

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 sierpnia 2013 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Andrzej Sobieszczański

Sędziowie: SO Małgorzata Siemianowicz - Orlik (spr.)
SR del. Anna Janas

Aneta Kowalczyk

Protokolant:

po rozpoznaniu w dniu 7 sierpnia 2013 r. w Warszawie
na rozprawie

sprawy odwołania Polskich Linii Lotniczych S.A. w Warszawie
z udziałem Poczty Polskiej S.A. w Warszawie
o zamówienie publiczne

na skutek skargi Polskich Linii Lotniczych S.A. w Warszawie
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie
z dnia 6 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1209/13

I. oddala skargę,

II. zasądza od Polskich Linii Lotniczych S.A. w Warszawie na rzecz Poczty
Polskiej S.A. w Warszawie kwotę 1 800 zł (tysiąc osiemset złotych) tytułem

kosztów postępowania skargowego.

NaAryginalne właściwe podpis'
zawodność

• / STARSZY sB\$SWsA00M

XXIII Ga 1112/13

UZASADNIENIE

Odwołujący Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. w Warszawie wniósł
odwołanie wobec czynności zamawiającego Poczta Polska S.A. w Warszawie,

prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w ramach zamówień sektorowych na świadczenie dla zamawiającego usług przewozu ładunków pocztowych drogą lotniczą. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art.29 ust.2 w zw. z art.7 ustawy - Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp) - przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję polegającym na zamieszczeniu w załączniku 1 do siwz zawierającym opis przedmiotu zamówienia niejasnych zapisów pkt.3 ust.4 i 6, pkt.8 ust.1 a i pkt. 8 ust.2, pkt.7 ust.4 i 6, które naruszają zasadę równego traktowania wykonawców, art.29 ust.1 pzp przez dokonanie opisu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący, za pomocą nie dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, co może mieć wpływ na sporządzenie oferty polegającego na umieszczeniu w załączniku 1 siwz zawierającego opis przedmiotu zamówienia, niejednoznacznych i niejasnych zapisów pkt.6 ust.1, pkt.7 i 7 ust.4 i 6, art.471 kc w zw. z art.14 i 139 pzp poprzez wprowadzenie do postanowień umowy stanowiącej załącznik nr 4 do siwz zapisu par.9 ust.6 oraz par. 10 ust.1 ustanawiających odpowiedzialność wykonawcy za skutki działania siły wyższej w postaci warunków atmosferycznych uniemożliwiających wykonanie lotu oraz obowiązek zapłaty przez wykonawcę kary umownej z tego tytułu. Wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz przez doprecyzowanie zapisów pkt.6 ust.1 załącznika nr 1 do siwz polegającego na podaniu wymiarów worków, doprecyzowanie zapisu pkt.7 ust. 1,2,3,4,5 i 6 załącznika nr 1 do siwz polegającego na wskazaniu, czy podana minimalna ładowność statków powietrznych określona na poziomie ton oraz 1,6 ton dotyczy całej powierzchni samolotu tj. luków bagażowych łącznie z powierzchnią pasażerską czy wyłącznie luków bagażowych, doprecyzowanie zapisu pkt.7 ust.4 i 6 załącznika nr 1 do siwz polegającego na wskazaniu, czy podana minimalna ładowność statków powietrznych określona na poziomie ton dotyczy całej trasy czyjej poszczególnych odcinków, zmianę zapisu pkt.8 ust. 1 lit. A załącznika nr 1 do siwz polegającą na umożliwieniu udziału w przetargu wykonawców, którzy dysponują samolotami, w których odległość pomiędzy dolną krawędzią luku załadunkowego a płytą lotniska jest większa niż 1,60 metra, przez zmianę zapisu pkt.3 ust.4 i 6 do siwz polegającą na umożliwieniu udziału w przetargu wykonawców, którzy oferują wykonanie usług lotniczych rejsiem bezpośrednim na wskazanych trasach oraz przy użyciu transportu kołowego na dwóch odcinkach, a następnie transportem lotniczym do Warszawy, zmianę treści umowy stanowiącej zał.4 do siwz przez usunięcie par.9 ust.6 umowy i zmianę par. 10 ust.1 umowy poprzez usunięcie zapisu o obowiązku zapłaty kary umownej w przypadku odwołania lub opóźnienia lotu z powodu zaistnienia warunków atmosferycznych tj. usunięcia sformułowania: Jak również w przypadku niepowiadomienia lub opóźnienia w powiadomieniu zamawiającego zgodnie z par.9 ust.6 umowy”, zasądzenie kosztów postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający, uznając część wniosków za zasadne, zmienił specyfikację istotnych warunków zamówienia dnia 4.06.2013r. i wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części. Za bezzasadny uznał zarzut dotyczący zmiany pkt.3 ust.4 i 6 zał. Nr 1 do siwz polegającej na umożliwieniu udziału w przetargu wykonawców oferujących wykonanie usług rejsiem bezpośrednim, ponieważ oczekiwanie wykonawcy co do możliwości zastąpienia transportu lotniczego na części tras transportem kołowym stoi w oczywistej sprzeczności z istotą tego postępowania i charakterem przedmiotu zamówienia, którym jest świadczenie usług przewozu przesyłek pocztowych drogą lotniczą, a zamawiający sam dysponuje flotą samochodów i może wykonywać taką usługę

