

**WYROK**  
**z dnia 4 grudnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**  
**Członkowie: Marek Szafraniec**  
**Klaudia Szczytowska-Maziarz**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada i 3 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2014 r. przez wykonawcę **InPost Sp. z o.o., ul. Malborska 130, 30-624 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Straż Gminą w Człuchowie, Straż Gminną w Kobylnicy, Straż Miejską w Debrznie i Gminę Kęsowo** w imieniu i na rzecz których działa **Straż Gminna w Człuchowie, ul. Szczecińska 17, 77-300 Człuchów**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **InPost Sp. z o.o., ul. Malborska 130, 30-624 Kraków** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **InPost Sp. z o.o., ul. Malborska 130, 30-624 Kraków** tytułem wpisu od odwołania
  - 2.2 zasądza od wykonawcy **InPost Sp. z o.o., ul. Malborska 130, 30-624 Kraków** na rzecz **Straży Gminnej w Człuchowie, Straży Gminnej w Kobylnicy, Straży Miejskiej w Debrznie i Gminy Kęsowo** w imieniu i na rzecz których działa **Straż Gminna w Człuchowie, ul. Szczecińska 17, 77-300 Człuchów** kwotę **4 265 zł 12 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście sześćdziesiąt pięć złotych dwanaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, kosztów dojazdu na posiedzenie Izby i kosztów diet.

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Straż Gmina w Człuchowie, Straż Gminna w Kobylnicy, Straż Miejska w Debrznie i Gmina Kęsowo w imieniu i na rzecz których działa Straż Gminna w Człuchowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usług pocztowych oraz usług personalizowania, wydruku, konfekcjonowania, kopertowania i doręczania korespondencji”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Wskazane podmioty prowadzą niniejsze postępowanie wspólnie w oparciu o art. 16 ust. 1 ustawy Pzp. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 30 października 2014 r. pod nr 2014/S 209-370280.

W postępowaniu tym wykonawca InPost Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 10 listopada 2014 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Podstawą zarzutów odwołania są treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 30 października 2014 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania zamieścił na swojej stronie internetowej w dniu 12 listopada 2014 r. Do postępowania odwoławczego do upływu terminu na zgłoszenie przystąpienia (tj. do dnia 15 listopada 2014 r.) do Prezesa Izby żadne przystąpienie nie wpłynęło.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenia w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 24 listopada oraz w dniu 3 grudnia 2014 r., zaś rozprawa w dniu 3 grudnia 2014 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący wniósł odwołanie dotyczące postanowień SIWZ i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie odnoszącym się do kryterium oceny ofert „liczba osób, które będą zatrudnione do realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę”;
- 2) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie odnoszącym się do wykonywania usług personalizowania, wydruku, konfekcjonowania, kopertowania korespondencji wyłączenie przez osoby zatrudnione na podstawie umów o pracę, to jest w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz w sposób naruszający zasadę opisywania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie odnoszącym się do sposobu określenia terminu na uruchomienie usług pocztowych;
- 4) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie sposobu określenia terminu na uruchomienie usług pocztowych w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz w sposób naruszający zasadę opisywania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiedniej modyfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w sposób określony szczegółowo w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania wskazał co następuje.

Co do zarzutów wadliwości wymagań i preferencji odnoszących się do sposobu zatrudniania pracowników wykonawcy podniósł, że Zamawiający w treści SIWZ w pkt 13.1 lit. b zaznaczył, że jednym z kryteriów oceny ofert jest „liczba osób, które będą zatrudnione do realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę”, zwane dalej „*liczba pracowników*” z wagą 10%. Wskazał też na wymóg zawarty w pkt 2 formularza ofertowego oraz w § 2 ust. 3 wzoru umowy (Załącznik nr 6 do SIWZ) co do wymaganego oświadczenia od wykonawców o liczbie pracowników z zastrzeżeniem prawa dla Zamawiającego, co do

przeprowadzenia kontroli w tym zakresie, poprzez żądanie dostarczenia przez wykonawcę stosownych dokumentów z zakładu ubezpieczeń społecznych potwierdzających liczbę osób zgłoszonych do ubezpieczenia społecznego zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Powyższe kryterium – zdaniem Odwołującego - faworyzuje jednego z operatorów pocztowych - Poczta Polska S.A., który to wykonawca jako do niedawna monopolista na rynku usług pocztowych posiada największą liczbę osób zatrudnionych na podstawie umów o pracę, przy pomocy których operator wyznaczony będzie mógł realizować niniejsze zamówienie. Wskazał na komunikat Poczty Polskiej S.A. zamieszczony na stronie internetowej operatora wyznaczonego

(<http://media.poczta-polska.pl/pr/288349/poczta-polska-musi-placic-za-efekty-pracy-bo-tego-wymaga-rynek-stanowisko-spolki-w-zwiazku-z-pikieta-nszz-solidamosc>), z którego wynika, że Poczta Polska S.A. zatrudnia na umowach o pracę blisko 80 000 osób. Podkreślił, że w przypadku Poczty Polskiej S.A. stosunek pracy jest podstawową formą zatrudnienia, wynikającą przede wszystkim z faktu, że firma ta jest od zawsze państwowa. Stwierdził, że żaden z prywatnych operatorów pocztowych nie jest w stanie konkurować z Poczta Polska S.A. pod kątem ilości osób zatrudnionych na umowach o pracę, gdyż prywatni operatorzy pocztowi zatrudniają współpracowników w oparciu o różne tytuły, kierując się przede wszystkim efektywnością przyjętych rozwiązań, w tym często w oparciu o umowy cywilnoprawne. W związku z powyższym w jego ocenie przy tak postawionym kryterium operator wyznaczony składając ofertę uzyska maksymalną ilość punktów przyznawanych za to kryterium, tj. 10 punktów, a w konsekwencji to oferta Poczty Polskiej S.A. może zostać wybrana jako najkorzystniejsza, również wtedy, gdy będzie ofertą zdecydowanie droższą. Odwołujący podkreślił, że wskazane działanie Zamawiającego stanowi ograniczenie konkurencji w niniejszym postępowaniu. Powołując się na orzecznictwo KIO i SO (KIO 1189/13, KIO 2803/10, KIO/UZP 361/10, KIO/UZP 277/09 oraz UZP/DKUE/KN/7/12 i wyrok SO w Gorzowie Wielkopolskim sygn. akt VII Ga 24/08) wskazał, że Zamawiający winien się wystrzegać zamieszczania w dokumentacji postępowania postanowień faktycznie wskazujących na możliwość złożenia najkorzystniejszej oferty tylko przez jednego wykonawcę - Poczta Polska S.A., ponieważ powyższe stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Reasumując Odwołujący podkreślił, że ustanowienie preferencji w zakresie umów o pracę musi znaleźć uzasadnienie w celach prowadzonego postępowania, zaś Odwołujący jest zdania, że cele niniejszego postępowania mogą zostać osiągnięte niezależnie od wymagania w zakresie wymogu nawiązywania umów o pracę. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający ma możliwość opisu warunków wykonywania zamówienia zgodnie ze swoimi oczekiwaniami, ale nie może w sposób arbitralny, nieuzasadniony swoimi potrzebami preferować określonych rozwiązań i to na zamawiającym ciąży obowiązek

