaznaczyć, iż ustawodawca zabezpieczył interesy zamawiających względem należytego wykonania zamówienia w przypadku opisanym powyżej, bowiem zgodnie z art. 26 ust. 2e ustawy Pzp, podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z ust. 2b tegoż artykułu, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy. Tym samym, z punktu widzenia zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia, w szczególności w kluczowym jego zakresie, zamawiający uzyskuje większą pewność, że ewentualni podwykonawcy poprzez zaprzestanie współpracy z wykonawcą nie doprowadzą do zakłócenia realizacji bądź niewykonania zamówienia, bowiem wówczas będą musieli ponieść tego konsekwencje. Ustawodawca wprowadzając instytucję określoną w art. 26 ust. 2e ustawy Pzp zracjonalizował mechanizm użyczenia doświadczenia czy potencjału, gdyż użyczenie takie staje się przemyślaną, realną i wiążącą decyzją podmiotu użyczającego. Przepisem § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: „Rozporządzenie”) zamawiający otrzymał zaś narzędzia do weryfikacji na podstawie składanych dokumentów, już na etapie badania ofert, rzeczywistego dostępu wykonawcy do zasobów innych podmiotów (w tym takich, które będą podwykonawcami).

Przywołane przepisy ustawy Pzp i Rozporządzenia cechuje systemowa spójność i przejrzystość mechanizmów, które z jednej strony nie ograniczają dostępu do zamówienia podmiotom nie mogącym samodzielnie spełnić warunków udziału w postępowaniu, nie mogącym samodzielnie zamówienia zrealizować, z drugiej zaś strony zabezpieczają interesy zamawiających, pod kątem wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, dając zamawiającym możliwość ograniczenia podwykonawstwa względem kluczowych części zamówienia, a jeśli takie podwykonawstwo jest ustawowo dopuszczone to w udokumentowanym zakresie oraz z gwarancją i odpowiedzialnością podwykonawcy za użyczenie swych zasobów.

W przedstawionych okolicznościach, zarzuty podnoszone w pytaniu uznać należy za całkowicie bezzasadne, a wobec tego wnioski o zmianę postanowień siwz w omawianym zakresie za bezprzedmiotowy.

Pytanie 4:

Zamawiający wskazuje, że około 90 % przesyłek objętych całym zamówieniem będzie nadawana w trybie przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego.

Wykonawca zaznacza, że we wskazanym akcie prawnym, uregulowany jest szczegółowo tryb **doręczeń** przesyłek do adresatów, a nie ich nadania. To zaś wskazane jest jedynie w art. 57§ 5 pkt 2 i dotyczy nadania przesyłek, lecz nie przez organ a **nadawców pisma do organu**, więc nie znajduje zastosowania w niniejszym postępowaniu, gdyż to od niezależnej decyzji wnioskodawcy zależy w jaki sposób będzie chciał dostarczyć pismo Zamawiającemu, a ponadto Zamawiający nie może stawiać wymogów, których wykonanie z mocy ustawy ograniczone jest jedynie do jednego podmiotu (zgodnie ze wskazanym przepisem- operator wyznaczony).

W związku z powyższym, Wykonawca zwraca się o zmianę tej omyłki i doprecyzowanie, że w trybie kpa ma mieć miejsce doręczanie przesyłek, których nadawcą jest Zamawiający.

Wyjaśnienie:

Zamawiający wyjaśnia, że pkt 4.6 siwz ma charakter informacyjny przez co w sposób sygnałny i ogólny wskazuje na udział przesyłek, których nadawanie (ze strony Zamawiającego) a dostarczanie (ze strony wykonawcy) będzie się odbywało w reżimie Kpa. Zwrócić uwagę należy na postanowienie § 2 ust. 4 wzoru umowy stanowiące, że „Do doręczeń przesyłek rejestrowanych Wykonawca stosuje odpowiednio przepisy Rozdziału 8 („Doręczenia”) ustawy z dnia 14.06.1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 267 ze zm.) zwanej dalej „Kpa”.

Doręczenie jest czynnością procesową organu administracji publicznej, z którą przepisy kodeksu wiążą skutki prawne. Na przykład od daty doręczenia rozpoczynają bieg niektóre terminy dokonania czynności proceduralnych, a ponadto doręczenie pisma może wywoływać także inne skutki prawne, w szczególności związanie organu decyzją administracyjną jest skuteczne od chwili jej doręczenia. Instytucja doręczeń urzeczywistnia zasadę czynnego udziału stron w postępowaniu, bowiem umożliwia stronie zapoznanie się z czynnościami organu i innych uczestników postępowania (np. decyzje, postanowienia) albo uczestniczenie w tych czynnościach (wezwania, zawiadomienia). W postępowaniu administracyjnym ogólnym obowiązuje zasada, że decyzja administracyjna wywiera skutki prawne od daty jej doręczenia lub ogłoszenia. Dochowanie wszelkich przepisów kodeksu postępowania administracyjnego, a zwłaszcza tych, które chronią interes strony jest obowiązkiem organu administracji prowadzącego postępowanie; strona nie powinna ponosić ujemnych konsekwencji wynikających z zaniedbań organu administracji. Czynność doręczenia pisma (w tym także decyzji administracyjnej) została uregulowana w rozdziale 8 pt.: "Doręczenia" kodeksu postępowania administracyjnego (art. 39-49 k.p.a.). Normy te z uwagi na ich ogólny cel stanowią w istocie gwarancję przestrzegania przez organ administracji publicznej zasady demokratycznego państwa prawnego. Regulacje te mają chronić obywatela przed nadużyciami ze strony administracji. Zatem nie mogą być interpretowane niejako "na szkodę" obywatela, w sytuacji gdy ten podejmuje wszelkie starania mające zapewnić mu prawo do wniesienia skutecznego odwołania od wydanej decyzji.

Przedmiotem doręczeń są pisma. Kodeks postępowania administracyjnego nie definiuje tego pojęcia. W piśmiennictwie przyjmuje się, że przez pojęcie pisma należy rozumieć "wszelkiego rodzaju dokumenty, wezwania, zawiadomienia, wydawane w formie pisemnej decyzje i postanowienia i inne dokumenty, z którymi strona powinna być zaznajomiona" (R. Orzechowski (w:) Komentarz, 1989, s. 133). Do pism w rozumieniu przepisu art. 39 należą zarówno pisma sporządzone przez organ administracji publicznej, jak i pisma wniesione do organu przez strony i uczestników postępowania (odmiennie NSA w Lublinie w wyroku z dnia 22 listopada 1999 r., I SA/Lu 377/98, LEX nr 43974, w którym stwierdzono, że: "Przepisy kodeksu postępowania administracyjnego dotyczące doręczeń (w tym art. 46 i 47 k.p.a.) nie znajdują zastosowania w odniesieniu do pism skierowanych do organów administracji państwowej. W przypadku tych organów nie znajduje zastosowania instytucja zastępczego doręczenia pisma, bowiem w godzinach urzędowania organów administracji państwowej pisma przyjmowane są bezpośrednio w ich siedzibie.