samodzielnie, bez udzielania zamówienia podmiotowi zewnętrznemu. Zastosowanie transportu samochodowego oznaczałoby dwukrotne spowolnienie na trasie przesyłki i powodowało opóźnienia w dostarczeniu przesyłki adresatowi. Zamawiający wskazał, że ma prawo dostosować przedmiot zamówienia do swoich potrzeb. Połączenia z międzylądowaniem mają uzasadnieniem technologiczne i ekonomiczne, ponieważ połączenia na trasie Szczecin - Warszawa i Rzeszów - Warszawa nie stworzyłyby takiej ilości przesyłek, która zapełniłaby samolot o przeciętnej ładowności samochodów transportowych, racjonalnym więc jest połączyć w ramach jednego lotu przesyłki z Poznania i Szczecina oraz Krakowa i Rzeszowa, które razem uzyskują wolumen mieszczący się w ładowności osiągananej przez samoloty wymagane przez zamawiającego. Gdyby dopuścić możliwość bezpośrednich połączeń, to zamawiający musiałby liczyć się ze zwiększonymi kosztami usługi (wynikających ze zwiększenia kosztów wykonawcy i własnych kosztów zamawiającego). Obsługa rozładunkowa 8 samolotów zamiast 6 oznaczałaby zajęcie większej części lotniska, a co za tym idzie większe koszty, zwiększenie ilości pracowników i maszyn potrzebnych do rozładunku. Zamawiający musi zapewnić należytą i sprawną obsługę wyładunkową i rozładunkową na lotnisku, transport lotniczy to tylko jedno ogniwo w łańcuchu logistycznego dostawy przesyłek, a każde musi być wykonane w założonym przedziale czasowym bez możliwości przesunięć, a wydłużenie czasu rozładunku i załadunku na lotnisku zaburzyłoby tok pozostałych czynności i doprowadziło do nieterminowego doręczania przesyłek adresatom. Odnośnie drugiego zarzutu dotyczącego postanowień wzoru umowy, to zamawiający wskazał, że nie przewiduje odpowiedzialności wykonawcy za skutki działania siły wyższej. Nałożenie kary za niepowiadomienie lub opóźnione powiadomienie o złych warunkach atmosferycznych nie jest tożsame z nałożeniem kary umownej za przypadki niewykonania świadczenia przez wykonawcę na skutek siły wyższej. Kara umowna, o której mowa w par. 10 ust.1 umowy, dotyczy przypadku niepowiadomienia lub opóźnienia w powiadomieniu zamawiającego zgodnie z par.9 ust.6 umowy do godz. 18.00. Jest istotne dla zamawiającego, aby do godz. 18.00 dysponować informacją odnośnie odwołania lub opóźnienia startu samolotu, o ile przewoźnik posiada taką informację. Gdyby bowiem przewoźnik uzyskał informację od lotniskowych służb meteo o niemożliwości startu samolotu i nie przekazał niezwłocznie tej informacji zamawiającemu, to samochody niepotrzebnie pojechałyby na lotniska, narażając zamawiającego na stratę czasu, zamieszanie i koszty.

