

## Wszyscy Wykonawcy

**Dotyczy: postępowania pn.: Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym na rzecz Urzędu Miasta Piły.**

### PYTANIE NR 1:

W Rozdziale III ust. 1 pkt 2 SIWZ – Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków – Zamawiający wymaga, by w celu wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia, Wykonawca udowodnił że „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonał lub wykonuje co najmniej 5 (pięć) usług polegających na świadczeniu usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczenia przesyłek i paczek pocztowych, w tym przesyłek rejestrowych, których potwierdzenia nadania mają moc dokumentu urzędowego realizowanej dla administracji państwowej lub samorządowej o wartości nie mniejszej niż 100 000,00 zł brutto każda, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiający dokonana oceny spełnienia tego warunku na podstawie weryfikacji złożonego przez wykonawcę wykazu głównych usług z dowodami, o którym mowa w Rozdziale VIII ust. 1 pkt 3) (wzór Załącznik nr 4 do SIWZ) i oświadczenia w trybie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (wzór Załącznik nr 2 do SIWZ)”.

W odniesieniu do powyższego, Wykonawca pragnie zwrócić uwagę, że opisanie warunku udziału w postępowaniu należy z pewnością do czynności niezwykle istotnych z uwagi na fakt, iż opisanie warunków kształtują krąg podmiotów, które będą mogły ubiegać się o wykonanie zamówienia. Tym samym, czynność ta ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i stosownie do zapisów art. 7 ustawy PZP nie powinna ona ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji.

W przedmiotowym przypadku, Zamawiający żąda referencji uzyskanych przez wykonawców od jednostek administracji państwowej lub samorządowej, tymczasem, stosownie do zapisów SIWZ przedmiotem zamówienia jest przede wszystkim „świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym”, i to właśnie wykonanie tych usług winno być wykazane przez wykonawców składających oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia. **Określenie podmiotów, na rzecz których te usługi były świadczone, jest w tym wypadku irrelevantne, ponieważ usługi pocztowe mają jednolity charakter niezależnie od podmiotu, na rzecz którego są świadczone, a wskazane powyżej zawężenie zakresu ww. podmiotów jedynie do jednostek administracji publicznej bądź samorządu terytorialnego, może w sztuczny, arbitralny sposób ograniczać konkurencję.**

Warto, w związku powyższym, przytoczyć także orzecznictwo dotyczące kwestii referencji, a w szczególności wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2013 r. (KIO 2448/13), stosownie do treści którego: „Wymaganie wykazania się dostawami tożsamymi z przedmiotem zamówienia powodowałoby w istocie naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieuprawniony prowadziło do zawężenia ilości wykonawców mogących się ubiegać o udzielenie zamówienia tylko do wykonawców, którzy są w stanie wykazać się doświadczeniem przy wykonywaniu robót takich samych, a nie podobnych rodzajowo.”

Analogicznie, w wyroku KIO z dnia 31 stycznia 2013 r. (108/13), Izba wskazała, że „W przypadku zamówienia publicznego żądane doświadczenie winno być wymagane i egzekwowane w stosunku do dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia (podobnych, odpowiadających rodzajem i charakterem etc.), a nie li tylko dostaw tożsamyh (takich samych, stanowiących dokładne powtórzenie przedmiotu zamówienia). Zmiana rozporządzenia poprzez odstąpienie od żądania wykazania się doświadczeniem w wykonywaniu usług (dostaw) „odpowiadających rodzajem usługom (dostawom) stanowiącym przedmiot zamówienia” na rzecz usług (dostaw) o zakresie „niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia” umożliwi udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego większej ilości wykonawców. „Niezbędny zakres” jest bowiem wyznacznikiem jeszcze szerszym aniżeli sformułowanie „usługi odpowiadające rodzajem”, wykazywane jako dowód posiadania odpowiedniego wiedzy i doświadczenia. Niezbędne doświadczenie wykonawcy zamawiający powinien przy tym rozumieć jako potwierdzone w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówień. Zamawiający, ustalając warunki udziału w postępowaniu, sam decyduje o „niezbędności” czy „dostateczności”, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), które należy przypisać wykonawcom w odniesieniu do danego zamówienia i z punktu widzenia zamawiającego. Zamawiający nie może jednakże naruszać konkurencji i ograniczać dostępu do zamówienia ponad miarę, tzn. wyjść poza ich niezbędne minimum wymagane dla danego zamówienia. Niezasadnym jest przyjęcie, iż tylko wykonywanie usług o tożsamym bądź bardzo zbliżonym zakresie świadczy o tym, że wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie odpowiednie do zrealizowania zadania.