wykazania, iż określony sposób realizacji zamówienia umożliwi mu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienie publicznego. W tym zakresie Odwołujący powołał się na orzecznictwo (wyrok SO w Bydgoszczy sygn. akt II Ca 693/5, wyrok ZA sygn. akt KIO/UZP 270/08 i UZP/ZO/O-1363/04).

Odwołujący wskazał też na dyspozycję art. 29 ust. 4 ustawy Pzp, wprowadzonego nowelizacją Pzp z dnia 29 sierpnia 2014 r., gdzie wprowadzono możliwość domagania się od wykonawców zatrudniania personelu na podstawie umowy o pracę. W związku z tym przepisem Odwołujący podkreślił, że wymóg zatrudnienia na umowę o pracę powinien być dopuszczalny jedynie wówczas, gdy jest to „uzasadnione charakterem zamówienia”, a więc organizacja realizacji zamówienia pociąga za sobą określone miejsce, czas i kierownictwo wykonawcy (podwykonawcy) nad zaangażowanym personelem. W jego ocenie charakter czynności wykonywanych przez personel operatorów pocztowych nie wiąże się z organizacją realizacji zamówienia w określonym miejscu, czasie i pod kierownictwem wykonawcy i charakter takich usług, jak personalizowanie, wydruk, konfekcjonowanie i kopertowanie korespondencji nie wymaga wykonywania ich przez osoby zatrudnione na podstawie umów o pracę. Według niego usługi te mogą być realizowane w sposób należyty także przez osoby zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych. Odwołujący wykazywał, że w przypadku zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę usług świadczonych przez operatorów pocztowych jakość tych usług jest osłabiona, a nie poprawiona, zaś gwarancją należytego świadczenia usług jest odpowiedni system motywacyjny współpracowników oraz należyte zabezpieczenie interesów operatora pocztowego, poprzez odpowiednie uregulowanie zasad odpowiedzialności osób, które wykonują określone czynności w imieniu operatora. Zdaniem Odwołującego prawdziwym jest twierdzenie, że osoby zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych (z uwagi na zapisy umowne, których niejednokrotnie nie dałoby się zastosować w przypadku umów o pracę) nierzadko bardziej przykładają się do nałożonych na nie obowiązków służbowych niż osoby zatrudnione na podstawie umów o pracę. Osoby zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych samodzielnie organizują sposób wykonywania przez nich usług, a ponadto operatorzy prywatni mają możliwość nałożenia na osoby z nimi współpracujące sankcji za wadliwe wykonywania usług lub wykonywanie ich w sposób nienależyty w postaci odpowiedniego zmniejszenia wynagrodzenia za dany miesiąc lub naliczenia kar umownych. W innych formach zatrudnienia niż umowy o pracę współpracownicy wynagradzani są za efekty i jakość swojej pracy w przeciwieństwie do osób zatrudnianych na podstawie umów o pracę, gdzie odpłatność zależy nie od wyniku pracy, ale od staranności wykazanej przy świadczeniu pracy. Jego zdaniem w przypadku umów cywilnoprawnych zatrudniający mogą w większym stopniu uzależnić wysokość wynagrodzenia od realizacji poszczególnych zadań, czy też od osiągnięcia uzgodnionych

wyników, zaś uzależnienie wysokości wynagrodzenia od efektów pracy wpływa w sposób motywujący na osobę świadczącą usługi. Na dowód podniesionych twierdzeń Odwołujący przedłożył wraz z odwołaniem wzory umów cywilnoprawnych, które stosowane są w działalności Odwołującego, które stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Nadto wskazał, że w przypadku zatrudniania w oparciu o umowę o pracę odpowiedzialność pracownika jest ograniczona do wysokości trzykrotności wynagrodzenia (art. 119 kodeksu pracy), a w przypadku umów cywilnoprawnych powyżej opisane ograniczenia nie występują - za szkodę wyrządzoną osobie trzeciej wyłączną odpowiedzialność ponosi współpracownik. Dodatkowo zaś za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez współpracowników zobowiązań wynikających z umów cywilnoprawnych operatorzy prywatni mogą nakładać na współpracowników kary umowne. Ponadto podkreślił, że operator pocztowy zatrudniający w oparciu o umowy cywilnoprawne nie jest pozbawiony kontroli nad swoimi współpracownikami, którzy zobowiązani są przykładowo do: potwierdzenia doręczenia przesyłek na listach wydania, rozliczania się z listy wydań oraz przesyłek niedoręczonych, wystawiania druków awizo. Operator pocztowy pomimo tego, że w wielu przypadkach nie zatrudnia do kolportażu przesyłek osób na podstawie umów o pracę posiada gwarancję należytego wykonania usług przez współpracowników. Operatorzy prywatni dbają o to, aby każda z osób współpracujących z nimi miała świadomość znaczenia usług jakie wykonuje oraz konsekwencji związanych z nienależytym wykonaniem usług, jak również o to, aby każda z tych osób była przeszkolona przed przystąpieniem do świadczenia usług. Wobec powyższego, jego zdaniem, nie można uznać, że umowa o pracę gwarantuje lepszą jakość usług niż umowa cywilnoprawna. W ocenie Odwołującego liczba bezwzględna pracowników zatrudnionych na podstawie umowę o pracę nie ma żadnego znaczenia dla realizacji przedmiotowego zamówienia, zaś faktyczne promowanie lub też prowokowanie przerostu zatrudnienia nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia. Jego zdaniem takie działanie Zamawiającego będzie stanowiło także naruszenie dyscypliny finansów publicznych, gdyż w sytuacji, w której Zamawiający stosuje nieefektywne rozwiązania, które nie wpływają na zabezpieczenie interesów Zamawiającego, a wręcz mogą powodować niegospodarność (kryterium liczby osób zatrudnionych na podstawie umów o pracę nie daje gwarancji lepszej realizacji zamówienia), uznać należy, że Zamawiający nie dba o majątek w sposób należyty. Jego zdaniem wymóg stawiany przez Zamawiającego w zakresie kryteriów oceny ofert nie może zostać uznany za uzasadniony obiektywnym interesem Zamawiającego. Interes Zamawiającego może zostać w pełni zaspokojony także w przypadku wyboru wykonawcy, który będzie realizował zamówienie przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych.