Wyrokiem z dnia 6 czerwca 2013r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. w Warszawie do Prezesa KIO w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Poczta Polska S.A. w Warszawie. Ponadto KIO obciążyła odwołującego kosztami postępowania.

KIO ustaliła i zważyła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Ponieważ zamawiający dokonał częściowej zmiany postanowień siwz na skutek odwołania LOT-u, a zmiana ta jest przez skarżącego akceptowana, KIO stwierdziła, że spór co do części podniesionych zarzutów nie występuje i prowadzenie w tym zakresie postępowania stało się bezprzedmiotowe. Izba oceniła stan sprawy na dzień zamknięcia rozprawy i przyjęła za podstawę orzekania stan faktyczny nieobjęty zmianą w oparciu o oświadczenie odwołującego złożone na rozprawie, że podtrzymuje zarzuty w zakresie podniesionym w odwołaniu i nieobjętym przez zamawiającego modyfikacją treści siwz, a więc podtrzymuje zarzuty dotyczące zmiany pkt. 3 ust.4 i 6 Załącznika nr 1 do siwz polegającej na umożliwieniu udziału w przetargu

wykonawców, którzy oferują wykonanie usług lotniczych rejssem bezpośrednim na trasie Poznań Ławica - Warszawa Okęcie, Kraków Balice - Warszawa Okęcie, Rzeszów Jasionka - Warszawa Okęcie, Szczecin Goleniów - Warszawa Okęcie jak również przy wykorzystaniu transportu kołowego na odcinku ze Szczecina do Poznania Ławicy oraz z Rzeszowa do Krakowa Balice i dalej transportem lotniczym do Warszawy oraz zmiany treści umowy stanowiącej załącznik nr 4 do siwz poprzez usunięcie par.9 ust.6 umowy oraz zmianę par. 10 ust.1 umowy poprzez usunięcie zapisu o obowiązku zapłaty kary umownej w przypadku odwołania lub opóźnienia lotu z powodu zaistnienia warunków atmosferycznych tj. usunięcia następującego fragmentu: „Jak również w przypadku niepowiadomienia lub opóźnienia w powiadomieniu zamawiającego zgodnie z par.9 ust.6 umowy”.