Ponadto pragniemy podnieść argumentację o charakterze ogólnym, odnoszącą się do liberalizacji rynku usług pocztowych. W dniu 1 stycznia 2013 r. weszła w życie ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z dnia 29 grudnia 2012 r.). Wraz z wejściem w życie nowego prawa pocztowego nastąpiło uwolnienie rynku usług pocztowych mającego na celu wdrożenie do polskiego systemu prawa postanowień dyrektywy 2008/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lutego 2008 r. zmieniającej dyrektywę 97/67/WE (dalej „III dyrektywa”). III dyrektywa zakończyła, rozpoczęty w 1997 r. w krajach członkowskich UE, proces stopniowej liberalizacji rynku usług pocztowych i określa zasady funkcjonowania rynku pocztowego po jego pełnym otwarciu na konkurencję tj. zniesieniu obszaru usług, jakie mogły być do tej pory zastrzeżone dla operatora świadczącego usługi powszechne w ramach nałożonego przez państwo obowiązku. Rynek usług pocztowych od 1945 roku był zatem przez ponad 50 lat zmonopolizowany przez jedno przedsiębiorstwo – Poczta Polska. Mimo zmian w prawodawstwie wyrażających się liberalizacją przepisów i „uwolnieniem” rynku w wielu wypadkach nie zmieniły się postawy podmiotów z sektora publicznego, przyzwyczajonych do świadczenia usług pocztowych zawsze przez jednego wykonawcę. Przyzwyczajenia tego nie zmieniły zarówno wysokie ceny oferowanych usług, wyraźnie niekonkurencyjne na tle tych oferowanych przez operatorów prywatnych, jak również fakt wzrostu znaczenia tychże operatorów na rynku usług pocztowych. Taki stan znalazł swoje przełożenie w ilości podmiotów z sektora publicznego, na rzecz których operatorzy prywatni świadczą usługi pocztowe. Z przykrością należy stwierdzić, że wzrost świadomości zamawiających z zakresu rynku pocztowego nie nastąpi w krótkim czasie, bowiem nowa ustawa, choć liberalizująca rynek, wprowadza pewne rozwiązania naruszające równość wśród operatorów pocztowych, wyraźnie faworyzując jednego z nich, tzw. „operatora wyznaczonego”. Wątek ten można by rozwinąć, jednak na potrzeby problemu wynikłego na gruncie prowadzonego przez Zamawiającego postępowania przetargowego należy wskazać, że Wykonawca świadczy usługi pocztowe dla wielu prywatnych podmiotów, wśród których są międzynarodowe przedsiębiorstwa z sektora bankowego, telekomunikacyjnego lub energetycznego – umowy między tymi podmiotami narzucają dodatkowe rygory wykonywania usług pocztowych, nierzadko wykraczające ponad ogólne warunki określone w ustawie Prawo Pocztowe i rozporządzeniach do niej. Potwierdza to fakt, że jakość świadczonych usług nie jest zależna od podmiotów, na rzecz których są one świadczone, lecz od ukształtowania np. stosunku cywilnoprawnego.

**Mając powyższe na uwadze, Wykonawca wnosi o usunięcie wymogu w przedmiocie wykazania usług realizowanych na rzecz administracji publicznej i jednostek samorządu terytorialnego i zastąpienie go ogólnym wymogiem wykazania świadczenia usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym.**

#### **ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO NR 1:**

Zamawiający podtrzymuje wymóg w przedmiocie wykazania usług realizowanych na rzecz administracji państwowej lub samorządowej w obrocie krajowym i zagranicznym.

Jak sam Wykonawca zauważył czynności Zamawiającego są niezwykle istotne z uwagi na rodzaj działalności jaki prowadzą organy administracji państwowej. Tym samym wysoka jakość świadczonych usług jak i zakres ich realizacji przez Wykonawców będą mieć bezpośredni wpływ na tok prowadzonych przez Zamawiającego spraw.

