Sygn. akt: KIO 358/12

WYROK
z dnia 29 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2012 r. przez wykonawcę **Aeroklub Poznański im. Wandy Modlibowskiej, 62-006 Lotnisko Kobylnica** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Aeroklub Poznański im. Wandy Modlibowskiej, 62-006 Lotnisko Kobylnica** i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Aeroklub Poznański im. Wandy Modlibowskiej, 62-006 Lotnisko Kobylnica** tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **Aeroklub Poznański im. Wandy Modlibowskiej, 62-006 Lotnisko Kobylnica** na rzecz zamawiającego: **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa,** stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Warszawie.**

Przewodniczący: ……..…..……

Sygn. akt: KIO 358/12

Uzasadnienie

Zamawiający: Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego w przedmiocie „Loty śmigłowcem celem kontroli gazociągów przesyłowych Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A." (Część nr 1 -„Loty śmigłowcem celem kontroli gazociągów przesyłowych Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. - Oddział Poznań"). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 grudnia 2011 r., nr publikacji: 2011/S 250-408710.

Zamawiający pismem z dnia 9 lutego 2012 r. przekazanym wykonawcom, w tym odwołującemu, w dniu 10 lutego 2012 r. wykluczył wykonawcę Aeroklub Poznański im. Wandy Modlibowskiej, 62-006 Lotnisko Kobylnica z udziału w przedmiotowym postępowaniu w Części nr 1 zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zamawiający stwierdził, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w Sekcji.2.3) pkt 3 ogłoszenia, tj. przedłożenia oświadczenia, iż posiada certyfikat na usługi lotnicze AWC wydany lub uznany (w przypadku podmiotów zagranicznych) przez Urząd

Lotnictwa Cywilnego uprawniający do wykonywania lotów patrolowych i inspekcyjnych AW-2.

Aeroklub Poznański im. Wandy Modlibowskiej, Lotnisko Kobylnica, wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Pzp":
- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
- art. 51 ust. 1 w związku z art. 51 ust. 2 i 3 Pzp, przez zaniechanie wskazania odwołującego jako wykonawcy, który zostanie zaproszony do składania ofert,
- art. 7 ust. 1 Pzp, przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art. 48 ust. 2 pkt 6 i 7 Pzp, przez nieprecyzyjne opisanie w ogłoszeniu o zamówieniu warunków, jakie powinien spełniać wykonawca oraz nieprecyzyjnym oznaczeniu dokumentów odnoszących się do kwalifikacji technicznych wykonawców (certyfikat AWC), które powinny zostać dołączone do wniosku o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu; nie każdy bowiem certyfikat AWC o kategorii AW-2 będzie uprawniał do patrolowania gazociągów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

2) określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób umożliwiający wystąpienie do Urzędu Lotnictwa Cywilnego o certyfikat na usługi lotnicze AWC uprawniający do wykonywania lotów patrolowych i inspekcyjnych AW-2,
3) dokonania ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, iż w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 25 stycznia 2012 r. wzywające do przedłożenia oświadczenia m.in. o posiadaniu certyfikatu AWC w kategorii AW-2 odwołujący wyjaśnił, że „po otrzymaniu od zleceniodawcy specyfikacji specjalistycznej aparatury bez zbędnej zwłoki przygotuje śmigłowiec do lotów w kategorii AW2 zgodnie z wymogami przepisów lotniczych" (pismo odwołującego z dnia 31 stycznia 2012 r.). Odwołujący podał, że „jeśli chodzi o rozszerzenie zakresu certyfikatu AWC do kategorii usług AW-2 (loty patrolowe i inspekcyjne z użyciem specjalistycznej aparatury pokładowej) to wpis do specyfikacji operacyjnej AWC wydawany jest na indywidualny wniosek podmiotu wykonującego takie loty dla konkretnego statku powietrznego łącznie z konkretną aparaturą oraz jej mocowaniem (vide: pismo z Urzędu Lotnictwa Cywilnego z dnia 27 stycznia 2012 r. dot. wykonywania lotów w kategorii AW-2). Innymi słowy, każda aparatura specjalistyczna mocowana na płatowcu wymaga oddzielnego zatwierdzenia i wykonuje się to pod konkretne zlecenie ze względu na możliwe różnice w użytym sprzęcie. Posiadanie certyfikatu AWC z kategorią lotów AW-2, przez jakikolwiek podmiot dotychczas wykonujący loty patrolowe i inspekcyjne, nie jest równoznaczne z możliwością patrolowania gazociągów, ponieważ każde rozszerzenie certyfikatu AWC o kategorię AW-2 odnosi się do konkretnego zestawienia statek powietrzny - aparatura - mocowanie."