Izba nie dopatrzyła się sprzeczności w treści wzorca umowy, stanowiącej załącznik Nr 4 do siwz. W par.9 ust.4 zawarto definicję siły wyższej, zaznaczając że siła wyższa dotyczy wystąpienia warunków atmosferycznych, które są nieprzewidywalne. Par. 9 ust.6 przewidywał, że w sytuacji występowania warunków atmosferycznych uniemożliwiających wykonanie lotu, które można było przewidzieć, lub o których wykonawca wiedział, wykonawca ponosi odpowiedzialność za odwołanie lub opóźnienie lotu, chyba że uprzedzi niezwłocznie dyspozytora poczty o braku możliwości wykonania lotu z tych przyczyn nie później niż do godz. 18.00 w dniu planowanego rozpoczęcia przewozu. Jednocześnie wyłączono odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności określone w par. 9 ust.3 i 4, a więc za okoliczności określone jako siła wyższa. Z tego względu Izba uznała za niezasadny zarzut o naruszeniu przez zamawiającego art.471 kc, gdyż zamawiający wyłączył odpowiedzialność wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, które nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy m.in. warunków atmosferycznych, których nie można było przewidzieć. Zamawiający przewidział odpowiedzialność wykonawcy za brak poinformowania zamawiającego o okolicznościach powodujących odwołanie lub opóźnienie lotu, które to okoliczności zamawiający przewidział, lub miał o nich wiedzę. To postanowienie nie jest sprzeczne z postanowieniem wyłączającym odpowiedzialność wykonawcy z tytułu okoliczności siły wyższej. Nałożenie kary umownej za niepowiadomienie lub opóźnione powiadomienie o złych warunkach atmosferycznych nie jest tożsame z nałożeniem kary umownej za przypadki niewykonania świadczenia przez wykonawcę na skutek siły wyższej. Izba uznała zatem za bezzasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art.471 kc w zw. z art.14 pzp i art.139 pzp. Zamawiający zaproponował w toku rozprawy bardziej czytelne sformułowanie postanowienia par.9 ust.6 wzoru umowy, co w ocenie Izby nie oznacza, że pierwotne postanowienia wzoru umowy były nieczytelne lub zawierały sprzeczności, a ewentualna zaproponowana zmiana konstrukcyjna par.9 ust.6 zapisu wzoru umowy nie prowadzi do zmiany podstawowych uregulowań umowy.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art.29 ust.2 w zw. z art.7 pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający ma prawo dostosować przedmiot zamówienia do swoich potrzeb i wymogów i wykazał, że siatka połączeń opisana w siwz jest mu niezbędna. Przedmiotem zamówienia jest transport przesyłek drogą lotniczą, więc proponowany przez zamawiającego transport kołowy stoi w sprzeczności z istotą tego postępowania. To zamawiający określa warunki postępowania i opis przedmiotu zamówienia. W tym postępowaniu określił jako swoje wymaganie i podstawową usługę transport lotniczy przesyłek pocztowych,

zatem niedopuszczenie przez zamawiającego w opisie zamówienia możliwości zaoferowania innego transportu nie stanowi o naruszeniu zasad zachowania konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający ma prawo do wyznaczenia trasy przewozu rzeczy w sposób dostosowany do swoich potrzeb, nie musi uwzględniać postulatów odwołującego, zwłaszcza, że skarżący nie wykazał aby nie był w stanie wykonać zamówienia. To zamawiający ustala sposób wykonania usługi najbardziej dla niego odpowiedni i wykonawcy powinni się dostosować do potrzeb zamawiającego a nie odwrotnie. Zamawiający wykazał, że istnieje szereg czynników, dla których wymagany przez niego układ połączeń lotniczych z międzylądowaniem jest rozwiązaniem optymalnym a wręcz niezbędnym w kontekście schematu doręczania przesyłek, który u zamawiającego funkcjonuje. Te techniczne, organizacyjne i ekonomiczne czynniki potwierdzają, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia stosownie do swoich potrzeb wynikających z czynników obiektywnych, nie zaś celem ograniczenia konkurencji. Odwołujący nie wykazał żadnego innego schematu, który mógłby pozwolić na zorganizowanie zamówienia w sposób sprawniejszy i nie wykazał, by taki opis przedmiotu zamówienia naruszał konkurencję. Zastąpienie transportem kołowym niektórych połączeń jest całkowitą zmianą przedmiotu zamówienia i nie pokrywa potrzeb zamawiającego związanych z szybką obsługą i dystrybucją przesyłek pocztowych. Wymienione przez zamawiającego połączenia są dla niego istotne też ze względów organizacyjnych, które zostały ustanowione i obowiązują, a zmiana połączeń wiązała by się ze zmianami w organizacji poczty. Zawarty w opisie przedmiotu zamówienia wymóg w zakresie ładowności samolotu dostosowany jest do wolumenu przewożonych obecnie przesyłek z każdego lotniska, a połączenia Szczecin - Warszawa i Rzeszów - Warszawa same nie tworzą takiego wolumenu przesyłek, który zapełniłby samolot o przeciętnej ładowności samolotów transportowych, a ze względu na odległość między Szczecinem i Rzeszowem a Warszawą niezbędne jest zapewnienie komunikacji lotniczej, mając na względzie konieczność zachowania wymogu jakościowego D+1 (dla przesyłek priorytetowych i innych) dla przesyłek z tych miast. Opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób wynikający z potrzeb zamawiającego które są racjonalnie uzasadnione. W żaden sposób nie wykazano, aby opis przedmiotu zamówienia naruszał uczciwą konkurencję.