Podmiotami doręczającymi są: operator pocztowy (w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe, Dz. U. poz. 1529), pracownicy organu administracji publicznej albo inne upoważnione osoby lub organy. Przepis art. 39 kpa nie ustanawia wiążącej organ kolejności wymienionych w tym przepisie doręczycieli pism, jednakże organ nie dokonuje wyboru doręczycieli dowolnie (odmiennie R. Orzechowski (w:) Komentarz, 1989,

s. 133). Trafnie bowiem podkreśla się w piśmiennictwie, że "z możliwości doręczenia przez (...) inne upoważnione osoby należy oczywiście korzystać bardzo ostrożnie".

Zasadą jest doręczanie pism przez operatora pocztowego, którym zgodnie z art. 3 pkt 12 pr. pocz. jest przedsiębiorca uprawniony do wykonywania działalności pocztowej na podstawie wpisu do rejestru operatorów pocztowych. Doręczanie pism przez pracowników organu albo inne upoważnione osoby lub organy powinno być ograniczone do przypadków szczególnie uzasadnionych.

Doręczanie pism odbywa się za pokwitowaniem. Przez pokwitowanie należy rozumieć potwierdzenie doręczenia pisma przez odbierającego pismo swym podpisem ze wskazaniem daty doręczenia. Własnoręczny podpis odbierającego pismo potwierdza nie tylko jego odbiór, ale i datę doręczenia; wskazanie przez odbierającego daty doręczenia jest najlepszą rękojmą, że data ta jest zgodna z rzeczywistością (por. A. Matan (w:) G. Łaszczyca, A. Matan, *Doręczenie w postępowaniu administracyjnym ogólnym i podatkowym*, Kraków 1998, s. 202). W razie gdy odbierający pismo uchyla się od potwierdzenia doręczenia lub nie może potwierdzić doręczenia, doręczający sam stwierdza datę doręczenia oraz wskazuje osobę, która odebrała pismo, i przyczynę braku jej podpisu (art. 46). Zasada doręczania pism za pokwitowaniem nie ma zastosowania także wówczas, gdy adresat odmawia przyjęcia pisma (art. 47), w razie tzw. doręczenia zastępczego oraz gdy strony zostały zawiadomione o decyzjach i innych czynnościach organu w sposób przewidziany w art. 49. Istotnym elementem pokwitowania jest data doręczenia pisma, z którą związane są różnego rodzaju skutki prawne. Podpis odbiorcy pisma na pokwitowaniu nie stanowi tak istotnego elementu, jak określenie daty doręczenia. Z tego też względu brak podpisu nie pozbawia doręczenia skuteczności, a jedynie wymaga wskazania przyczyny jego braku na pokwitowaniu (wyrok NSA w Warszawie z dnia 25 stycznia 2002 r., V SA 1568/01, LEX nr 109336).

Pisma doręczane za pokwitowaniem przez operatora pocztowego są przesyłkami rejestrowanymi, czyli przesyłkami pocztowymi przyjętymi za pokwitowaniem przyjęcia i doręczanymi za pokwitowaniem odbioru (art. 3 pkt 22 pr. pocz.). Zgodnie z art. 17 pr. pocz. potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej lub przekazu pocztowego wydane przez placówkę pocztową operatora wyznaczonego ma moc dokumentu urzędowego.

Organ administracji publicznej jest obowiązany do doręczania pism w przypadkach wyraźnie określonych w kodeksie, w szczególności w odniesieniu do decyzji i postanowień (art. 109, 125). Z natury rzeczy obowiązkiem tym są objęte pisemne wezwania (art. 54) i zawiadomienia. Z ogólnej zasady czynnego udziału stron w postępowaniu wynika, że organ administracji publicznej jest obowiązany doręczać stronom i uczestnikom postępowania także te pisma sporządzone przez organ lub wniesione do organu przez strony i uczestników postępowania, z którymi strona powinna być zaznajomiona ze względu na to, że dotyczą jej praw i obowiązków o charakterze zarówno materialnym, jak i proceduralnym. Innego rodzaju pisma należy doręczać tylko wówczas, gdy zaznajomienie z nimi stron i uczestników postępowania jest niezbędne dla prawidłowego przeprowadzenia postępowania i rozstrzygnięcia sprawy.

Wzór umowy, co naturalne, precyzyjnie, dokładnie określa obowiązki stron. Stąd też oczywistym jest że 90% przesyłek, o czym mowa w siwz, stanowią przesyłki nadane przez Zamawiającego, które wykonawca będzie zobowiązany doręczyć adresatom w trybie i na zasadach określonych w Rozdziale 8 Kpa. Do doręczeń tych przesyłek będą miały zatem zastosowanie art. 39 – 49 Kpa, nie zaś 57 Kpa. Owe 90% przesyłek stanowią bowiem przesyłki, które Zamawiający (nadawca) jako organ władzy publicznej kieruje do adresatów

decyzji administracyjnych (adresatów przesyłek). Wątpliwość wyrażona w pytaniu stanowi zatem, w ocenie Zamawiającego, błąd interpretacyjny co do omawianego postanowienia siwz, wobec czego powyższe wyjaśnienie Zamawiający ocenia jako wystarczające i nie wymagające zmiany pkt 4.6 lit. a) siwz.

Pytanie 5:

Zamawiający w § 4 ust 2 wzoru umowy wskazuje, że zmiana podwykonawcy wymaga poinformowania Zamawiającego, a w przypadku gdy podwykonawcą jest podmiot, na którego zasoby Wykonawca się powołuje w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu- zmiana jest możliwa dodatkowo po wyrażeniu na nią zgody.

Zgodnie zaś z art. 36a i art. 36b PZP, które to przepisy regulują udział podwykonawców w ramach zamówień publicznych, brak jest możliwości zastrzeżenia powyższych kwestii, gdyż Zamawiający nie ma uprawnień pozwalających mu na ingerowanie w stosunki łączące wykonawcę z podwykonawcami w zamówieniach, których przedmiotem są usługi. W art. 36b ust. 1 PZP, ustawodawca wskazuje, iż *Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, lub podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1.* Co do informacji o podwykonawcach, to wymóg udostępnienia ich Zamawiającemu (nazw/firm podwykonawców) dotyczy tylko sytuacji, gdy wykonawca powoływał się na zasoby podwykonawców na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b PZP, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W innej sytuacji taki wymóg jest również bezzasadny.

Wnioskiem płynącym z powyższego jest, że Zamawiający nie będzie znał nazw czy firm podwykonawców, na których zasoby Wykonawca się nie powołuje. W związku z tym nie ma możliwości informowania o zmianie, gdyż każda taka informacja wiązałaby się z koniecznością podania tej nazwy czy firmy. Gdyby zaś Zamawiający żądał jedynie przekazania samego faktu zmiany podwykonawcy, wymóg ten byłby bezzasadny gdyż w żaden sposób nie mógłby się dowiedzieć ani wykazać, że obecny podwykonawca jest inny od tego który wykonywał prace poprzednio, w przypadku braku poinformowania o tym fakcie Zamawiającego.