Dodatkowo wskazał, że w pkt 3.2 opisu przedmiotu zamówienia oraz w § 5 wzorca umowy Zamawiający zawarł wymaganie odnoszące się do sposobu wykonywania przedmiotu zamówienia wskazujące brak możliwości powierzenia świadczenia usług personalizowania wydruku, konfekcjonowania, kopertowania korespondencji w niniejszym postępowaniu, z uwagi na specyfikę tych usług związaną z przetwarzaniem danych osobowych w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. t.j. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 z późn. zm.) z jednoczesnym wskazaniem, że do wykonywania tych usług mogą być zatrudnione osoby wyłącznie na podstawie umów o pracę. W ocenie Odwołującego rzeczono czynności mogłyby być wykonywane z powodzeniem także przez osoby zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych. Jego zdaniem w przypadku umów cywilnoprawnych interesy operatorów prywatnych są lepiej zabezpieczone, a odpowiedzialność współpracowników za szkody wyrządzone osobom trzecim nie podlega ograniczeniom, co ma miejsce w przypadku umów o pracę. W związku z powyższym Odwołujący wniósł także o wykreślenie wymogu, zgodnie z którym czynności usług personalizowania, wydruku, konfekcjonowania, kopertowania korespondencji muszą być wykonywane przez osoby zatrudnione przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę.

Co do zarzutu określenia daty rozpoczęcia wykonywania świadczenia datą kalendarzową i braku terminu na uruchomienie świadczeń Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 4 SIWZ termin wykonania zamówienia określono: nie wcześniej niż od dnia 1 stycznia 2015 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. Podkreślił, że Zamawiający jednocześnie w dokumentacji postępowania nie zagwarantował żadnego terminu przyznanego wykonawcom na uruchomienie usług (termin po dniu zawarcia umowy, a przed dniem rozpoczęcia wykonywania świadczeń). Podkreślił, że może się zdarzyć, iż umowa zostanie zawarta w tak krótkim okresie - przed 1 stycznia 2015 r., a wykonawca nie będzie miał możliwości - biorąc pod uwagę zakres świadczeń objętych umową - rozpoczęcia wykonywania zamówienia w wymaganym terminie. Wskazał, że w przypadku usług pocztowych jedną z kluczowych decyzji Zamawiającego w zakresie określenia przedmiotu zamówienia jest wyznaczenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie wykonywania świadczeń. Wskazał, że wiedza, iż przedsiębiorca pocztowy będzie dysponował odpowiednim czasem na dostosowanie własnej infrastruktury do rozpoczęcia wykonywania świadczeń niejako warunkuje samo złożenie oferty, a wykonawcy przygotowując ofertę winni w sposób jednoznaczny móc określić w jakim czasie (liczonym w tygodniach czy miesiącach po zawarciu umowy) będą mogli przygotowywać się do wykonywania świadczeń. Podkreślił, że przed rozpoczęciem wykonywania świadczeń Odwołujący (w odróżnieniu od obecnego usługodawcy Poczty Polskiej S.A.) musiałby przykładowo: a) zabezpieczyć sprzęt logistyczny (m.in. wózki i skrzynie), b) stworzyć i uruchomić aplikację do wymiany danych, c) dostosować placówki



pocztowe do wymogów SIWZ d) uruchomić działania wdrożeniowe w zakresie objętym przedmiotem zamówienia (testy aplikacji, proces ustaleń operacyjnych pomiędzy placówkami Operatora i Nadawcy), e) dostosować system logistyczny do specyfiki zadań Zamawiającego (ustalenie tras logistycznych i harmonogramów). Brak określenia odpowiedniego terminu - w jego ocenie - może skutkować trudnościami w początkowym okresie wykonywania usług, jak przykładowo było w odniesieniu do postępowania na obsługę sądów i prokuratury od 1 stycznia 2014 r. Odwołujący na poparcie swojego stanowiska przywołał wyroki KIO w sprawach: KIO 1126/13, KIO/UZP 707/08, KIO/1756/10, KIO/UZP 1123/10. Podkreślił, że brak takiego terminu stanowi nieuzasadnioną preferencję dla obecnego wykonawcy usług pocztowych, gdyż jedynie w przypadku tego wykonawcy brak terminu na uruchomienie świadczeń nie utrudnia złożenia oferty. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wyznaczenie racjonalnego terminu (w tygodniach/dniach) na rozpoczęcie wykonywania świadczeń od daty zawarcia umowy, a w jego ocenie termin 6 tygodni od daty zawarcia umowy odpowiada realiom rynkowym w tym zakresie.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko w sprawie. Do akt sprawy złożył także pisma procesowe w sprawie (pismo z dnia 24 listopada 2014 r. i z dnia 2 grudnia 2014 r.), w których także podtrzymał swoje stanowisko w sprawie i wniósł o uwzględnienie odwołania. Do pisma procesowego z dnia 24 listopada 2014 r., wykazując liczbę zatrudnionych pracowników w sektorze pocztowym w Poczcie Polskiej S.A. oraz u innych alternatywnych operatorów, przedłożył Raport UKE z rynku usług pocztowych za rok 2013 r. Jednocześnie też wykazywał, że w Poczcie Polskiej S.A. podejmowane są działania zmierzające do zmniejszenia zatrudniania i na tę okoliczność przedłożył wydruki ze stron internetowych Gazety Prawnej z dnia 16 lipca 2014 r. (*„Poczta Polska zrywa z układem. Czy wygra w walce z 70 związkami zawodowymi”*) i z dnia 27 grudnia 2013 r. (*„Poczta Polska: w 2014 roku odejdzie kolejne 4 tys. pracowników”*).