Skargę od wyroku wniósł PLL LOT S.A. w Warszawie, zaskarżając wyrok KIO w całości i zarzucając naruszenie przepisów prawa materialnego:

- art.29 ust.2 w zw. z art.7 pzp przez jego niezastosowanie i oddalenie odwołania przez KIO z uwagi na przyjęcie, że dokonanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia polegającego na umieszczeniu w załączniku Nr 1 do siwz zawierającym opis przedmiotu zamówienia zapisów pkt.3 ust.4 i 6 jest jasne i nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art.471 kc w z. z art.14 i 139 pzp przez ich niezastosowanie i oddalenie odwołania z uwagi na przyjęcie, że wprowadzenie do postanowień umowy, stanowiącej załącznik nr 4 do siwz zapisu par.9 ust.6 oraz par. 10 ust. 1 ustanawiających odpowiedzialność wykonawcy za skutki działania siły wyższej w postaci warunków atmosferycznych uniemożliwiających wykonanie lotu oraz obowiązku zapłaty przez wykonawcę kary umownej z tego tytułu nie narusza art.471 kc.

Skarżący wniósł o uwzględnienie skargi i zmianę wyroku przez

uwzględnienie w całości odwołania wniesionego na czynność zamawiającego polegającą na sformułowaniu treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia na świadczenie usług przewozów ładunków pocztowych drogą lotniczą zmienionych w dniu 20 maja 2013 r., 4 czerwca 2013 r. i 20 czerwca 2013 r. w sposób niezgodny z ustawą - Prawo zamówień publicznych oraz Kodeksem cywilnym, a także zasądzenie na rzecz skarżącej od przeciwnika kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego oraz kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą według norm przepisanych.