Wykonawca wskazuje ponadto, że realizacja usług przy pomocy podwykonawców, mimo brak wskazania w ofercie zamiaru powierzenia im części zamówienia do realizacji, stanowi jedynie nieistotną zmianę umowy, i nie jest podstawą do odstąpienia od umowy. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: *Izba wskazuje, że nawet w sytuacji uznania, że usługi serwisowe byłyby świadczone przez podmiot trzeci, to samo niewypełnienie żądań zamawiającego dotyczących wskazania zakresu podwykonawstwa (np. nie podanie informacji o podwykonawstwie w sytuacji gdy w rzeczywistości wykonawca zamierza wykonywać zamówienie lub jego część z pomocą podwykonawców) pozbawione jest jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych. Podanie informacji o zakresie podwykonawstwa ma wyłącznie walor informacyjny, nie rodzi żadnego zobowiązania co do sposobu wykonania zamówienia.* (KIO 596/13). Dotyczy więc to również zmiany zakresu podwykonawstwa, które może mieć miejsce także w trakcie wykonywania umowy i nie jest w żaden sposób zależne od woli Zamawiającego.

W związku z powyższą argumentacją, Wykonawca wskazuje że podany zapis jest całkowicie bezzasadny i wnosi o jego usunięcie w zakresie w jakim chodzi o informowanie o zmianie podwykonawcy, na którego zasoby Wykonawca się nie powołuje.

Wyjaśnienie:

Zamawiający, w sposób opisany poniżej, dokonał odpowiedniej zmiany treści wzoru umowy w zakresie wnioskowanym w pytaniu. Jednocześnie Zamawiający zaznacza, że niedopuszczalna będzie zmiana zakresu podwykonawstwa naruszająca postanowienia pkt 4.9 siwz, z zastrzeżeniem art. 36b ustawy Pzp.

Pytanie 6:

W § 8 ust 2 oraz § 8 ust 5 wzoru umowy, Zamawiający wskazał, wysokości poszczególnych kar umownych. W ocenie Wykonawcy zastrzeżone kary umowne są przede wszystkim za wysokie z perspektywy zakresu, specyfiki przedmiotu zamówienia oraz wartości umowy. W orzeczeniu KIO/UZP1839/09 z dnia 19 lutego 2012 r. KIO badała ustalenia w zakresie kar umownych i uwzględniła odwołanie, nakazując zamawiającemu dokonanie w tym zakresie modyfikacji treści SIWZ. W ocenie Izby, *o karze rażąco wygórowanej można mówić w sytuacji, gdy jej wysokość przekracza granice motywacji wykonawcy do realizacji zamówienia i stanowi przyczynek dla zamawiającego do wzbogacenia się.*

Zdaniem Wykonawcy, konstrukcja zapisu wprowadza nierównorzędną relację w zakresie kar umownych pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą, gdzie temu ostatniemu nie przyznano tak daleko idących gwarancji (w szczególności adekwatnych kar umownych). Nie jest tu więc zachowana jakakolwiek elementarna zasada równości stron. Jak wskazało KIO w wyroku z dnia 17 grudnia 2012 r., sygn. KIO 2631/12; KIO 2655/12 „umowa 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. Zamawiającemu przysługuje uprawnienie żądania od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach, jakie zostały określone w SIWZ. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 353¹ k.c., dowolnie sformułować postanowienia umowne także w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb. Jednak, zgodnie z ogólnymi zasadami prawa cywilnego, do których w przypadku regulacji dotyczących umowy odwołuje się p.z.p., nie można prawa podmiotowego nadużywać”.

Należy również podkreślić, że w PZP nie została uregulowana kwestia kar umownych, stąd też w tym wypadku stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego (KC) w tym zakresie, zgodnie z odesłaniem znajdującym się w art. 139 ust. 1 ustawy PZP. Zastosowanie znajdzie więc w tym przypadku kodeksowa regulacja zasady swobody umów (art. 353¹ KC), która nie ma charakteru absolutnego, a jej granice wyznaczają m.in. właściwość stosunku prawnego czy zasady współzycia społecznego. W tej mierze wielokrotnie wypowiedziała się też Krajowa Izba Odwoławcza. W uzasadnieniu wyroku z 18 października 2010 r. (sygn. KIO/UZP/2175/10) KIO podkreśliła, iż *to zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy, natomiast wykonawca nie ma dużego wpływu na jej kształt. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje.*

Ponadto, jak podniesiono w wyroku z dnia 23 sierpnia 2010 r. (sygn. KIO/UZP1698/10) „Słuszne są twierdzenia odwołującego, że celem wprowadzenia kar umownych jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych w umowie obowiązków. Dotyczy to w równej mierze wszystkich uczestników stosunku umownego. Żadne z przepisów prawa, czy to cywilnego czy to zamówień publicznych, nie zakazują, iż pewne obowiązki czy zobowiązania nie mogą być nałożone również na zamawiającego, zwłaszcza jeżeli to od tej strony stosunku umownego zależy w dużej mierze terminowość realizowanego kontraktu. Odwołujący nie neguje wprowadzenia kar umownych we wzorze umowy jako takich, czy też ich wysokości, lecz podkreśla, iż należy dążyć do zachowania równowagi stron stosunku umownego, która w ocenie Izby nie stoi w sprzeczności z właściwością (naturą) stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. W ocenie składu orzekającego nie są to roszczenia nadmierne, dlatego też skład orzekający Izby uwzględnił zarzut w żądanym przez odwołującego zakresie i nakazuje modyfikację specyfikacji w sposób określony przez odwołującego się w odwołaniu”.

W związku z powyższym, ocena Wykonawcy co do rażąco wygórowanej wysokości kar umownych zastrzeżonych przez Zamawiającego jest słuszna i zasadna. Trafny jest również argument o drastycznie nierównorzędnej pozycji stron umowy, które cytowane zapisy wzoru umowy wprowadzają.

Co więcej, Zamawiający wskazał w ust 2 pkt 8 wysokość kary umownej za brak informacji o zmianie podwykonawcy. Prócz oczywiście zawyżonej i niesprawiedliwej wysokości tej kary, Wykonawca zwraca uwagę na argumentację z pytania poprzedniego, która wskazuje, że w znacznym zakresie nie ma on obowiązku informowania o zmianie podwykonawcy. Dotyczy to jedynie przypadku, w którym zmiana ulega podwykonawca, na którego zasoby Wykonawca się powoływał. W związku z tym, prócz zmniejszenia wysokości tej kary, Wykonawca wnosi o wyszczególnienie, że naliczana będzie ona jedynie we wskazanym przypadku.

Prócz powyższych rozważań, uwagę należy jeszcze zwrócić na kary umowne przewidziane w ust 2 pkt 1-3. Zamawiający sam wskazuje w § 8 ust 1, że obowiązują kary umowne przewidziane w ustawie Prawo Pocztove. Dodanie sformułowania „z zastrzeżeniem” nie oznacza jednak, że Zamawiający może sam modyfikować przepisy ustawowe, tak by mogły one przewidywać wyższe odszkodowanie niż ustalone przez Ustawodawcę. Daje ono jedynie możliwość **dotatkowego** uregulowania kwestii, które nie zostały zastrzeżone ustawowo. Należy więc w tym miejscu wskazać, że utrata, ubytek lub uszkodzenie zostały uregulowane w ustawie Prawo Pocztove w art. 88 ust 4. W związku z powyższym, zastosowanie mają uregulowania ustawowe, bez względu na zobowiązania umowne. Maksymalna kwota odszkodowania wynosi więc „dziesięciokrotności opłaty za usługę nie niższej jednak niż pięćdziesięciokrotność opłaty za traktowanie przesyłki listowej jako poleconej, określonej w cenniku usług powszechnych”.