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Złożył także do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 21 listopada 2014 r.), w którym wniósł o odrzucenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego według spisu kosztów, względnie o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie kosztów.

Uzasadniając swój wniosek o odrzucenie odwołania wskazał na art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, podkreślając, że pełnomocnictwo do reprezentowania Odwołującego załączone do odwołania zostało udzielone w dniu 27 czerwca 2014 r., a do odwołania dołączono wydruk z KRS według stanu na dzień 7 października 2014 r., który odpowiada aktualnemu

odpisowi z rejestru przedsiębiorców. Powyższe, w jego ocenie, oznacza, że brak jest w sprawie możliwości ustalenia czy wskazane pełnomocnictwo zostało udzielone przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego. Zamawiający wskazał też, że z treści tego pełnomocnictwa wynika, że wygasa ono z chwilą rozwiązania umowy o pracę, umowy zlecenia lub innej umowy, na podstawie której pełnomocnik świadczył pracę lub usługi na rzecz Odwołującego, zaś do odwołania nie dołączono żadnego dokumentu, z którego treści wynikałoby, że pełnomocnictwo nadal jest aktualnie i nie wygasło. W swoim piśmie, a także w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron, Zamawiający podkreślał, że powyższe braki nie podlegają uzupełnieniu stosownie do dyspozycji art. 187 ust. 3 lub 7 ustawy Pzp, ponieważ dyspozycją tych przepisów objęto tylko niezłożenie pełnomocnictwa lub odpisu z KRS, w tym zakresie na poparcie swojego stanowiska przywołał orzecznictwo KIO (KIO 2157/11 i KIO 1367/13).

Odnosząc się w odpowiedzi merytorycznie do zarzutów odwołania wskazał, że co do pierwszego z nich dotyczącego braku zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w zakresie odnoszącym się do kryterium liczba pracowników, podkreślił, że kryterium to – zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp – jest kryterium odnoszącym się do aspektu społecznego. Według Zamawiającego chybiony jest zarzut, że kryterium to odnosi się do właściwości wykonawcy, ponieważ z jego treści wynika, że odnosi się do realizacji przedmiotu zamówienia, a nie ile osób wykonawca w ogóle zatrudnia. Według niego każdy z wykonawców ma równe prawo zaangażować do realizacji przedmiotu zamówienia jak największą liczbę osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, a Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego choćby w jego przypadku nie było to możliwe. Powołał się także na regulacje dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylającą dyrektywę 2004/18/WE oraz na orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej: ETS) z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie Komisji przeciwko Holandii (sygn.: C-368/10), które odwołują się do aspektów społecznych przy opisywaniu kryteriów oceny ofert oraz do samej kwestii zatrudniania pracowników. Podkreślił też, że kwestionowane kryterium ma niską wagę procentową (10%).

Co do drugiego zarzutu wprowadzenia wymogu zatrudniania osób na podstawie umowy o pracę do realizacji usług personalizowania, wydruku, konfekcjonowania, kopertowania korespondencji objętych przedmiotem zamówienia wskazał na dyspozycję art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, który daje mu podstawę do takiego działania. Wskazał, że powyższe uzasadnione jest specyfiką wskazanych usług związaną z przetwarzaniem danych osobowych w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 1182) i wszelkimi ustawowymi konsekwencjami z tego

wynikającymi, które to czynności muszą być wykonywane przez osoby zatrudnione przez wykonawcę właśnie na podstawie umowy o pracę. W jego ocenie charakter tych usług, mający ścisły związek z przetwarzaniem danych osobowych, obligował go do określenia wskazanego wymogu w SIWZ. Powołał się na art. 31 ust. 1 ustawy o ochronie danych osobowych, zgodnie z którym administrator danych (Zamawiający) może powierzyć innemu podmiotowi (wykonawcy), w drodze umowy zawartej na piśmie, przetwarzanie danych osobowych, zaś zlecenie może dotyczyć zarówno przetwarzania manualnego, jak i przetwarzania realizowanego przy wykorzystaniu technik informatycznych. Wskazał, że zlecenie następuje w drodze umowy cywilnoprawnej zawartej na piśmie, którą jest umowa o świadczenie usług, do której stosuje się przepisy dotyczące umowy zlecenia (art. 750 kc). W ocenie Zamawiającego, gdyby wskazane usługi miały być faktycznie wykonywane przez osoby, z którymi wykonawca ma zawarte cywilnoprawne umowy zlecenia, czyli osoby trzecie, to doszłoby do nieuprawnionego przetwarzania danych przez osoby trzecie, za co bezpośrednią odpowiedzialność poniósłby Zamawiający jako administrator tych danych, dlatego, że umowa cywilnoprawna o przetwarzanie danych osobowych mogłaby być zawarta tylko z wykonawcą, a nie z dalszymi zleceniobiorcami, którzy nie byłoby bezpośrednio uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i Zamawiający nie mógłby bezpośrednio im zlecić przetwarzania danych. Wskazał też na art. 31 ust. 3 ustawy o ochronie danych osobowych, zgodnie z którym podmiot, któremu powierzono w drodze umowy przetwarzanie danych, jest zobowiązany przed rozpoczęciem przetwarzania do podjęcia środków zabezpieczających zbiór danych, o których mowa w art. 36-39 tej ustawy oraz spełnić wymagania określone w art. 39a tej ustawy. Wskazał, że w zakresie przestrzegania tych przepisów podmiot ponosi odpowiedzialność jak administrator danych. Z tych też względów - jego zdaniem – zgodnie ze specyfiką niniejszego zamówienia wskazane obowiązki mogą dotyczyć bezpośredniego wykonawcy, uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie osób trzecich. W innej sytuacji Zamawiający nie miałby żadnych instrumentów prawnych do egzekwowania obowiązków wynikających z zawartej umowy za co ponosiłby bezpośrednią odpowiedzialność jako administrator tych danych. Podkreślił też, że Odwołujący nie udowodnił jak ma przebiegać realizacja tego doniosłego fragmentu opisu przedmiotu zamówienia w zakresie przetwarzania danych osobowych, co jego zdaniem wskazuje na brak świadomości po stronie Odwołującego tego typu konsekwencji wynikających z konieczności ochrony danych osobowych. Podkreślił też, że na przetwarzającym dane ciąży też obowiązek sprawowania kontroli nad tym, jakie dane osobowe, kiedy i przez kogo zostały wprowadzone do zbioru oraz komu są przekazywane. W jego ocenie podmiot przetwarzający dane powinien każdej zatrudnionej osobie, która będzie przetwarzać dane osobowe, nadać indywidualne upoważnienie do przetwarzania