Zamawiający nie podziela zdania Wykonawcy i wyraża przekonanie, że sprawy prowadzone przez jednostki administracji publicznej oraz samorządu terytorialnego mają swoją indywidualną specyfikę. Stąd Zamawiający chce mieć pewność, że świadczenie usług pocztowych powierza Wykonawcy, który legitymuje się doświadczeniem w obsłudze tego typu podmiotów.

Ponadto Zamawiający podkreśla, iż ww. wymóg został należycie na gruncie art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych sformułowany. Przepis ten mówi: „*Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia*”.

#### **PYTANIE NR 2:**

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 rzeczzonego 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 zaniesienie 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 Poczta Polska 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 umowy dotyczący usług polegających na zanoszeniu przesyłek Zamawiającego na Poczta, 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 Lublin<sup>1</sup>: *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.**

---

<sup>1</sup>Pismo opublikowane na stronie Ogólnopolskiego Związku Pracodawców Niepublicznych Operatorów Pocztowych

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 załączonego przez operatora alternatywnego do oferty.

**Biorąc pod uwagę powyższe zwracamy się przede wszystkim z wnioskiem o wyjaśnienie:**

- czy Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty przez innych wykonawców niż Poczta Polska S.A.?

**W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na to pytanie, Wykonawca wnosi o:**

- wskazanie szacowanego wolumenu tzw. przesyłek terminowych lub potwierdzenie, że nie przekroczy on 5% całości zamówienia;
- wskazanie na jakich zasadach dokonywane będą rozliczenia usługi pośrednictwa przy nadawaniu tzw. przesyłek terminowych. Czy Zamawiający dokona modyfikacji SIWZ poprzez wyodrębnienie takiej pozycji w formularzu ofertowym (tj. wyodrębnienie usługi pośrednictwa w zakresie nadawania przesyłek terminowych), czy też zgadza się, by wynagrodzenie operatora alternatywnego uiszczane będzie na podstawie cennika załączonego do oferty;

- **usunięcie zapisów wyłączających konkurencyjność i ograniczających postępowanie do jednego wykonawcy (Poczty Polskiej S.A.), tj.: § 1 ust 13 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 9 do SIWZ** (gdyż Wykonawca jest tylko pośrednikiem w dostarczeniu korespondencji i jakkolwiek zobowiązuje się przekazywać do nadania przesyłki w dniu ich otrzymania od Zamawiającego, nie może zapewnić skutku nadania, gdyż jest to uprawnienie zastrzeżone dla operatora wyznaczonego).

#### **ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO NR 2:**

Tak, Zamawiający dopuszcza taką możliwość dla Wykonawców którzy spełnią warunki określone w SIWZ, zgodnie z ustawą PZP i Prawo Pocztove. W przypadku wyboru oferty operatora alternatywnego, Zamawiający będzie wymagał od Wykonawcy nadania ich u operatora wyznaczonego w dniu ich otrzymania.

Zamawiający szacuje wartość procentową wolumenu tzw. przesyłek terminowych w całości zamówienia na ponad 5%.

Wynagrodzenie Wykonawcy będzie uiszczane zgodnie z ofertą Wykonawcy, zawartą w Formularzu cenowym, tj. Załączniku nr 1A do SIWZ.

Zamawiający nie dopuszcza załączenia przez Wykonawcę do oferty cennika operatora alternatywnego. Nie będzie też uwzględniał żadnych dodatkowych kosztów za tzw. „przesyłki terminowe” w trybach określonych dla operatora wyznaczonego w art. 57 § 5 pkt. 2 KPA, art. 12 § 6 pkt. 2 Ordynacji podatkowej lub ew. innych analogicznych przepisach. Koszty te (koszty pośrednictwa i wszystkie inne koszty) należy uwzględnić w kosztach Wykonawcy, w poszczególnych pozycjach Formularza cenowego.

Zamawiający nie przewiduje ponoszenia dodatkowych opłat wykraczających poza te ujęte w Załączniku nr 1A do SIWZ – Formularz cenowy. Zamawiający będzie rozliczał usługę tylko z operatorem, który realizuje umowę.

Zamawiający nie wprowadza zmian w Formularzu cenowym.

We wskazanych pozycjach Formularza cenowego Wykonawca winien podać jedną cenę niezależnie od tego, czy przesyłka jest przesyłką „zwykłą” czy też wymagającą zastosowania trybów wskazanych powyżej. Cena powinna być skalkulowana z uwzględnieniem szacowanej ilości przesyłek wymagających zastosowania trybu określonego w art. 57 § 5 pkt. 2 KPA, art. 12 § 6 pkt. 2 Ordynacji podatkowej lub ew. innych analogicznych przepisach – nie mniej niż 60% ilości w danej pozycji.