Czy wobec powyższego, Zamawiający dopuszcza możliwość rewizji swojego stanowiska w zakresie kar umownych i stosownego ograniczenia ich wysokości, zakresu stosowania itp., tak by wprowadzić zgodną z prawem i równorzędną relację łączącą Zamawiającego z Wykonawcą i pozbawienia kar umownych charakteru rażąco wygórowanych? Wykonawca proponuje ustalenie kary umownej za wypowiedzenie umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy na poziomie 10% wynagrodzenia, zgodnie z przyjętą praktyką na rynku usług pocztowych.

Wyjaśnienie:

Odnosząc się do zasadniczej części wniosku Wykonawcy podkreślić należy, iż sugerowana w pytaniu niezgodność z prawem i brak równorzędnych relacji pomiędzy

Zamawiającym a Wykonawcą w obszarze kar umownych, a także rzekomego ustanowienia we wzorze umowy rażąco wygórowanych kar umownych jest całkowicie chybiona i nie znajduje oparcia w przepisach prawa ani stanie faktycznym. Ów zarzut stanowi jedynie polemikę natury biznesowej względem kar umownych, która dla wywarcia na Zamawiającym presji by ukształtować kontrakt w sposób dla wykonawcy korzystny przybiera kształt dążenia do usunięcia z umowy rzekomo niezgodnych z prawem, a w istocie niewygodnych dla wykonawcy postanowień.

Wykonawca w swojej argumentacji cały czas powtarza błędy interpretacyjne dotyczące istoty kary umownej. Bezzasadnie negując zastrzeżone kary umowne opiera się na zasadzie symetryczności nie dostrzegając, że kara umowna zgodnie z art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego jako surogat odszkodowania może być zastrzeżona na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Do tego rodzaju świadczenia na podstawie umowy jest zobowiązany wykonawca, nie zamawiający, który ma spełnić świadczenie pieniężne. Żądanie ograniczenia wysokości kar umownych Wykonawca wywodzi z symetryczności czyniąc z tego podstawową metodę dyskusji na temat postanowień umowy. Wynika to z błędnej interpretacji istoty umownego stosunku zobowiązaniowego. Czym innym jest bowiem równorzędność stron stosunku cywilno – prawnego, równowaga praw i obowiązków, które w zakresie świadczeń stron są co do zasady różne, a czym innym symetria rozumiana jako lustrzane odbicia poszczególnych postanowień umowy, a na taką symetrię *de facto* powołuje się Wykonawca we wniosku. Wykonawca w swoich wywodach poszukuje natury stosunku zobowiązaniowego w postanowieniach, które co do zasady stanowią tzw. *accidentalialia negotii* tj. dodatkowe zastrzeżenia umowne. Do tego rodzaju postanowień zalicza się m.in. postanowienia o karach umownych. Akcydentalny charakter tego rodzaju postanowień oznacza, iż ich znaczenie przy ocenie natury stosunku zobowiązaniowego ma bardzo ograniczony zasięg. Tego typu postanowienia mają wpływ na wykonanie umowy np. postanowienia o karach umownych zwiększają prawdopodobieństwo wykonania umowy w sposób należyty.

Odnosząc się do rzekomo rażąco wygórowanych i niesprawiedliwych kar umownych w każdym przypadku należy stwierdzić, że zgodnie z uchwałą składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego kara umowna należy się wierzycielowi bez względu na fakt poniesienia szkody. Sąd Najwyższy ustanowił zatem zasadę prawną, która usankcjonowała istnienie nie tylko kompensacyjnej funkcji kary umownej, ale również jej funkcję dyscyplinującą dłużnika, przymuszającą go do należytego wykonania zobowiązania i represjonującą naruszenia. Wystarczy zatem samo naruszenie obowiązku, którego wykonanie zostało zabezpieczone karą. Każdy przypadek kary należy rozpatrywać indywidualnie. Nie ma kar rażąco wygórowanych *a priori*. Taka cecha kary nie istnieje obiektywnie i abstrakcyjnie, ale wynika z porównania wysokości kary „do czegoś”, do jakiegoś probierza oceny. Kara powstaje dopiero z chwilą powstania naruszenia i zażądania jej zapłaty przez podmiot uprawniony. Jeżeli kara po jej powstaniu okazałaby się wygórowana, ustawodawca przewidział sądową instytucję miarkowania kary umownej (art. 484 § 2 k.c.). Analogiczny mechanizm motywowania wykonawcy do usunięcia naruszenia (Zamawiającemu zależy bowiem przede wszystkim na uzyskaniu należycie wykonanej usługi) jest powszechnie stosowany w obrocie prawnym. Co więcej ustawodawca wprowadza nawet tzw. kary ustawowe, np. w postaci odszkodowania za nieuzasadnione rozwiązanie umowy o pracę za wypowiedzeniem (art. 47 k.p.) za niezgodne z prawem rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia (art. 58 k.p.), lub w razie ciężkiego naruszenia podstawowych obowiązków pracowniczych przez pracodawcę (art.,. 55 k.p.), których wysokości jest także niezależna od wysokości poniesionej szkody, ale

funkcja w obrocie prawnym jest analogiczna. Tym samym należy dojść do wniosku, iż zarzut zawarty w pytaniu ma charakter oceny biznesowej, nie zaś zarzutu naruszenia prawa lub zasad współżycia społecznego poprzez przyjęte w § 8 ust. 2 wzoru umowy regulacje, które są zarówno zgodne z prawem jak również z zasadami współżycia społecznego. Ponownie należy podkreślić, iż z punktu widzenia Zamawiającego priorytetem, celem udzielenia zamówienia jest otrzymanie usług o wymaganej jakości i parametrach, a nie ściąganie kar umownych od wykonawców. W tym właśnie ujawnia się istotna i w pełni dopuszczalna prawnie funkcja zastrzeżonych we wzorze umowy kar – funkcja przymuszająca kontrahenta do prawidłowego wykonywania umownych obowiązków. Kara umowna wtedy spełnia swoją funkcję w sposób należyty, jeżeli wykonawca nie dokonuje kalkulacji, co mu się bardziej „opłaca”, tj. zapłacić karę, czy należycie wykonać zobowiązanie.

Ponadto zaznaczyć należy, że wymóg symetryczności uprawnień, tak jak również obowiązków stron, nie wynika z przepisów prawa jako założenie nie dopuszczające wyjątków, zatem już z tego względu szerzej nieumotywowane zarzuty zawarte w pytaniu nie zasługują na uwzględnienie. Co więcej, o symetryczności kar umownych nie może być mowy w sytuacji, w której na jednej stronie ciąży obowiązek świadczenia usług, których może nie dopełnić, a na drugiej obowiązek zapłaty za te usługi, zabezpieczony obowiązkiem zapłaty odsetek. Zgodnie z treścią art. 483 § 1 k.c. *„Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna)„*. Powyższe oznacza, że kara umowna może zabezpieczać jedynie należyte wykonanie świadczeń niepieniężnych, które spoczywają na wykonawcach, a nie na Zamawiającym płacącym za wykonane usługi.