danych oraz powinien prowadzić ewidencję osób upoważnionych do przetwarzania danych osobowych. Musi on też zadbać, aby osoby mające dostęp do danych obowiązane były do zachowania ich w tajemnicy. Na podmiot przetwarzający dane na podstawie umowy z administratorem nałożony jest dodatkowy obowiązek polegający na spełnianiu wymogów określonych w rozporządzeniu w sprawie dokumentacji przetwarzania danych osobowych oraz warunków technicznych i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych. Powyższe - w ocenie Zamawiającego - wskazuje, że charakter czynności będących przedmiotem tej zastrzeżonej przez Zamawiającego części przedmiotu zamówienia, a więc pociągający za sobą określone miejsce, czas i kierownictwo wykonawcy nad zaangażowanym personelem i wszelkie inne wymagania, uzasadnia wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. W związku z tym, że zgodnie z art. 31 ust. 4 ustawy o ochronie danych osobowych w przypadkach zlecenia przetwarzania danych, odpowiedzialność za przestrzeganie przepisów tej ustawy spoczywa na administratorze danych (Zamawiającym), co nie wyłącza odpowiedzialności podmiotu, który zawarł umowę, za przetwarzanie danych osobowych niezgodnie z tą umową, zdaniem Zamawiającego, mógł - zgodnie z art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp - postawić wskazany wymóg w SIWZ. Jego zdaniem nieuzasadniona jest argumentacja Odwołującego o „wyższości umów cywilnoprawnych na umowami o pracę”.

Co do zarzutu braku ustalenia przez Zamawiającego terminu na uruchomienie usług pocztowych podkreślił, że ani z przepisu ustawy Pzp, ani z orzecznictwa KIO nie wynika ogólny obowiązek określenia w SIWZ terminu na rozpoczęcie wykonywania przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie jedyna taka sytuacja – jak wskazał - wynikała z konieczności zachowania takiej przerwy ze względu na warunki techniczne wykonywania danego przedmiotu zamówienia. Zamawiający też powołał się na inną sprawę, w której Odwołujący powołał analogiczny zarzut, a Izba w sprawie KIO 1350/14 oddaliła odwołanie, wskazując, że Zamawiający nie ma obowiązku określać daty rozpoczęcia realizacji zamówienia wyłącznie poprzez wskazanie czasu liczonego od dnia zawarcie umowy, a uprawniony jest również do wskazania daty kalendarzowej. Zamawiający zwrócił też uwagę na postanowienia SIWZ (pkt 5.2), w których Zamawiający opisał warunek wiedzy i doświadczenia wskazujący na doświadczenie wykonawcy w zakresie świadczenia konkretnych usług objętych przedmiotem zamówienia przez okres co najmniej 12 miesięcy. Argumentacja Odwołującego w tym zakresie, wskazując na konieczność podjęcia przez niego określonych prac związanych z uruchomieniem wskazanej usługi, zdaniem Zamawiającego, wskazuje, że w chwili obecnej Odwołujący nie ma wymaganego doświadczenia. Podkreślił też, że do chwili złożenia odpowiedzi na odwołanie Odwołujący nie złożył żadnych zapytań do treści SIWZ w zakresie jakichkolwiek parametrów

technicznych dotyczących aplikacji związanych z wymianą danych. Jego zdaniem nie ma gwarancji, że jeśli Odwołujący dopiero po podpisaniu umowy będzie tworzył i uruchamiał aplikację to wykona to skutecznie i prawidłowo w terminie 6 tygodni, tym bardziej, że w innym postępowaniu twierdził, że wymagany czas jest dwukrotnie dłuższy i wynosi 3 miesiące. W jego ocenie Odwołujący nie wykazał, aby wskazany czas miał jakiegokolwiek znaczenie i uzasadnienie techniczne, stąd też Odwołujący nie uzasadnił wniosku o wyznaczenie odpowiedniego czasu pomiędzy datą zawarcia umowy a datą rozpoczęcia świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia. Podkreślił, że przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług pocztowych, a więc nieskomplikowanych i powtarzalnych, które nie mają szczególnie innowacyjnego charakteru, a okres dwóch miesięcy od ogłoszenia o zamówieniu do możliwie najwcześniejszego terminu rozpoczęcia świadczenia usługi, jest - w ocenie Zamawiającego - wystarczający do przygotowania się do rozpoczęcia jej realizacji i podmiot legitymujący się wymaganym w ramach opisu warunku doświadczeniem nie powinien mieć żadnych problemów z rozpoczęciem świadczenia takich samych usług tyle, że dla kolejnych podmiotów.