W przypadku wyboru oferty operatora alternatywnego, Zamawiający będzie wymagał od Wykonawcy nadania ich u operatora wyznaczonego w dniu ich otrzymania.

#### **PYTANIE NR 3:**

W Rozdziale III ust. 7 SIWZ oraz w § 1 ust. 7 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 9 do SIWZ Zamawiający wskazuje, że wymaga, by potwierdzenie nadania miało moc dokumentu urzędowego. Ponadto, w Rozdziale VII ust. 1 pkt 2 SIWZ wskazuje, odnosząc się do wymagań wiedzy i doświadczenia, na konieczność przedłożenia referencji *„w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczenia przesyłek i paczek pocztowych, w tym przesyłek rejestrowych, których **potwierdzenia nadania mają moc dokumentu urzędowego** realizowanej dla administracji państwowej lub samorządowej.”*

Należy podkreślić, że wskazane wymogi spełnić może **jedynie operator wyznaczony**, którego obowiązki do roku 2015, na podstawie art. 178 ustawy Prawo pocztowe pełni Poczta Polska S.A. Zgodnie bowiem z art. 17 ww. ustawy Prawo pocztowe, *„Potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej lub przekazu pocztowego wydane przez placówkę pocztową **operatora wyznaczonego** ma moc dokumentu urzędowego.”*

Wymóg zapewnienia powyższych skutków bezpośrednio przez nadanie w placówce wybranego operatora prowadzi w konsekwencji do naruszenia elementarnych zasad prawa zamówień publicznych tj. zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 PZP), **gdyż tylko jeden podmiot może złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu**. Przepisy powszechnie obowiązującego prawa to okoliczność, na którą Wykonawca nie ma żadnego wpływu i nie jest w stanie w żaden sposób spełnić takiego warunku (gdyż faktycznie żaden wykonawca poza Poczta Polska S.A. nie jest). Co więcej, potwierdzenie nadania z mocą dokumentu urzędowego nie ma żadnego wpływu na skuteczność doręczeń nadawanych przez Zamawiającego przesyłek.

Warto w kontekście powyższego zacytować fragmenty orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2013 r. (KIO 2184/13), w którym Izba wypowiedziała się względem art. 17 ustawy Prawo pocztowe i tzw. „mocy dokumentu urzędowego” (znamienny jest fakt, iż po przytoczonym wyroku, w kolejnym, toczącym się obecnie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług pocztowych dla sądów powszechnych, zamawiający zrezygnował z ww. wymagań). Abstrahując już nawet od jednoznacznej tezy ww. wyroku w brzmieniu: *„Dla zabezpieczenia interesów jednostek prokuratury i sądownictwa, w zakresie ich obowiązku związanego z doręczeniami, nie jest konieczne korzystanie z instytucji potwierdzenie nadania posiadającego status dokumentu urzędowego. Wymóg ten, biorąc pod uwagę skutek w postaci całkowitej eliminacji konkurencji w postępowaniu, godzący w naczelną zasadę systemu zamówień publicznych, jest nadmierny i prowadzi do zachwiania równowagi pomiędzy wskazanymi zasadami a potrzebami podmiotu zamawiającego.”*, KIO podkreśliła, że w odniesieniu do znaczenia i istoty potwierdzenia nadania przesyłki za pośrednictwem operatora wyznaczonego, o której mowa w art. 17 ustawy Prawo pocztowe, wskazać należy, iż powyższe domniemanie prawne **ma służyć wyłącznie stronom i uczestnikom postępowań celem dochowania terminów procesowych (a nie organom administracji publicznej kierującym pismami do stron i uczestników)**. Na powyższe wskazuje jednoznacznie treść art. 57 § 5 pkt 2 KPA, art. 124 KPK, art. 165 § 2 KPC oraz art. 83 § 3 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Powyższe przepisy odnoszą się bowiem do czynności dochowania terminów procesowych, co jednoznacznie wynika z miejsca, w jakim zostały one umiejscowione w ww. aktach prawnych i służą one zabezpieczeniu interesów stron i uczestników tychże postępowań. Przepisy te gwarantują dochowanie terminów dla stron i uczestników już w momencie nadania pisma procesowego u operatora, który posiada status operatora wyznaczonego, i tylko w tym zakresie korzystanie z tej gwarancji jest uzasadnione celem zapewnienia pewności obrotu prawnego - **gwarancja ta nie służy jednak organom ochrony prawa jakimi są sądy, prokuratury oraz organy administracji publicznej, w tym jednostki samorządu terytorialnego**.