W uzasadnieniu skargi wskazano między innymi, że KIO pominęła okoliczność dotyczącą zasad budowania przez przewoźnika lotniczego tzw. siatki połączeń, która stanowi podstawę wszystkich operacji lotniczych, a wprowadzenie zmian do niej w czasie trwania okresu jej obowiązywania jest bardzo trudne a wręcz niemożliwe. Określenie ostatecznego układu tras - rotacji lotów powinno pozostawać w gestii wykonawcy, bo szczegółowy opis zamawiającego w tym zakresie wyklucza możliwość wykonania zamówienia przez przewoźników, których siatka połączeń ma inny układ rotacji. Tak szczegółowy opis przedmiotu świadczy o opracowaniu go w oparciu o znaną zamawiającemu już istniejącą aktualnie siatkę połączeń określonego przewoźnika. Zaproponowany przez zamawiającego układ tras nie jest jedyną możliwą opcją gwarantującą wykonanie zamówienia zgodnie z wymogami i potrzebami zamawiającego, gdyż transport może odbywać się też w innym układzie lotów. Jednocześnie LOT nie był zobowiązany do przedstawienia opracowanego przez siebie schematu lotów, bowiem stanowiło by to ujawnienie części oferty skarżącego. Skarżący proponował wykonywanie lotów bezpośrednich bez międzylądowań, które są kosztowne. Skarżący przyznał, że zamawiający dokonał zmian w par.9 ust.6 umowy wskazując źródła wiedzy przewoźnika o warunkach atmosferycznych uniemożliwiających wykonanie lotu w postaci lotniskowych służb meteorologicznych albo innych np. strony internetowej portu lotniczego, ale zapisy umowy nadal zawierają niekonsekwencje w formułowaniu zapisów dotyczących odpowiedzialności wykonawcy z tytułu odwołania lub opóźnienia lotu wskutek warunków atmosferycznych. Skoro warunki atmosferyczne uniemożliwiają wykonanie lotu zgodnie z par.9 ust.4 stanowią przypadek działania siły wyższej, tj. okoliczności niezależnej od wykonawcy, która zwalnia go z odpowiedzialności za niewykonanie lub nieprawidłowe wykonanie umowy, to nieuzasadnione jest nakładanie na wykonawcę odpowiedzialności z tytułu odwołania lub opóźnienia lotu wskutek warunków atmosferycznych uniemożliwiających wykonanie lotu, zakładając jednocześnie, że wystąpią przypadki warunków atmosferycznych uniemożliwiających wykonanie lotu możliwych do przewidzenia przez wykonawcę. Dostęp przewoźników lotniczych do informacji na temat prognozowanych warunków atmosferycznych w żadnym wypadku nie uzasadnia twierdzenia, iż mają oni możliwość przewidywania, iż prognozowane warunki atmosferyczne uniemożliwią wykonanie lotu. Ponadto istnieje szczególny tryb w jakim przewoźnik lotniczy podejmuje decyzję o odwołaniu lotu z powodu warunków atmosferycznych, który przewiduje, że ostateczna decyzja o locie należy zawsze do kapitana i zapada na krótko przed startem samolotu.

W odpowiedzi na skargę przeciwnik skargi wniósł o odrzucenie skargi jako wniesionej do niewłaściwego sądu (cywilnego zamiast gospodarczego) ewentualnie o oddalenie skargi jako bezzasadnej i zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy ocenił skargę jako bezzasadną.

Przedewszystkim, wobec zarzutu przedstawionego w odpowiedzi na skargę, stwierdzić trzeba, że brak podstaw do odrzucenia skargi. Skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej można odrzucić na podstawie art. 198e ust.1 pzp wówczas, gdy została złożona po upływie terminu, gdy jest niedopuszczalna z innych przyczyn oraz gdy strona nie uzupełniła braków skargi w terminie. Żadna ze wskazanych przesłanek w sprawie nie zachodziła. Skargę wniesiono do właściwego Sądu - Sądu Okręgowego w Warszawie, skierowano ją tylko do niewłaściwego Wydziału - Cywilnego Odwoławczego zamiast do Wydziału Gospodarczego Odwoławczego.

Orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jest prawidłowe a zarzuty skargi okazały się bezzasadne. Sąd Okręgowy w całości podzielił ustalenia i rozważania Krajowej Izby Odwoławczej i przyjął je za własne. W szczególności należało podzielić stanowisko KIO w przedmiocie braku sprzeczności w treści wzoru umowy, stanowiącej Załącznik Nr 4 do siwz i wyłączenia tamże odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, które nastąpiło wskutek okoliczności niezależnych od wykonawcy (w tym przypadku siły wyższej - warunków atmosferycznych), których nie można było przewidzieć, a przewidzenia odpowiedzialności wykonawcy za brak poinformowania zamawiającego o okolicznościach powodujących odwołanie lub opóźnienie lotu, które to okoliczności wykonawca przewidywał lub miał o nich wiedzę. Sąd Okręgowy podzielił również ocenę KIO dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia, który został dokonany przez zamawiającego w sposób wynikający z jego racjonalnie uzasadnionych potrzeb a także odnośnie nie wykazania przez skarżącego, aby opis przedmiotu zamówienia naruszał uczciwą konkurencję.