Odwołujący wskazał, iż w odpowiedzi na zapytanie odwołującego w sprawie wykonywania lotów kategorii AW-2 Urząd Lotnictwa Cywilnego stwierdził, że w przypadku zwiększenia zakresu Specyfikacji Operacyjnej Certyfikatu należy poddać się procedurze rozszerzającej, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 06 maja 2003 r. w sprawie certyfikacji działalności w lotnictwie cywilnym (Dz.U. Nr 146, poz. 1421 ze zm.). Nadto, do wniosku należy dołączyć specyfikację techniczną aparatury specjalistycznej wraz z informacją o sposobie jej zamontowania na statku powietrznym (pismo z dnia 27 stycznia 2012 r., pismo z dnia 30 stycznia 2012 r.).

Zdaniem odwołującego, w ogłoszeniu o zamówieniu określono warunki udziału w postępowaniu w zakresie dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sposób niezgodny z przepisami Pzp. Odwołujący podkreślił, że jest to element postępowania, którego nie można modyfikować, w szczególności po złożeniu ofert, dlatego też postępowanie powinno podlegać unieważnieniu, gdyż zamawiający naruszył przepisy art. 48 ust. 2 pkt 6 i 7 Pzp, przez podanie wymogu bez określenia go, a zwłaszcza bez zamieszczenia w ogłoszeniu informacji dotyczącej specyfikacji technicznej aparatury specjalistycznej i jej montażu na statku

powietrznym. Wskazał, iż sformułowanie warunków udziału w postępowaniu oraz dokonanie opisu sposobu oceny spełniania tych warunków w ogłoszeniu o zamówieniu w sposób szczegółowy i precyzyjny ma szczególne znaczenie w przetargu ograniczonym, bowiem ogłoszenie jest jedynym dokumentem, z którego wykonawcy mogą zasięgnąć wiedzę o wymaganiach zamawiającego i wyłącznie na tej podstawie przygotować wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Nieprecyzyjne postawienie wymagań w Sekcji III.2.3 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu ogranicza w sposób nieuzasadniony krąg podmiotów mogących zostać wykonawcami. Postawienie nieścisłego warunku utrudnia uczciwą konkurencję, a wykonawcy nie mogą złożyć dokumentu zgodnie z wymaganiami zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający nie złożył na piśmie odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając stanowiska stron postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, a tym samym posiada legitymację do wniesienia odwołania.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp.

Zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 48 ust. 2 pkt 6 i 7 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, przez nieprecyzyjne opisanie w ogłoszeniu o zamówieniu warunków, jakie powinien spełniać wykonawca oraz nieprecyzyjne oznaczenie dokumentów odnoszących się do kwalifikacji technicznych wykonawców (certyfikat AWC), które powinny zostać dołączone do wniosku o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu, bowiem nie każdy certyfikat AWC o kategorii AW-2 będzie uprawniał do patrolowania gazociągów, został podniesiony po upływie terminu na wniesienie odwołania w powyższym zakresie i dlatego nie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec

---

treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2011/S 250-408710 w dniu 29 grudnia 2011r. Wobec powyższego, termin na wniesienie odwołania wobec treści opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym w zakresie kwalifikacji technicznych, zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu upłynął w dniu 9 stycznia 2012 r. (biorąc pod uwagę, iż dzień 8 stycznia 2012 r. był dniem wolnym od pracy). Odwołanie w powyższym zakresie zostało wniesione w dniu 20 lutego 2012 r., a zatem po upływie ustawowego terminu. Stosownie do art.189 ust. 2 pkt 3 Pzp, odwołanie w zakresie tego zarzutu nie podlegało rozpoznaniu. Termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i w związku z tym nie podlega przywróceniu.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, w wyniku wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, Izba uznała za niezasadny.

W sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający zawarł opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji technicznych wykonawców. W pkt 3 wymagał, aby wykonawcy posiadali uprawnienia, tj. certyfikat na usługi lotnicze AWC wydany lub uznany (w przypadku podmiotów zagranicznych) przez Urząd Lotnictwa Cywilnego uprawniający do wykonywania lotów

patrolowych i inspekcyjnych AW-2 i lotów usługowych AW-7, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. Prawo Lotnicze (Dz. U. nr 62, poz. 718 ze zm.). W celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku zamawiający wymagał przedłożenia przez wykonawcę oświadczenia (pkt 3 j.w.), że posiada certyfikat na usługi lotnicze AWC wydany lub uznany (w przypadku podmiotów zagranicznych) przez Urząd Lotnictwa Cywilnego uprawniający do wykonywania lotów patrolowych i inspekcyjnych AW-2 i lotów usługowych AW-7. Literalne brzmienie powyższego wymagania jest jednoznaczne i nie wymaga dodatkowej wykładni.

Do złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwołujący załączył oświadczenie, że posiada certyfikat na usługi lotnicze AWC wydany przez Urząd Lotnictwa Cywilnego. Oświadczenie to nie odnosi się jednak do pozostałej części warunku, tj. do wymogu posiadania certyfikatu kategorii AW-2 i AW-7.

W związku z brakiem złożenia oświadczenia we wskazanym powyżej zakresie, w dniu 25 stycznia 2012 r. zamawiający wezwał odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia w terminie do dnia 31 stycznia 2012 r. wymaganego oświadczenia,

potwierdzającego spełnianie warunku, tj. oświadczenia, że wykonawca posiada certyfikat na usługi lotnicze AWC wydany lub uznany (w przypadku podmiotów zagranicznych) przez Urząd Lotnictwa Cywilnego uprawniający do wykonywania lotów patrolowych i inspekcyjnych AW-2 i lotów usługowych AW-7.

Pismem z dnia 31 stycznia 2012 r. odwołujący przesłał do zamawiającego ponownie oświadczenie o posiadaniu certyfikatu na usługi lotnicze AWC, do którego załączył dodatkowo wyjaśnienie dotyczące procedury rozszerzenia certyfikatu AWC do kategorii usług AW-2 oraz oświadczenie, iż może prowadzić patrolowanie w kategorii AW-7. Odwołujący załączył także pismo z dnia 27 stycznia 2012 r. Urzędu Lotnictwa Cywilnego oraz oświadczenie firmy Robinson Authorized Service Center LARS Helicoptercenter - Andrzej Szymański „LARS" w Poznaniu z dnia 26 stycznia 2012 r. (autoryzowana stacja obsługi), że firma ta „ma możliwość dokonania niezwłocznej modyfikacji na płatowcu śmigłowca Robinson na zlecenie Aeroklubu Poznańskiego. W tym celu niezbędne jest dostarczenie przez zleceniodawcę lub użytkownika aparatury specjalistycznej do patrolowania wraz z właściwa dokumentacją techniczną". W dniu 3 lutego 2012 r. odwołujący przesłał do zamawiającego faksem oświadczenie datowane na dzień 31 stycznia 2012 r., w którym odwołujący potwierdził, iż posiada certyfikat na usługi lotnicze AWC wydany przez Urząd Lotnictwa Cywilnego uprawniający do wykonywania lotów usługowych AW-7, a także oświadczył, że w przypadku konieczności wykonywania lotów w kategorii AW-2, certyfikat na usługi lotnicze AWC wydany przez Urząd Lotnictwa Cywilnego uprawniający do wykonywania lotów patrolowych i inspekcyjnych AW-2 posiada bezpośredni podwykonawca Aeroklubu Poznańskiego i loty zostaną zrealizowane przy współpracy z bezpośrednim podwykonawcą. Odwołujący oświadczył ponadto, że po otrzymaniu od zamawiającego specyfikacji specjalistycznej aparatury bez zbędnej zwłoki przygotuje śmigłowiec do lotów w kategorii AW-2, zgodnie z wymogami przepisów lotniczych.