W przedstawionych okolicznościach, zawarte w pytaniu twierdzenie *„Trafny jest również argument o drastycznie nierównorzędnej pozycji stron umowy, które cytowane zapisy umowy wprowadzają”* uznać należy za kuriozalne, bowiem wynika z nieznaną oparcia w przepisach prawa, chybionej tezie o rzekomym obowiązku odwzorowywania (na zasadzie lustrzanego odbicia) elementów umowy związanych z ciężącym na Wykonawcy obowiązkiem należytego realizowania usług, tj. zobowiązaniu niepieniężnym, z elementami umowy związanymi z ciężącym na Zamawiającym zobowiązaniu pieniężnym (sic!). Trzeba jednak podkreślić, że w związku z faktem, że Zamawiający zobowiązany jest do spełnienia świadczenia o charakterze pieniężnym, to jego niespełnienie także zostało obwarowane swoistą sankcją w postaci obowiązku zapłaty odsetek ustawowych w razie opóźnienia. Dlatego brak zastrzeżenia kary umownej dla wykonawcy, albo ich zastrzeżenie w symbolicznej wysokości, mogłoby być postrzegane, także w drugą stronę, jako brak symetryczności ciężących na stronach sankcji.

Warto również zaznaczyć, że Wykonawca w pytaniu poświęca dużo uwagi instytucji kary umownej, która może się zaktualizować wyłącznie, jeżeli Wykonawca nienależyte wykona lub nie wykona swojego świadczenia na rzecz Zamawiającego. *A contrario*, do aktualizacji kary nie dojdzie nigdy, jeżeli Wykonawca będzie wykonywał świadczenie w sposób należyty – i na tym najbardziej zależy Zamawiającemu. Najlepszym zatem sposobem na uniknięcie obowiązku zapłaty kary jest „po prostu” należyte wykonanie zobowiązania, co jest w pełni zależne od Wykonawcy, bowiem jak wiadomo obowiązek zapłaty kary nie powstanie w przypadku braku świadczenia lub nienależytego świadczenia spowodowanego działaniem siły wyższej.

Powyższa argumentacja znajduje oparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 4 lutego 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1876/09, KIO/UZP

1881/09, KIO/UZP 1883/09) stwierdziła m. in. „Odnosząc się do kwestii rażącego poziomu kar umownych stwierdzić w pierwszej kolejności należy, że w praktyce orzeczniczej próżno by szukać jednolitych przesłanek miarkowania kar umownych, a tym samym oceny, czy zastrzeżona kara umowna jest rażąca. (...) Co więcej, w umowach o zamówienie publiczne, szczególnego znaczenia – ze względu na publiczny charakter zamówienia – nabiera również stymulacyjno – represyjna funkcja kary umownej.”.

Analizując kwestię wysokości kar umownych przez pryzmat przepisów Pzp i zasad kształtowania umów wynikających z k.c. zwrócić uwagę należy również na wielokrotnie podnoszone w orzecznictwie specyficzne dojście do zawarcia umowy pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Dogłębną i bardzo obszerną analizę w tym względzie przeprowadziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 283/14) stwierdzając: „Art. 353¹ k.c. zawiera zasadę swobody zawierania umów, która polega na swobodzie kształtowania treści stosunku prawnego, jak i na swobodzie wyboru kontrahenta czy też wyboru formy zawarcia umowy. Niemniej jednak swoboda kontraktowania ulega ograniczeniom, gdyż z uwagi na treść lub cel umowy nie mogą one sprzeciwiać się naturze stosunku zobowiązaniowego, zasadom współżycia społecznego ani być sprzeczne z ustawą. Nie jest więc możliwe takie ukształtowanie treści umowy, które prowadziłoby do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, czyli takich, które nie mogą być zmienione lub wyłączone przez strony. Zasada swobody zawierania umów doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie, jak wynika to z przepisów prawa. Takie ograniczenia zawiera ustawa Pzp. Zamawiający – w myśl przepisów tej ustawy - ma bowiem prawo tak uregulować treść umowy, aby możliwym było zrealizowanie zamówienia. Przedmiotowe ograniczenia (ograniczenia z ustawy Pzp) dotyczą m.in. zakresu swobodnego wyboru kontrahenta, co do zasady, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, wprowadzenia ograniczeń co do terminu obowiązywania umowy, braku możliwości wyboru formy zawieranej umowy. „Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być więc uznane za *sui generis* umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09). Zamawiający jest bowiem podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem za należyte wykonanie zamówienia obciążyć wykonawców, jednak tylko wtedy, gdy nie uchybi zasadzie swobody umów (art. 353¹ k.c.), a taka okoliczność w niniejszym stanie faktycznym nie występuje. Wykonawca może bowiem z uwagi na treść SIWZ i projektu umowy nie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym nie złożyć oferty na warunkach ustalonych przez zamawiającego, jak również może złożyć ofertę o cenie wyższej z uwagi na tę zwiększoną odpowiedzialność. A ponieważ „wykonawca podejmuje decyzje o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. **Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego**” (wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08). Zarzuty naruszenia art. 5 k.c., art. 7 i art. 29 ustawy Pzp a więc dotyczące nadużycia prawa, tj. sprzeczności z zasadami współżycia

społecznego, zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz opisu przedmiotu zamówienia podniesione przez przyzmat utrudnienia uczciwej konkurencji w odniesieniu do kwestionowanych przez odwołującego postanowień projektu umowy (podwykonawstwa i kar umownych) także w żaden sposób nie pozwalają na stwierdzenie, iż do naruszenia tych przepisów doszło. Wszyscy potencjalni wykonawcy, którzy mogą ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, są bowiem w takiej samej sytuacji i żaden z nich na skutek takiego a nie innego skonstruowania przez zamawiającego projektu umowy nie jest dyskryminowany. Przygotowany projekt umowy dotyczy bowiem wszystkich potencjalnych wykonawców i każdy z nich w przypadku uzyskania tego zamówienia zawrze umowę na takich samych warunkach. A ponadto żadnej z kwestionowanych w treści odwołania kar umownych (pkt 7 lit. b), c) i d) nie można uznać za nadmierną i godzącą w zasadę równego traktowania wykonawców. **Kary umowne mają bowiem nie tylko charakter odszkodowawczy, lecz również prewencyjny, gdyż mają dyscyplinować wykonawców w trakcie realizacji umowy.**”. Na specyficzne ograniczenia po stronie zamawiającego z jednej strony i wynikające z nich uprawnienia mające na celu zabezpieczenie należytej realizacji zamówienia z drugiej strony, zwróciła również uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 lutego 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 69/10) stwierdzając m. in. „Odnosząc się do zarzutów związanych z postanowieniami umownymi Izba przede wszystkim zwraca uwagę, iż, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, określenie postanowień i warunków umowy jest kompetencją zamawiającego (może on „wymagać od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę na takich warunkach”). Zatem zakres orzekania Izby odnosi się zasadniczo do naruszenia przez niego przepisów prawa, co nie musi obejmować gospodarności działań lub też dbałości o oczekiwane korzyści poszczególnych stron umowy. Także nie wszystkie działania niekorzystne dla wykonawców stanowią jednocześnie działanie Zamawiającego niezgodne z prawem. Izba wielokrotnie zwracała też uwagę na to, że w systemie zamówień publicznych zasada swobody stron umowy uległa znacznemu ograniczeniu – po stronie zamawiającego z powodu niemożności swobodnego wyboru kontrahenta, w zamian za co otrzymał on prawo kształtowania warunków umowy, a ze strony wykonawcy – ograniczonego wpływu na kształt zawieranej umowy, który jednak ma możliwość decydowania (przynajmniej prawną), czy chce z zamawiającym daną umowę podpisać.”. Analogiczne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 1023/14) stwierdzając m. in. „W danym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej. Zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu, dla zaspokojenia określonych potrzeb zamawiającego, czemu służy m.in. ukształtowanie istotnych postanowień umownych, których treść musi mieć oparcie w obiektywnych potrzebach zamawiającego, podlegających zaspokojeniu w wyniku postępowania. W orzecznictwie podkreśla się, że swoboda kontraktowania doznaje ograniczeń wynikających z ustawy Pzp, zasad współzycia społecznego oraz natury stosunku prawnego, przy uwzględnieniu specyficznej roli umów zawieranych w ramach zamówień publicznych. **Jak wynika z uzasadnienia wyroku SN z dnia 18 marca 2008 r., sygn. akt IV CSK 478/07, zasada wyrażona w treści art. 353¹ K.c. umożliwia nierówne rozłożenie praw i obowiązków stron stosunku umownego, gdyż jest to niejako wpisane w swobodę kontraktowania.** Zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów i interesów publicznych oraz wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z jego potrzebami. Ustawa Pzp daje zamawiającemu prawo do uregulowania treści umowy w sposób, który umożliwi zrealizowanie konkretnego zamówienia. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie mamy zatem do czynienia z negocjowaniem warunków umowy na