Zamawiający w efekcie wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz na podstawie spisu kosztów: polecenia wyjazdu służbowego i faktury składanej do akt sprawy, określonych kosztów postępowania, tj. kosztów: wynagrodzenia pełnomocnika – 3 600 zł, kosztów przejazdu na rozprawę w dniu 24.11.2014 r. – 605,12 zł, kosztów diety – 30 zł, opłaty parkingowej – 15 zł, przyjazdu na rozprawę w dniu 03.12.2014 r. – 390,42 zł, kosztów diety – 30 zł i opłaty parkingowej – 15 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, jak również dokumenty złożone przez Odwołującego, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

Izba oddaliła w tym zakresie wniosek zgłoszony przez Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na to, iż odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony ze względu na dołączenie do odwołania pełnomocnictwa z dnia 27 czerwca 2014 r. dla osoby podpisującej się pod odwołaniem,

w sytuacji gdy do odwołania dołączono odpis z KRS ze stanem na dzień 7 października 2014 r., co uniemożliwiało weryfikację, czy osoba udzielająca pełnomocnictwo była uprawniona do działania w imieniu Odwołującego. Na powyższe, zdaniem Zamawiającego, w szczególności wskazuje adnotacja zawarta w przedłożonym odpisie z KRS, iż w dniu 19 września 2014 r. w KRS wprowadzono zmianę. Zamawiający wskazał też, że pełnomocnictwo zgodnie z jego treścią miało charakter czasowy, wygasało w określonej dacie: 31 grudnia 2014 r., jak również w przypadku rozwiązania umowy o pracę, umowy zlecenia lub innej umowy, na podstawie której pełnomocnik świadczy pracę lub usługi na rzecz Odwołującego. Rozpoznając ten wniosek Izba stwierdziła, że z uwagi na informację zawartą w załączonym odpisie KRS o wcześniejszych zmianach w tym dokumencie, konieczne jest wezwanie Odwołującego do uzupełnienia braków formalnych odwołania w trybie art. 187 ust. 3 i 7 ustawy Pzp. Zdaniem Izby powyższe braki odwołania są usuwalne w trybie wskazanych przepisów, co również potwierdza orzecznictwo sądowe. W związku z powyższym w tej sprawie zostało skierowane wezwanie do Odwołującego do uzupełnienia braków formalnych odwołania, w wyniku którego Odwołujący w wyznaczonym terminie uzupełnił odwołanie o pełny odpisu z KRS oraz dodatkowo o zaświadczenia z dnia 25 listopada 2014 r. o zatrudnieniu u Odwołującego osoby, której zostało udzielone pełnomocnictwo, w okresie od 1 czerwca 2014 r. do 30 czerwca 2014 r. na podstawie umowy o pracę na czas określony. Izba uznała, że dokumenty te potwierdzają umocowanie osoby podpisującej odwołanie do jego złożenia imieniu Odwołującego.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania, wskazując na określone postanowienia SIWZ – w jego ocenie - utrudniające mu dostęp do niniejszego zamówienia. Odwołujący zatem w wystarczający sposób wykazał się możliwością uzyskania niniejszego zamówienia publicznego w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania i w konsekwencji potencjalną możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z nie udzieleniem mu niniejszego zamówienia.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poprzez publikację ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 30 października 2014 r.

Zamawiający w SIWZ w pkt 3 dokonał opisu przedmiotu zamówienia, wskazując m.in. w pkt 3.2, iż dopuszcza możliwość powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom, z wyłączeniem świadczenia usług personalizowania, wydruku, konfekcjonowania, kopertowania korespondencji, z uwagi na specyfikę tych usług związaną z przetwarzaniem danych osobowych w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych i wszelkimi ustawowymi konsekwencjami z tego wynikającymi, które to czynności muszą być wykonane przez osoby zatrudnione przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę.

Zamawiający w pkt 13.1 SIWZ określił kryteria oceny ofert, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej, wskazując na: cenę – 80%, liczbę osób, które będą zatrudnione do realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę - 10%, liczbę stałych placówek pocztowych, w których będą odbierane przesyłki – 5% i liczbę dni, w których możliwe będzie sprawdzanie historii „śledzenia” przesyłek – 5%.

Zamawiający w SIWZ jako załącznik nr 7 do SIWZ określił wzór wykazu pracowników, w którym należy uwzględnić osoby, które będą zatrudnione do realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę ze wskazaniem: stanowiska (funkcji), miejsca wykonywania pracy (np. placówka pocztowa, obszar działania), miejscowość, w której będzie zatrudniony pracownik oraz wymiar czasu pracy.

W istotnych postanowieniach umowy (wzorce umowy), określonych w załączniku nr 6 do SIWZ (§ 5 ust. 1) Zamawiający przewidział także weryfikację na etapie realizacji zamówienia kwestii dotyczącej zatrudniania pracowników do realizacji przedmiotu zamówienia przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę.

Zamawiający w pkt 4 SIWZ określił termin realizacji zamówienia poprzez wskazanie: „nie wcześniej niż od dnia 01 stycznia 2015 r. do dnia 31 grudnia 2015 r.”

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając

dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w jej znowelizowanym brzmieniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, poprzez wprowadzenie do postanowień SIWZ kryterium oceny ofert: liczba pracowników, Izba uznała zarzut za niezasadny.

W ocenie Izby nieuzasadnione są twierdzenia Odwołującego o ograniczającym konkurencję charakterze wskazanego kryterium oceny ofert. Odwołujący na potwierdzenie tego stanowiska powoływał się na preferowanie w tym zakresie podmiotu, który do niedawna był monopolistą na polskim rynku usług objętych przedmiotem zamówienia (Poczta Polska S.A.), który - w przeciwieństwie do Odwołującego - zatrudnia na podstawie umowy o pracę dużą ilość osób. Wskazywał też, że takiego rodzaju kryterium (ograniczające konkurencję) musi znaleźć uzasadnienie w celach prowadzonego postępowania, co powinien uzasadnić Zamawiający. Podkreślił, że - w jego ocenie – cele te zostaną zrealizowane niezależnie od opisanego w SIWZ kryterium oceny ofert, także poprzez zapewnienie oddelegowania do realizacji przedmiotowego zamówienia osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał w żaden sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Naturalnym stanem rzeczy jest sytuacja, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy konkurują ze sobą na zasadach uczciwej konkurencji, w oparciu o różne kryteria oceny ofert opisane przez Zamawiającego. Obecnie ustawodawca w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp wprowadził nawet co do zasady obowiązek stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert. Naturalnym także jest, że jednego rodzaju kryteria spełniają „lepiej” jedni wykonawcy, a inni „gorzej”. Taki bowiem jest charakter kryteriów oceny ofert. Zamawiający w oparciu o przepisy ustawy Pzp nie ma obowiązku precyzowania kryteriów oceny ofert w taki sposób, aby w równym stopniu spełniać oczekiwania każdego z wykonawców na danym rynku dostaw, usług czy robót budowlanych. Powyższe mogłoby nawet prowadzić do ograniczenia możliwości praktycznego wykorzystania przez Zamawiającego pozacenowych kryteriów oceny ofert w postępowaniu. Byłoby to sprzeczne z celem, jaki ustawodawca założył przy tworzeniu aktualnie obowiązujących w tej mierze przepisów ustawy Pzp. Zastosowanie przez Zamawiającego tego rodzaju kryterium oceny ofert stanowi także odpowiedź na oczekiwania ustawodawcy co do stosowania przez zamawiających kryteriów o charakterze społecznym (art. 91 ust. 2 ustawy Pzp) i preferowania stosunku pracy dla osób fizycznych, które