Uwzględniając powyższe okoliczności sprawy, należało stwierdzić, że odwołujący nie złożył w przedmiotowym postępowaniu wymaganego oświadczenia o posiadaniu certyfikatu AWC w kategorii usług AW-2. Odwołujący nie złożył takiego oświadczenia we wniosku i nie uzupełnił go w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wyjaśnienia odwołującego odnośnie procedury uzyskiwania certyfikatu nie mają znaczenia w świetle brzmienia omawianego warunku. Podkreślić należy, że skoro opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie został skutecznie w stosownym terminie zakwestionowany przez odwołującego w trybie odwoławczym, to jest on wiążący wobec wszystkich wykonawców, a także wobec zamawiającego, który wyłącznie w oparciu o zawarty w ogłoszeniu opis warunków udziału oraz wymaganych oświadczeń i dokumentów, jest zobowiązany dokonać oceny spełniania tych warunków przez wykonawców. Podkreślić należy także, iż fakt spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy muszą wykazać na dzień

składania ofert lub na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jednakowe reguły, wymagania i warunki muszą być stosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wobec wszystkich wykonawców. Wykonawca, który nie podważał,

na etapie publikacji ogłoszenia o zamówieniu, treści warunku udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny jego spełniania, nie może następnie - na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - domagać się odstąpienia przez zamawiającego od określonych w ogłoszeniu reguł lub ich zmiany bo nie jest w stanie wykazać spełniania danego warunku w wymaganym terminie.

Izba zważyła również, że oświadczenie przesłane przez odwołującego w dniu 3 lutego 2012 r. odnośnie podwykonawcy, posiadającego wymagany certyfikat, nie może być uznane za potwierdzające spełnianie omawianego warunku udziału w postępowaniu przez odwołującego. Dokument ten potwierdza stan rzeczy na dzień 31 stycznia 2012 r., a zatem nie na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a ponadto został złożony po upływie terminu wskazanego przez zamawiającego na uzupełnienie dokumentów. Nie można także pominąć faktu, że odwołujący w złożonym wniosku nie powoływał się na zdolności techniczne innego podmiotu, który zobowiązał się do udostępnienia odwołującemu swoich zasobów w trybie art. 26 ust. 2b Pzp.

Tym samym Izba podzieliła stanowisko zamawiającego w niniejszej sprawie, iż odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego potencjału technicznego, opisanego w sekcji III.2.3. pkt 3 ogłoszenia o zamówieniu. Ponieważ wykonawca był wzywany przez zamawiającego do uzupełnienia wymaganego oświadczenia, to ponowne wezwanie odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w tym samym zakresie jest niedopuszczalne.

Z uwagi na fakt, że wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu jest w pełni uzasadnione, odwołujący nie podlegał zaproszeniu do składania ofert, stosownie do art. 51 ust. 1 w związku z art. 51 ust. 2 i 3 Pzp. Nie jest zasadny zatem zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 51 ust. 1 w zw. z art. 51 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba nie stwierdziła także naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w wyniku czynności badania i oceny złożonego przez odwołującego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu co do wymaganych kwalifikacji technicznych.

W oparciu o powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……..……