zasadach określonych w art. 353¹ k.c. Warunki zamówienia są jednostronnie określone przez zamawiającego, do których wykonawcy mogą przystąpić. Uprawnienia wykonawców w zakresie wpływu na warunki umowy ograniczają się do kontroli działań zamawiającego w kontekście bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a nie dotyczą sfery, która podlega swobodzie kształtowania przez strony (patrz wyrok SO w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r., sygn. akt XII Ga 314/11, wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08). Jak wskazał SO w Gdańsku, jeżeli określone ryzyka zostają przerzucone na wykonawcę, ten ostatni w ramach kształtowania wynagrodzenia ma możliwość ustalenia takiej jego wysokości, aby uczynić cenę ekwiwalentem jego obowiązków kontraktowych.”.

Odnosząc się do podnoszonych w pytaniu argumentów wskazujących na rzekome naruszenie przez Zamawiającego, postanowieniami § 8 ust. 2 pkt 1-3 wzoru umowy, przepisów art. 88 ust. 4 ustawy Prawo pocztowe wskazać należy co następuje.

Po pierwsze, powołany w pytaniu przepis art. 88 ust. 4 Prawa pocztowego odnosi się do usług pocztowych nie będących usługami powszechnymi. Zwrócić uwagę należy, iż przepis ów określa wymiar kary *chyba że postanowienia regulaminu świadczenia usługi pocztowej w zakresie wysokości odszkodowania są korzystniejsze*. Tym samym, w odniesieniu do przesyłek nie będących usługami powszechnymi, Zamawiający z racji owego przepisu ma pełne prawo do ustanowienia kar umownych na wyższym poziomie niż określone w art. 88 ust. 4 Prawa pocztowego. Zamawiający bowiem w § 1 ust. 3 wzoru umowy wskazał jednoznacznie, iż postanowienia regulaminów wykonawcy w zakresie sprzecznym z umową, a nie wynikającym z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, nie mają zastosowania przy wykonaniu umowy i nie wiążą Zamawiającego. Wobec tego, zarzut naruszenia art. 88 ust. 4 Prawa pocztowego jest całkowicie chybiony i pozbawiony podstaw.

Po drugie, kary umowne określone w § 8 ust. 2 pkt 1-3 wzoru umowy odnoszą się w przeważającej mierze, jeśli nie w całości, do pocztowych usług powszechnych, a zatem zastosowanie mają tu przepisy art. 88 ust. 1 Prawa pocztowego.

Odnosząc się do *meritum* wskazać należy, iż zastrzeżenie uczynione w § 8 ust. 1 wzoru umowy oznacza – co oczywiste – iż we wszystkich przypadkach, poza wymienionymi w ust. 2 tegoż paragrafu, z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w tym utraty, ubytku lub uszkodzenia przesyłki, Zamawiającemu przysługiwać będzie odszkodowanie oraz inne roszczenia na zasadach i wysokości określonych w rozdziale 8 ustawy Prawo pocztowe. W pkt 1-3 ust. 2 w paragrafie 8 wzoru umowy Zamawiający zgodnie z prawem określił (w trzech przypadkach) kontraktowo wysokość kary umownej. Wykonawca jako profesjonalista winien wiedzieć, że art. 88 ust. 1 Prawa pocztowego stanowi (na przykładzie przesyłki poleconej) że z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania usługi powszechnej przysługuje odszkodowanie: 1) za utratę przesyłki poleconej - **w wysokości żądanej przez nadawcę, nie wyższej jednak niż pięćdziesięciokrotność opłaty pobranej przez operatora wyznaczonego za traktowanie przesyłki pocztowej jako przesyłki poleconej.** Wobec tego, Zamawiający (nadawca) ma prawo żądać kary umownej w określonej przez niego wysokości, a przepis prawa określa jedynie maksymalną wysokość takiej kary. Inaczej rzecz ujmując, Zamawiający na wprost uzyskał umocowanie ustawowe do żądania kary umownej w określonej przez Zamawiającego wysokości – do górnego limitu określonego w ustawie.

Mając powyższe na uwadze, zawarte w pytaniu twierdzenie jakoby Zamawiający dodaniem w § 8 ust. 1 wzoru umowy sformułowania „z zastrzeżeniem” modyfikował samodzielnie przepisy ustawowe, uznać należy za nieuzasadnione nadużycie.

Ponadto wskazać należy, iż Zmawiający z oczywistych przyczyn nie wie na tym etapie postępowania jakie ceny za poszczególne przesyłki znajdują się z złożonych ofertach. W związku z tym, Zamawiający określił w § 8 ust. 2 pkt 1-3 wzoru umowy kary umowne – w przypadku utraty, ubytku lub uszkodzenia trzech rodzajów przesyłek – w wartościach bezwzględnych. Oczywistym jest, iż górny limit kar umownych określony w art. 88 ust. 1 Prawa pocztowego na charakter semimperatywny, wobec czego w przypadku gdy kara określona w umowie przewyższałby, wg odpowiedniego przeliczenia od wartości danej przesyłki, górny limit tejże kary określony w art. 88 ust. 1 Prawa pocztowego, Zamawiający naliczyłby karę w maksymalnej dozwolonej prawem wysokości. W związku z powyższym, czynienie Zamawiającemu zarzutu naruszenia przepisów ustawy Prawo pocztowe w zakresie wysokości kar umownych pozbawione jest jakichkolwiek podstaw prawnych.