Jak bowiem wynika choćby z treści przepisu art. 131 § 1 KPK *„Wezwania, zawiadomienia oraz inne pisma, od których daty doręczenia biegną terminy, doręcza się przez operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe albo pracownika organu wysyłającego, a w razie niezbędnej konieczności przez Policję.”*. **Zatem ustawodawca, celem wywołania skutku polegającego na rozpoczęciu biegu terminów procesowych dla stron i uczestników postępowania, nie wymaga doręczenia ich przez sąd przy pomocy operatora wyznaczonego, lecz za wystarczające uznaje doręczenie dokonane przez operatora pocztowego**. Analogiczne regulacje znajdują się w przepisach regulujących procedurę cywilną, administracyjną, sądowno-administracyjną i w sprawach o wykroczenia (odsyłających do uregulowań KPK), w częściach odnoszących się do doręczeń.

Powyższe wskazuje, że o skuteczności doręczenia pisma kierowanego przez organ do strony decyduje treść potwierdzenia odbioru, a nie potwierdzenia nadania. Obowiązujące przepisy nie różnicują mocy dowodowej dokumentów potwierdzenia odbioru w zależności od tego czy wydaje je operator wyznaczony czy inny operator pocztowy. Potwierdzenie odbioru czy też zwrotne potwierdzenie odbioru wystawione przez Poczta Polska S.A. (operatora wyznaczonego) ma dokładnie taką samą moc jak potwierdzenie odbioru czy zwrotne potwierdzenie odbioru wystawione przez innego operatora pocztowego, w tym Wykonawcę.

Dotyczy to także potwierdzeń odbioru czy zwrotnych potwierdzeń odbioru wystawianych przez operatorów w ramach doręczania przesyłek nadawanych przez organy administracji czy jednostki samorządowe w trybie KPA, na co jednoznacznie wskazuje treść rozdziału 8 ustawy KPA („Doręczenia”).

Na marginesie powyższego, dla podkreślenia wskazanej wyżej argumentacji, warto wskazać również na treść art. 244 § 1 KPC, stanowiącego, iż: *„Dokumenty urzędowe, sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania, stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone.”* (analogiczne rozwiązanie zawierają przepisy ustawy Kodeks postępowania administracyjnego, gdzie w art. 76 § 1 zostało wskazane, że: *„Dokumenty urzędowe sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy państwowe w ich zakresie działania stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo stwierdzone.”*). Wskazane przepisy kreują domniemanie prawne, które należy odczytywać w ten sposób, iż aby uznać dany dokument za urzędowy muszą zostać spełnione trzy podstawowe przesłanki. Po pierwsze dokument urzędowy winien zostać sporządzony w przepisanej formie - a więc formie wynikającej z powszechnie obowiązujących przepisów, lub w przypadku gdy przepisy nie regulują tej kwestii, z przepisów wewnętrznych danego organu (regulaminów, zarządzeń, uchwał itp.). Po drugie dokument winien być sporządzony przez podmiot uprawniony do jego sporządzenia, co jednocześnie koresponduje z trzecim warunkiem, iż sporządzenie dokumentu winno się mieścić w kognicji danego organu, tj. winno mieścić się w ustawowo zakreślonym obszarze jego działania. **Dokument spełniający ww. warunki posiada walor dokumentu urzędowego i korzysta z domniemania prawdziwości jego treści z rzeczywistym stanem rzeczy - czy to prawnym, czy też faktycznym, co dotyczy też daty jego sporządzenia, bądź wydania.**

Co więcej, w ocenie Izby (vide KIO 2184/13) z powyższego domniemania korzysta także, tzw. zbiorcza książka nadawcza, która ze względu na jej treść, ustaloną przepisami formę, podmiot sporządzający, ma walor dokumentu urzędowego i tym samym nie jest konieczne stosowanie dodatkowego wzmocnienia w oparciu o instytucję uregulowaną w art. 17 ustawy Prawo pocztowe.