faktycznie wykonują prace związane z realizacją zamówienia publicznego. Kwestionowane przez Odwołującego kryterium oceny ofert ma przypisaną wagę procentową na poziomie 10%, co – zdaniem Izby – pozwala wykonawcom, którzy nie preferują w swojej polityce biznesowej stosunków pracy w oparciu o Kodeks pracy, na konkurowanie w postępowaniu z innymi wykonawcami w oparciu o pozostałe kryteria oceny ofert określone w SIWZ, w tym przede wszystkim kryterium cenowe. Nie można także zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że kryterium to ma na celu wyłącznie preferowania konkretnego wykonawcy, który będzie mógł wykazać do realizacji zamówienia nieograniczoną ilość osób, bez względu na faktyczne zapotrzebowanie w tym zakresie związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Kwestionowane kryterium oceny ofert odnosi się bowiem wprost do pracowników, którzy będą wykorzystywani *stricto* do realizacji niniejszego zamówienia. Na powyższe wskazują wymagany na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego szczegółowy wykaz osób, a także postanowienia umowne, które dają prawo Zamawiającemu badania powyższego także na etapie realizacji zamówienia.

Z tych też względów Izba uznała, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia wskazanego w zakresie tego zarzutu w odwołaniu przepisu ustawy Pzp (art. 7 ust. 1).

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego o naruszeniu w tym zakresie przez Zamawiającego dyscypliny finansów publicznych Izba stwierdza, że w oparciu o art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest uprawniona do oceny czynności i zaniechań Zamawiającego w kontekście ich zgodności z przepisami ustawy Pzp. Izba nie posiada uprawnień do oceny działań Zamawiającego w zakresie przepisów ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. t.j. Nr 240, poz. 1429), choć niewątpliwie podkreślenia wymaga, że Odwołujący w tym zakresie nie wskazał na popełnienie przez Zamawiającego żadnego konkretnego czynu dyscypliny finansów publicznych, na które wskazują przepisy przywołanej ustawy.

Izba, dokonując oceny tego zarzutu odwołania, nie dokonała oceny wskazanego kryterium oceny ofert pod kątem zgodności z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, tj. czy kryterium to nie dotyczy właściwości wykonawcy, a więc czy nie ma charakteru podmiotowego. Wskazany zarzut nie był w żaden sposób sformułowany w treści odwołania, zaś Izba - zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp (art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1), poprzez wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia, że

określone usługi objęte przedmiotem zamówienia (personalizowanie, wydruk, konfekcjonowanie i kopertowanie korespondencji) muszą być wykonywane przez osoby zatrudnione przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odwołujący wykazywał w ramach tego zarzutu, że zgodnie z art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający może skorzystać z uprawnienia żądania zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę osób do realizacji zamówienia tylko w uzasadnionych przypadkach – ze względu na charakter zamówienia. Wykazywał on też, że zatrudnianie pracowników w oparciu o umowy cywilnoprawne jest korzystniejsze dla Zamawiającego z punktu widzenia jakości świadczonych usług. Powoływał się w tym zakresie także na własne doświadczenia i stosowane przez niego w takich przypadkach wzory umów cywilnoprawnych.

Izba nie może zgodzić się z przywołanymi twierdzeniami Odwołującego. Zgodnie z art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający ma możliwość wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia postanowień wskazujących na obowiązek zatrudniania na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności. W ocenie Izby w stanie faktycznym niniejszej sprawy ów przepis znajduje zastosowanie. Niewątpliwie w tym przypadku mamy do czynienia z zamówieniem na realizację usług. Zdaniem Izby Zamawiający uzasadnił także przedmiot kilku wyspecyfikowanych przez niego usług z całego opisu przedmiotu zamówienia, które powinny być świadczone przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę wybranego do realizacji zamówienia. Uzasadnienie to związane jest z ochroną danych wrażliwych (np. dane osobowe i wizerunek osób naruszających przepisy o ruchu drogowy), które będą stanowiły przedmiot wysyłki w ramach niniejszego przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazywał tutaj szereg okoliczności związanych z wymogami ustawy o ochronie danych osobowych (określone działania i środki techniczne oraz organizacyjne zapewniające ochronę przetwarzanych danych osobowych przez administratora tych danych – art. 36 wskazanej ustawy, konieczność dopuszczenia do przetwarzania danych osobowych wyłącznie osób posiadających stosowne upoważnienie nadane przez administratora danych – art. 37 wskazanej ustawy, kontrola nad przekazywaniem danych osobowych sprawowana przez administratora – art. 38 wskazanej ustawy). Wymogi te - w ocenie Izby - stanowią uzasadnienie po stronie Zamawiającego ze względu na przedmiot tych usług, do stawiania przywołanego wymogu w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Izba dokonała analizy postanowień wzorów umów cywilnoprawnych, które przedłożył Odwołujący jako dowód w sprawie dla wykazania właściwego zabezpieczenia jakości