W przedstawionych okolicznościach, zarzuty podnoszone w pytaniu względem rzekomo rażąco wygórowanych kar umownych, ich niesprawiedliwego poziomu, ich niezgodności z ustawą Prawo pocztowe czy też braku równorzędnej relacji pomiędzy stronami uznać należy za całkowicie bezzasadne, a wobec tego wnioski o zmianę postanowień siwz w omawianym zakresie za bezprzedmiotowy. Podkreślić jeszcze raz wypada, jak wskazano w bogatym orzecznictwie, że ustanowienie kar umownych na takim czy innym poziomie nie narusza w żaden sposób zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem każdy potencjalny wykonawca, jeśli wygra przetarg, będzie realizował zamówienia na tych samych, z góry określonych, warunkach.

Wobec powyższego, a także w nawiązaniu do wyjaśnienia na pytanie nr 10 udzielonego pismem z dnia 23.06.2015 r. Zamawiający utrzymuje w mocy obowiązujące od momentu wszczęcia przedmiotowego postępowania postanowienia § 8 ust. 2 wzoru umowy. Karę umowną określoną w § 8 ust. 5 wzoru umowy Zamawiający, w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, pismem z dnia 23.06.2015 r. zmniejszył do 10% wartości netto umowy poprzez modyfikację wzoru umowy w tym zakresie.

Pytanie 7:

Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia w pkt. 4.7, iż: „Wykonawca zobowiązany jest zapewnić dostępność placówek pocztowych, o których mowa w art. 44 par. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 267 ze zm.), w licznie co najmniej jednej placówki na terenie każdej z gminy na terytorium Polski, a jeżeli wykonawca w danej gminie nie dysponuje placówką – co najmniej jednej placówki pocztowej na terenie ościennej gminy. Placówka, o której mowa w zdaniu poprzedzającym, musi być otwarta co najmniej w dniach od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy, w godzinach od 8:00 do 18:00.”

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu, aby ww. placówki były otwarte 8 h dziennie? Wykonawca wskazuje, iż jest w pełni zdolny do zapewnienia realizacji usługi na najwyższym poziomie (przy wykorzystaniu własnych zasobów), bez ubytku dla jej jakości, przy łagodniejszych wymagach dotyczących placówki niż wprowadzone przez Zamawiającego. Zmiana nie wpłynie też, w żaden sposób na jakość i terminowość świadczonych usług.

Wyjaśnienie:

Nawiązując do wyjaśnienia na pytanie nr 3 udzielonego pismem z dnia 23.06.2015 r., Zamawiający informuje, że postanowieniami § 2 ust. 5 wzoru umowy precyzyjnie określił minimalne wymogi względem placówek pocztowych wykonawcy, w tym w odniesieniu do ich dostępności dla adresatów przesyłek awizowanych w zakresie dostępności terytorialnej oraz dni i godzin otwarcia placówek. Zamawiający stwierdził również, że nie dostrzega konieczności dokonywania zmian siwz w tym zakresie. Podobnie odnosząc się do wniosku zawartego w pytaniu, Zamawiający nie dokona zmian w siwz, albowiem w ocenie Zamawiającego określone we wzorze umowy wymogi dotyczące dostępności placówek pocztowych zostały zdefiniowane na minimalistycznym poziomie, którego Zamawiający z przyczyn przywołanych w wyjaśnieniu na pytanie nr 3 (akapit 8) obniżyć nie może! Pamiętać bowiem należy, że organ władzy publicznej jakim jest Zamawiający względem adresatów przeważającej części przesyłek musi zadbać o umożliwienie tym adresatom odbioru przesyłki awizowanej. Działanie placówki pocztowej tylko przez 8 godzin dziennie jest absolutnie niedopuszczalne, gdyż oznaczałoby *de facto* brak możliwości odbioru awizowanej przesyłki przez większość pracujących obywateli (adresatów przesyłek KRRiT) albo zmuszałoby tychże do wykorzystywania urlopów wypoczynkowych na okoliczność odbioru przesyłki awizowanej (i to urlopów na żądanie!). Taka sytuacja podważałaby w ocenie Zamawiającego zasadę zaufania obywateli do organów państwa, których działalność w tym zakresie mogłaby być postrzegana jako chęć pozbycia się korespondencji z urzędu w taki sposób, by nie dotarła ona do adresata (obywatela) ze szkodą dla zainteresowanego.

Należy podkreślić, że warunkiem, koniecznym dla stwierdzenia, że doręczenie zostało dokonane, jak stwierdza w obszernym komentarzu G. Łaszczyca (Komentarz postępowania administracyjnego. Komentarz, lex/el) jest albo odebranie przechowywanego w placówce pocztowej bądź urzędzie gminy (miasta) pisma przez adresata, albo upływu ustalonego w kodeksie czternastodniowego terminu. W pierwszym wypadku, datą doręczenia pisma jest dzień jego odbioru przez adresata w placówce pocztowej lub w urzędzie gminy, o ile jednak odbiór nastąpił w ciągu czternastu dni od dnia pozostawienia pisma w tych miejscach (placówce pocztowej bądź urzędzie gminy). Jak zauważył SN, zasada ta nie została *expressis verbis* wyrażona w art. 44 k.p.a., niemniej wynika ona jednak z samego faktu dokonania doręczenia pisma adresatowi w sposób, który w świetle art. 42 § 3 k.p.a. jest w pełni skuteczny. Zdaniem sądu, byłoby rzeczą zupełnie niezrozumiałą uznawanie za datę doręczenia pisma daty późniejszej określonej w drodze domniemania przewidzianego w ustawie (art. 44 *in fine* k.p.a.) dla sytuacji, gdy adresat w rzeczywistości pisma nie otrzymał, podczas gdy faktycznie pismo zostało doręczone adresatowi wcześniej (post. SN z dnia 10 czerwca 1986 r., III ARN 7/86, OSNCP 1987, z. 9, poz. 143). Jeżeli adresat nie zgłosi się po odbiór pisma, datą doręczenia jest dzień, w którym upłynął czternastodniowy termin do jego odbioru, liczony od dnia następnego (zgodnie z art. 57 § 1 k.p.a.) po złożeniu pisma w placówce pocztowej bądź w urzędzie gminy. W takiej sytuacji pismo pozostawia się w aktach sprawy. Adresat może odebrać pismo po upływie określonego w k.p.a. terminu, niemniej dzień faktycznego odbioru pisma po tym terminie nie będzie dla niego datą doręczenia.

Tym samym spełnienie powyższej przesłanki spowodowałoby uprawomocnienie się aktu administracyjnego, pozbawiając możliwości jego skutecznego zaskarżenia przez Stronę postępowania administracyjnego, co byłoby ze szkodą dla Strony.