Jeżeli zaś chodzi o **niezwykle wąski katalog spraw, w których to organ administracji publicznej jest stroną postępowania, ponownego podkreślenia wymaga okoliczność, że alternatywni operatorzy pocztowi** (tj. niemający statusu operatora wyznaczonego), **w przypadku nadawania tzw. „przesyłek terminowych”, tj. przesyłek z których nadaniem za pośrednictwem operatora wyznaczonego ustawodawca wiąże skutek w postaci domniemania wniesienia pisma bezpośrednio do sądu, bądź organu administracji publicznej, korzystają z tzw. „trybu posłańca”**. Stosownie do powyższego, alternatywny operator pocztowy jest podmiotem dokonującym czynności nadania przesyłki u operatora wyznaczonego, ale czyni to w imieniu i na rzecz zamawiającego.

Należy zresztą wskazać, iż rozwiązanie to kilkakrotnie było oceniane przez Krajową Izbę Odwoławczą jako jedyne rozwiązanie dostępne obecnie na rynku usług pocztowych, zapewniające udział innych operatorów pocztowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w których zamawiający przewiduje nadawanie przesyłek terminowych (KIO 2601/14, KIO 2160/14).

**W świetle powyższego Wykonawca zwraca się o eliminację wskazanych zapisów dotyczących „mocy dokumentu urzędowego” z treści SIWZ.**

### **ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO NR 3:**

Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko w powyższej kwestii.

Zamawiający informuje, że prowadzi postępowanie, w trybie konkurencyjnym, przetargu nieograniczonego – procedura otwarta dla wszystkich chętnych Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu.



Z uwagi na charakter Zamawiającego jakim jest Gmina Piła - ustawodawca szczególnie określił jakie zastosowanie będą miały tutaj przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (j.t Dz.U. z 2013 r., poz 267 ze zm.) czy Kodeks postępowania cywilnego (art. 165 § 2). Ustawy te bardzo wyraźnie opisują sposób nadania pism i tym samym zachowania terminu do jego wniesienie podkreślając, iż termin „*uważa się za zachowany, jeżeli przed jego upływem pismo zostało (...) nadane w polskiej placówce pocztowej operatora publicznego*”.

Ponadto Zamawiający pragnie bardzo wyraźnie podkreślić, iż Wykonawcę obowiązują i obowiązywać będą wszystkie regulacje proceduralne (m.in. Kodeks postępowania administracyjnego, Kodeks postępowania cywilnego, ew. innych analogicznych przepisów) w zakresie dotyczącym terminów i doręczeń, a w szczególności z uwagi na fakt, iż Zamawiającym jest jednostką samorządu terytorialnego ww. regulacje dotyczące terminów nie tylko doręczenia, ale również nadania zostały określone przez ustawodawcę w ww. przepisach. Z uwagi na powyższe, szczególnie te dotyczące terminów ma dla Zamawiającego przedmiot dokumentu urzędowego istotnego w prowadzonych przez niego czynnościach związanych z wykonywaniem zadań statutowych.

W zakres usług objętych przedmiotem zamówienia wchodzi także nadawane przesyłki wymagające zastosowania przepisu art. 57 § 5 pkt. 2 KPA, art. 165 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego, ew. innych analogicznych przepisów. Procentowy udział tych przesyłek w całości zamówienia ponad 60%, w związku z czym Zamawiający wymaga mocy urzędowej dokumentu nadawczego.

Jednocześnie Zamawiający z uwagi na fakt, iż nie mniej niż 60% generowanych przesyłek stanowią przesyłki zawierające pisma urzędowe (w trybie postępowania cywilnego, sądowno-administracyjnego, egzekucyjnego itp.) podtrzymuje zapis Rozdziału III ust. 7 SIWZ i wzoru umowy stanowiącym Załącznik nr 9 do SIWZ i podtrzymuje, że wymaga, by potwierdzenie nadania miało moc dokumentu urzędowego. Obowiązujące przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego i Ordynacji podatkowej są na dzień rozpisania niniejszego postępowania ważne i nie zostały zakwestionowane przez Trybunał Konstytucyjny, ani też zmienione przez ustawodawcę.

Wykonawca ma prawo do tego, by je kwestionować na równi z tym, jak Zamawiający ma obowiązek je stosować.