realizowanych usług pocztowych w ramach umów cywilnoprawnych. Analiza tych postanowień wskazuje, że Odwołujący *de facto* wykazał, że usługi objęte przedmiotem zamówienia wymagają szczególnego zabezpieczenia i wskazują na elementy istotne dla stosunku pracy, o którym mowa w art. 22 § 1 Kodeksu pracy (pracownik zobowiązuje się do wykonywania określonego rodzaju pracy na rzecz pracodawcy, pod jego kierunkiem, w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca do zatrudnienia za określonym wynagrodzeniem). Izba zauważyła nawet, że niektóre dokumenty związane ze stosunkiem cywilnoprawnym stosowane przez Odwołującego – jak wskazał - w praktyce wprost odwołują się do regulacji Kodeksu pracy. Dokumenty te zostały objęte przez Odwołującego tajemnicą przedsiębiorstwa, stąd też Izba nie odnosi się szczegółowo do tych kwestii w niniejszym uzasadnieniu. Powyższe jednak wskazuje wyraźnie, że można w tym przypadku mówić o stosunku pracy, stąd też uzasadnione jest oczekiwanie Zamawiającego opisane w pkt 3.2 SIWZ, także z punktu widzenia charakteru czynności objętych wskazanym wymogiem SIWZ.

Izba nie może zgodzić się z argumentacją Odwołującego o tym, że wymóg zatrudniania do realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia na podstawie stosunku pracy jest nieuzasadniony, ponieważ zlecenie realizacji wskazanych usług w ramach umów cywilnoprawnych jest korzystniejsze dla Zamawiającego z punktu widzenia przede wszystkim ich jakości, a także dodatkowych zabezpieczeń podmiotu zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że regulacja, w oparciu o którą Zamawiający wprowadził do SIWZ wskazany wymóg zatrudniania pracowników ma charakter klauzuli społecznej dopuszczonej do polskiej ustawy Pzp przez ustawodawcę krajowego, a także wskazywanej jako jak najbardziej pożądaną także przez ustawodawcę europejskiego. Stosowanie w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego tej klauzuli potwierdza też działania polskiego ustawodawcy nakierowane na ochronę stosunku pracy. Uwzględniając powyższe irrelevantna jest zatem ocena przez Izbę okoliczności przywoływanych przez Odwołującego jako wskazujących na korzystniejsze dla Zamawiającego korzystanie przy wykonywaniu zamówienia z osób zatrudnionych w oparciu o umowy cywilnoprawne, w odróżnieniu od zatrudniania osób w oparciu o umowę o pracę.

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia wskazanych w zakresie tego zarzutu w odwołaniu przepisów ustawy Pzp (art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 4 pkt 4).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp (art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1), poprzez brak wskazania w opisie przedmiotu zamówienia określonego terminu na uruchomienie usług pocztowych, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odwołujący w ramach tego zarzutu wykazywał, że niezbędny jest konkretny termin przed właściwym rozpoczęciem świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia. Wykazywał tutaj, jakie konkretnie czynności będzie zmuszony w tym czasie podjąć w przeciwieństwie do Poczty Polskiej S.A., aby należycie, bez trudności, rozpocząć świadczenia usług pocztowych.

Zdaniem Izby argumentacja przedstawiona w tym zakresie przez Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Obowiązujące przepisy ustawy Ppz nie przewidują obowiązku na określenie przez Zamawiającego takiego terminu. Powyższe w niniejszej sprawie z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia także nie prowadzi – zdaniem Izby - do utrudniania uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), ani też nie stanowi jakichkolwiek niejasności, czy też braku precyzji przy opisie przedmiotu zamówienia. Argumentacja prezentowana przez Odwołującego może wskazywać wprost jedynie na sytuację Odwołującego, który – jak sam wykazywał - nie jest stanie podjąć się realizacji usług pocztowych na rzecz Zamawiającego z uwagi na m.in. niezabezpieczenie przez niego sprzętu logistycznego, brak określonej aplikacji do wymiany danych, nieprzystosowanie placówek pocztowych do wymogów Zamawiającego. Wykazywane przez Odwołującego okoliczności związane są ściśle indywidualnie z jego sytuacją, możliwościami adaptacyjnymi oraz organizacją logistycznych przedsięwzięć w ramach prowadzonego przedsiębiorstwa. Charakter usług pocztowych wskazuje na konieczność wykazywania się przez przedsiębiorcę świadczącego tego rodzaju usługi taką organizacją swojego przedsiębiorstwa, która zapewnia szczególną mobilność tego przedsiębiorcy, pozwalającą na bezkolizyjne świadczenie usług pocztowych począwszy od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie opisanym konkretną datą. Powyższe jest również w szczególności uzasadnione, biorąc pod uwagę, że Zamawiający w ramach opisu warunków udziału w postępowaniu wymagał w tym zakresie od wykonawców odpowiedniej wiedzy i doświadczenia w wykonywaniu podobnych usług.

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia wskazanych w zakresie tego zarzutu w odwołaniu przepisów ustawy Pzp (art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1).

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł

oraz na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. a) wskazanego rozporządzenia – koszty dojazdu na posiedzenie Izby w dniu 24 listopada 2014 r. w kwocie: 605,12 zł,
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie: 3 600,00 zł,
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) wskazanego rozporządzenia – koszty diet pracownika Zamawiającego, ustanowionego pełnomocnikiem w sprawie w kwocie: 60,00 zł.

Izba uznała za nieuzasadnione koszty Zamawiającego związane z dojazdem na posiedzenie Izby i rozprawę w dniu 3 grudnia 2014 r. w kwocie 390,42 zł oraz koszty opłaty parkingowej w łącznej kwocie 30,00 zł z racji braku przedłożenia w tym zakresie przez Zamawiającego rachunków wymaganych przepisami wskazanego rozporządzenia. Co do kosztów przejazdu Zamawiający wskazał na koszt zakupu paliwa i w tym zakresie nie przedstawił rachunku. Za takowy nie można uznać spisu kosztów wystawionego przez samego Zamawiającego z uwagi na to, iż Zamawiający nie był sprzedawcą paliwa i nie miał tym samym uprawnień do wystawiania rachunku. Podobnie Izba uznała, jeśli chodzi o koszty opłaty parkingowej – żaden rachunek w tym zakresie nie został przedstawiony, zaś ujęcie tych kosztów w spisie kosztów wystawionym przez Zamawiającego nie można uznać za właściwy rachunek, ponieważ sprzedawcą usługi parkingowej nie był Zamawiający.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....