Pytanie 8:

W formularzu cenowym stanowiącym zał. nr 3 do SIWZ, Zamawiający uwzględnił przesyłki pozaeuropejskie. **Wykonawca zwraca się z wnioskiem o doprecyzowanie do jakich krajów będą wysyłane ww. przesyłki?**

Wyjaśnienie:

Postanowienia § 1 ust. 5 wzoru umowy jednoznacznie określają, że „*Wykonawca zapewnia realizację Usług w zakresie przesyłek krajowych obejmujących swoim zasięgiem cały kraj, a przesyłek zagranicznych – cały świat*”. A *contrario*, określone w Formularzu asortymentowo-cenowym przesyłki „pozaeuropejskie” odnoszą się do przesyłek wysyłanych do wszystkich krajów świata poza kontynentem europejskim. Zamawiający jednocześnie przypomina, że z przyczyn opisanych w wyjaśnieniu na pytanie nr 13 udzielonym pismem z dnia 23.06.2015 r. Zamawiający nie ma zamiaru kształtować realizacji zamówienia w sposób właściwy dla któregośkolwiek z potencjalnych wykonawców, dlatego też nie przewiduje – w zakresie przesyłek wymienionych w Formularzu asortymentowo-cenowym – wprowadzania żadnych dodatkowych podziałów na inne strefy, czy inne kategorie wagowe niż wymienione w tym Formularzu.

Pytanie 9:

We wzorze umowy w par. 3 ust. 3 Zamawiający wskazał, że przesyłki o wadze powyżej 50 g będą realizowane od 1 grudnia 2015 r. natomiast formularz cenowy, w którym są ujęte tego rodzaju przesyłki dotyczy przesyłek realizowanych przez cały okres trwania umowy tj. 12 m-cy.

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się o doprecyzowanie od kiedy faktycznie będą wysyłane ww. przesyłki i naniesienie poprawek w formularzu cenowym lub we wzorze umowy, co pozwoli Wykonawcy na prawidłowe skalkulowanie.

Wyjaśnienie:

Zgodnie z § 7 ust. 3 wzoru umowy w zakresie przesyłek o wadze powyżej 50 g Wykonawca rozpocznie realizację usług w dniu 1 grudnia 2015 r. W Formularzu asortymentowo-cenowym Zamawiający podał szacunkową ilość przesyłek o wadze powyżej 50 g po dokonaniu stosownego przeliczenia tak, by wartości netto wszystkich przesyłek zsumowane na końcu tegoż Formularza, można było przemnożyć przez 12 miesięcy dla porównania i oceny złożonych ofert. Nie ma zatem w tym względzie żadnych rozbieżności pomiędzy poszczególnymi załącznikami do siwz, a tym samym naniesienie poprawek w tym Formularzu jest niecelowe.

Pytanie 10:

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o udostępnienie w formie edytowalnej formularza asortymentowo – cenowego, stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ

Wyjaśnienie:

Zamawiający nie praktykuje udostępniania edytowalnych form poszczególnych załączników do siwz. Jednocześnie Zamawiający zaznacza, iż całkowicie wystarczającym jest wypełnienie Formularza asortymentowo-cenowego, jak i innych formularzy, odręcznie w czytelny sposób.

Pytanie 11:

W związku z zapisem zawartym we wzorze umowy w par. 2 ust. pkt. 4) „w opłacie za przesyłkę ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru realizowanym w formie elektronicznej zawarty jest koszt dostarczenia do Kancelarii Biura KRRiT, pod adresem wskazanym w § 11 ust. 2, sporządzonej i podpisanej przez Wykonawcę pisemnej informacji poświadczającej odbiór przesyłki przez adresata. Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia pisemnej informacji poświadczającej odbiór przesyłki przez adresata, o której mowa w zdaniu pierwszym każdorazowo na żądanie Zamawiającego”. **Wykonawca zwraca się o usunięcie ww. zapisu, z uwagi na to iż zwrotne potwierdzenie odbioru realizowane będzie w formie elektronicznej, tak więc nie ma potrzeby aby odbiór przesyłki wymagał dodatkowo pisemnej informacji poświadczającej odbiór przesyłki przez adresata.**

Wyjaśnienie:

Zamawiający informuje, że postanowienia § 2 ust. 11 pkt 4 wzoru umowy pozostają w mocy, bowiem jest to zapis zamierzony, nie polegający na żadnej omyłce. Zamawiający, jeśli będzie korzystał ze zwrotnego potwierdzenia odbioru realizowanego w formie elektronicznej, wymaga zapewnienia sporządzenia i podpisania przez wykonawcę pisemnej informacji poświadczającej odbiór przesyłki przez adresata, a następnie dostarczenia tegoż pisemnego potwierdzenia Zamawiającemu. Zamawiający dla celów dowodowych w prowadzonych przez siebie sprawach wymaga takiego pisemnego potwierdzenia. Wymóg ów, zgodnie z § 2 ust. 11 pkt 4 zdanie ostatnie, będzie realizowany każdorazowo na żądanie Zamawiającego.

Zwrócić uwagę należy na zapis § 2 ust. 12 wzoru umowy, który stanowi, że „*W przypadku wdrożenia, po uzgodnieniach Stron, przesyłek nadawanych „za zwrotnym potwierdzeniem odbioru” realizowanym w formie elektronicznej, wybór formy potwierdzenia odbioru (papierowy albo elektroniczny) będzie każdorazowo należał do Zamawiającego przy wysyłce danej przesyłki*”. Cytowany zapis jasno wskazuje, iż: (1) po wdrożeniu zwrotnego potwierdzenia odbioru realizowanego w formie elektronicznej Zamawiający nadal będzie każdorazowo swobodnie decydował, czy daną przesyłkę nadać z zastosowaniem tradycyjnego, zwrotnego potwierdzenia odbioru w formie pisemnej czy też skorzysta z formy elektronicznej tegoż potwierdzenia, (2) Strony mogą nie dojść do porozumienia w kwestii wdrożenia zwrotnego potwierdzenia odbioru realizowanego w formie elektronicznej, bez względu na przyczyny czy okoliczności braku uzgodnienia, a wówczas zwrotne potwierdzenie odbioru w formie elektronicznej realizowane nie będzie. Brak uzgodnienia może być podyktowany np. rozbieżnościami w systemach teleinformatycznych czy też brakiem wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności. W takim wypadku jednak żadna ze Stron (również Wykonawca) nie poniesie żadnych konsekwencji wynikających z owego braku uzgodnienia.

Na marginesie należy przypomnieć, iż realizacja usług w zakresie zwrotnego potwierdzenia odbioru w formie pisemnej stanowi bezwzględny wymóg siwz, a termin dostarczenia ZPO i kryteria oceny ofert określone w pkt 15.2 lit. b) siwz, odnoszą się do dostarczenia do siedziby Zamawiającego, o której mowa w § 11 ust. 2 wzoru umowy, pokwitowanego przez adresata zwrotnego potwierdzenia odbioru **w formie pisemnej**.

Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp dokonał zmiany treści siwz w ten sposób, że we wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 1 do siwz, § 4 ust. 2 otrzymuje brzmienie:

„2. Wykonawca uprawniony jest do zmiany podwykonawcy, z zastrzeżeniem przepisu art. 36b ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zmiana Podwykonawcy, w przypadku o którym mowa w art. 36b ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wymaga wcześniejszego powiadomienia Zamawiającego i udzielenia przez Zamawiającego zgody na piśmie.”;

Powyższa zmiana stanowi integralną część siwz. Pozostałe zapisy siwz pozostają bez zmian.

Dyrektor
Biura Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji

/-/ Małgorzata Szlachowska