Z uwagi na zasadę legalizmu organ administracji publicznej jakim jest Zamawiający ma obowiązek tej zasady przestrzegać na każdym etapie. Tym samym stosuje przepisy prawa w ich treści zgodnie z obowiązującym na dany moment brzmieniem, poza wyjątkami w przepisach określonymi.

Zacytowane przez Wykonawcę przepisy są obowiązujące, jasne i precyzyjne.

Tym samym Zamawiający zobligowany jest je stosować i dlatego też nie zamierza w tym zakresie zmieniać zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

#### **PYTANIE NR 4:**

**Zgodnie z Rozdziałem X SIWZ oraz z § 10 wzoru umowy stanowiącym Załącznik nr 9 do SIWZ, Zamawiający nakłada na Wykonawcę obowiązek przedłożenia Zamawiającemu umowy z podwykonawcami, jak również wskazuje na konieczność wprowadzenia określonych zapisów do umów z podwykonawcami. Co więcej, wskazuje także na wysokość kary umownej za naruszenie wskazanych nakazów.**

Powyższe zastrzeżenia są niezgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. W ramach zamówień publicznych, co do zasady udział podwykonawców, a także dalszych podwykonawców w realizacji zamówienia jest dopuszczalny bez ograniczeń. W przepisach art. 36a i 36b PZP ustawodawca wskazuje podstawowe warunki udziału podwykonawców w realizacji przedmiotu zamówienia. Z brzmienia tych przepisów wynika, iż poza kwalifikowanymi przypadkami realizacji przedmiotu zamówienia przy udziale podwykonawców (tj. powołania się na ich potencjał przy wykazywaniu warunków udziału w postępowaniu) wykonawca ma pełną swobodę powierzenia całości lub części przedmiotu zamówienia do realizacji podwykonawcy.

Oznacza to, iż Zamawiający nie jest uprawniony do kontrolowania czy innego ingerowania w stosunki wykonawcy z podwykonawcami, i to bez względu na etap postępowania przetargowego czy współpracy stron (czy to na etapie składania ofert, przed podpisaniem umowy, czy po jej podpisaniu i rozpoczęciu świadczenia usługi), jak również stawiania wymogu odnośnie formy czy treści umowy. W związku z powyższym, wykonawca może zawrzeć swobodnie umowę z wybranym przez siebie podwykonawcą, posłużyć się dalszym podwykonawcą, jak również zmienić podwykonawcę w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, jak również dowolnie sformułować zapisy umowne i to bez względu na stanowisko Zamawiającego w tym zakresie. Ponadto, z analizy powołanych przepisów nie wynika możliwość żądania przez Zamawiającego przedłożenia mu projektu umowy zawartej z podwykonawcami lub wpływania na ich wewnętrzne stosunki w inny sposób – formę umowy zawartej z podwykonawcą, czy elementów jej treści itp. Analogicznie również w przypadku dalszych podwykonawców. Stąd też, wskazane zapisy są niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami ustawy PZP.

Wydaje się w związku z powyższym, iż Zamawiający błędnie opiera cytowane zapisy SIWZ m.in. na przepisie art. 143b PZP (jak również innych dot. zamówień na roboty budowlane), który uprawnia Zamawiających do uzależnienia wyboru/zmiany podwykonawcy przez wykonawcę, czy też zawarcia umowy przez wykonawcę z pierwotnym podwykonawcą, jak również konieczności wprowadzenia określonych zapisów umownych, od ich zgody w przypadku zamówienia publicznego na roboty budowlane. Wskazać należy, iż przedmiotowe postępowanie dotyczące świadczenia usług pocztowych nie może być w żaden sposób zakwalifikowane jako zamówienie publiczne, którego przedmiotem są roboty budowlane. To oznacza, że zapisy te nie mają tu zastosowania – co więcej, nie mogą być stosowane (wszak ustawodawca wskazałby, że przepisy te mają zastosowanie również w innych rodzajach zamówień, a nie zrobił tego – prawdopodobnie dlatego, że rozwiązania te są trudne do zastosowania w praktyce w umowach o świadczenie usług).