Odnosząc się do zarzutu skargi dotyczącego naruszenia art.29 ust.2 w zw. z art.7 pzp poprzez jego niezastosowanie i oddalenie odwołania przez KIO z uwagi na przyjęcie, iż dokonanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, polegającego na umieszczeniu w Załączniku nr 1 do siwz zawierającym opis przedmiotu zamówienia zapisów punktu 3 ust. 4 i 6, jest jasne i nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, stwierdzić należy, iż zarzut ten okazał się nieuzasadniony. Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo przyjęła, iż opis przedmiotu zamówienia, polegający na zamieszczeniu w Załączniku Nr 1 do siwz, zawierającym opis przedmiotu zamówienia, zapisów pkt. 3 ust. 4 i 6, jest jasny i nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Zamawiający określił warunki postępowania i opis przedmiotu zamówienia według swoich potrzeb, co jest prawidłowe i słuszne. Zamawiający nie był zobowiązany do dostosowania swoich potrzeb i oczekiwań do oczekiwań wykonawcy, aby umożliwić mu złożenie oferty. Zamawiający był uprawniony do wyznaczenia konkretnej trasy przelotów, międzylądowań i godzin przelotów stosownie do swoich potrzeb i nie musiał dostosowywać ich do siatki połączeń znajdujących zastosowanie u skarżącego. W związku z powyższym nieuprawnione jest twierdzenie, jakoby wyrok KIO naruszał przepisy art.29 ust.2 w zw. z art.7 pzp, stanowiące, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający

zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Drugi zarzut skargi, odnoszący się do naruszenia art.471 kc w zw. z art.14 pzp i art.139 pzp poprzez ich niezastosowanie i oddalenie odwołania przez KIO z uwagi na przyjęcie, iż wprowadzenie do postanowień umowy stanowiącej Załącznik Nr 4 do siwz zapisu par.9 ust.6 oraz par. 10 ust.1, ustanawiających odpowiedzialność wykonawcy za skutki działania siły wyższej w postaci warunków atmosferycznych uniemożliwiających wykonanie lotu oraz obowiązku zapłaty przez wykonawcę kary umownej z tego tytułu, nie narusza art.471 kc, jest również bezzasadny. Z zapisów wskazanej umowy (par.9 ust.6 i par. 10 ust.1) wynika, że intencją zamawiającego było obarczenie wykonawcy odpowiedzialnością wyłącznie za nieprzekazanie zamawiającemu informacji o odwołaniu lub opóźnieniu lotu w sytuacji, w której sam wykonawca posiadał taką informację do godziny 18.00 w dniu lotu. Odpowiedzialność wykonawcy za niewykonanie zobowiązania na skutek siły wyższej została wyłączona. Ewentualna odpowiedzialność wykonawcy dotyczy sytuacji, gdy wykonawca ma wiedzę o niemożności wykonania lotu z powodu warunków atmosferycznych do godziny 18.00, ale nie przekazuje takiej informacji zamawiającemu. Ta ewentualna odpowiedzialność wykonawcy nie odnosi się do siły wyższej (w tym odpowiedzialności za niewykonanie lotu z powodu warunków atmosferycznych). Kwestionowane postanowienie odnosi się do faktu niepowiadomienia o odwołaniu lub opóźnieniu lotu w sytuacji, gdy wykonawca do godziny 18.00 uzyska stosowny komunikat służb lotniskowych w tej sprawie. Z treści powołanego postanowienia nie wynika odpowiedzialność wykonawcy za niewykonanie świadczenia umownego z powodu siły wyższej. Powyższy zapis nie narusza zatem art. 471 kc w zw. z art.14 i art.139 pzp.

Wobec powyższego i na podstawie powołanych przepisów i art. 198 f ust.2 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 198 f ust.5 ustawy w zw. z par.3 pkt.2 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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) mając na uwadze, że zamawiający wygrał postępowanie skargowe w całości, ponosząc przy tym koszty w kwocie 1800zł (połowy wynagrodzenia pełnomocników w postępowaniu odwoławczym).