Wskazać ponadto należy, że żądanie wskazania konkretnych nazw/firm podwykonawców ( a to de facto jest robione poprzez żądanie przedstawienia umowy- na niej zawarte są wszelkie dane) uzasadnione jest jedynie w sytuacji, gdy Wykonawca powołuje się na ich zasoby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy PZP. Żądanie takie wystosowane w sytuacji, gdy Wykonawca sam spełnia wszelkie warunki udziału w postępowaniu, a podwykonawcami posługuje się jedynie wyjątkowo, celem usprawnienia procesu realizacji zamówienia (i możliwe jest, że mimo deklaracji posłużenia się podwykonawcami – nie zajdzie konieczność skorzystania z nich), jest bezzasadne i pozbawione podstaw prawnych i faktycznych.

Wykonawcom, którym zabrania się swobodnego korzystania w pełnym zakresie z podwykonawstwa w realizacji przedmiotu zamówienia, utrudnia się jednocześnie dostęp do realizacji przedmiotu zamówienia co narusza jednocześnie art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 2 PZP i może być przyczynkiem do wszczęcia kontroli doraźnej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Na marginesie dodać należy, iż Wykonawca ponosi wobec Zamawiającego pełną odpowiedzialność za wszelkie czynności, których wykonanie powierzył podwykonawcom, odpowiadając za ich działania i zaniechania jak za swoje własne, więc wskazane wymogi są bezzasadne z perspektywy ochrony interesów Zamawiającego.

**W związku z powyższym, Wykonawca zwraca się do Zamawiającego o bezwzględne usunięcie zapisów naruszających przepisy obowiązującego prawa oraz zasady równego traktowania i zapewnienia uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 2 PZP).**

#### **ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO NR 4:**

Zamawiający podtrzymuje zapisy w Rozdziale X SIWZ oraz z w § 10 wzoru umowy stanowiącym Załącznik nr 9 do SIWZ.

Zamawiający, z uwagi na fakt, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług pocztowych, wymóg pisemnej umowy z ewentualnymi podwykonawcami oparł na Ustawie Prawo Pocztowe, która w Art. 35 wyraźnie wskazuje wymóg zawierania pisemnych umów pomiędzy operatorami pocztowymi: *Art. 35. 1. Operator pocztowy, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, może po przyjęciu przesyłki pocztowej powierzyć dalsze wykonanie usługi innemu operatorowi pocztowemu na podstawie umowy o współpracę zawieranej w formie pisemnej.*

Zamawiający nie ogranicza możliwości powierzenia podwykonawcy lub podwykonawcom wykonania części przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zgodnie z art. 36b ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych żąda 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 ustawy, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 2 pkt 9b ustawy Prawo zamówień publicznych umowy zawierane przez Wykonawcę z podwykonawcami muszą być zawarte w formie pisemnej oraz określać w szczególności wymagania, o których mowa w art. 35 ust. 2 ustawy Prawo pocztowe.

#### **PYTANIE NR 5:**

W § 5 ust 2 i 3 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 9 do SIWZ, Zamawiający wskazał, wysokość 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. 353<sup>1</sup>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. 353<sup>1</sup> KC), która nie ma charakteru absolutnego, a jej granice wyznaczają m.in. właściwość stosunku prawnego czy zasady współzycia społecznego. W tej mierze wielokrotnie wypowiedała 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 uwzględnia 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.

**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 odstąpienie od umowy z winy Wykonawcy na poziomie 10% wynagrodzenia, zgodnie z przyjętą praktyką na rynku usług pocztowych, ustalenie wysokości kary umownej za brak odbioru przesyłek na poziomie dwukrotności kosztu jednego odbioru oraz usunięcie kar umownych dotyczących niewykonania nakazów co do podwykonawstwa (w związku z prawnym zakazem umieszczania takich wymogów, co pokazano w pytaniu powyżej).

#### **ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO NR 5:**

Zamawiający dokonał rewizji swojego stanowiska w zakresie kar umownych i stosownego ograniczenia ich wysokości, zakresu stosowania itp. i dokonuje zmiany zapisów w § 5 ust. 2 i 3 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 9 do SIWZ, które otrzymują brzmienie:

- „2. Niezależnie od postanowienia ust. 1, jeżeli Wykonawca nie odbierze przesyłek od Zamawiającego w wyznaczonym dniu i czasie, to Zamawiającemu przysługuje prawo naliczenia Wykonawcy kary umownej w wysokości 0,5 % wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 4 ust. 1.
3. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną także w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 4 ust. 1.”

Pozostałe zapisy wzoru umowy nie ulegają zmianom.