

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Poznań, dnia 4 grudnia 2013 r.

Sąd Okręgowy w Poznaniu X Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie następującym:

Przewodniczący SSO Ryszard Trzebny

Sędziowie SSO Jolanta Wątrowska

del. SSR Barbara Gryczka

Protokolant st. sekr. sąd. Mirosława Klimowicz
po rozpoznaniu w dniu 4 grudnia 2013 r., w Poznaniu
na rozprawie

sprawy ze skargi wniesionej przez Skarb Państwa - Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Poznaniu
przy udziale przeciwnika skargi Aerogryf Aviation spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w
Szczecinie

o udzielenie zamówienia publicznego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2013 r. sygn. akt KIO 1957/13

1. oddala skargę,
2. zasądza od Skarbu Państwa - Wojewódzkiego Inspektoratu Weterynarii w Poznaniu na rzecz

Aerogryf Aviation spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie kwotę 1.200 zł z
tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za postępowanie odwoławcze.

UZASADNIENIE

Wyrokiem z 23 sierpnia 2013r., Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu na
rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 sierpnia 2013r.,
przez Aerogryf Aviation spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie w
postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Skarb Państwa-
Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Poznaniu:

w punkcie 1. uwzględniła odwołanie i nakazała Skarbowi Państwa- Wojewódzkiemu
Inspektoratowi Weterynarii w Poznaniu w postępowaniu na usługę lotniczą polegającą na
wyłożeniu szczepionki przeciwko wściekliznie lisów wolno żyjących podczas akcji szczepień
w 20 Broku na terenie województwa wielkopolskiego:

a/ dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia[SIWZ] przez-
wykreślenie w rozdz. VIII tiret 2 słów „, odpowiadająca przedmiotowi zamówienia’ i
określenie w zmian zakresu przedmiotowego wymaganej usługi,

- wykreślenie w rozdz. VIII tiret 3 punktów: „,- wystarczająca ilość sprawnych samolotów” i
„,- wykwalifikowanymi pilotami” lub ich zmianę przez dookreślenie ilości samolotów i
pilotów,

- doprecyzowanie w §4 ust. 1 pkt 8 zał. Nr 3 „Umowa w sprawie wykonania usługi lotniczej”
rodzaju ubezpieczenia, które zapewnić ma wykonawca dla osób i samolotów uczestniczących
w lotach;

b/ zamieszczenie na stronie internetowej, na której zamawiający zamieścił SIWZ, treści
wszelkich zapytań wykonawców dotyczących SIWZ wraz z odpowiedziami zamawiającego;
w punkcie 2 kosztami postępowania obciążyła Skarb Państwa- Wojewódzki Inspektorat
Weterynarii w Poznaniu i:

w punkcie 2.1 zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000zł
wpłaconą przez Aerogryf Aviation spółkę z o.o w Szczecinie tytułem wpisu od odwołania,
w punkcie 2.2 zasądziła od Skarbu Państwa - Wojewódzkiego Inspektoratu Weterynarii w
Poznaniu na rzecz Aerogryf Aviation spółki z o.o w Szczecinie kwotę 19.162,94zł
stanowiąca koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Uzasadniając powyższy wyrok podano, że Zamawiający, Skarb Państwa - Wojewódzki
Inspektorat Weterynarii w Poznaniu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na
podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U.
z 2010 r. Nr 113, póź. 759 ze zm.) - zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" - postępowanie o
udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa lotnicza polegająca na wyłożeniu
szczepionki przeciwko wściekliznie lisów wolno żyjących podczas jesiennej akcji szczepień
w 2013 roku na terenie województwa wielkopolskiego".

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach

wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano 7.08.2013 r. w Dz.Urz. UE pod numerem 2013/S
152-265104.

W dniu 12 sierpnia 2013 r. Aerogryf Aviation sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie wniosła do
Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem postanowień ogłoszenia o
zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1/ art.7 ust.1 PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania
uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców,

2/ art. 36ust 1 pkt. 3,5,16 PZP oraz art. 5 kc poprzez nieprawidłowy opis przedmiotu
zamówienia; warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu oceny spełniania tych
warunków; a także wadliwe przygotowanie wzoru umowy - przez co utrudnia się Wykonawcy
złożenie oferty,

3/ art.29 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z wskazanym
artykułem albowiem przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób jednoznaczny i
wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych kryteriów i określeń,
uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie
oferty, w tym nieprecyzyjne określenie przewidywanych zmian umowy,

4/ art.22 ust. 1 PZP w zw.z art.22 ust.4 i art.7PZP poprzez niedokonanie doprecyzowania
opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
sformułowanych:

w przypadku jednych kryteriów:

a/ w sposób zbyt ogólny w stosunku do uzasadnionych, obiektywnych potrzeb zamawiającego określonych w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących potencjału technicznego i osobowego Wykonawcy poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu w sposób ogólny posługując się przy tym sformułowaniami takimi jak: „wystarczającą” ilością „sprawnych” samolotów czy „wykwalifikowani piloci” bez wskazania norm do których Wykonawca może się odnieść próbując wykonać zobowiązanie nałożone przez Zamawiającego, czy

b/ takiego określenia doświadczenia Wykonawcy, że poprzez niedokonanie doprecyzowania opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, dochodzi do sformułowania kryteriów w sposób niejednoznaczny i zbyt ogólny w stosunku do uzasadnionych, obiektywnych potrzeb Zamawiającego,

- w przypadku z kolei innych kryteriów:

w sposób ścisły, zawężający w sposób nieuprawniony, w niepodparty ekonomicznymi i faktycznymi przesłankami sposób, krąg podmiotów mogących faktycznie złożyć konkurencyjną ofertę w postępowaniu, poprzez postawienie warunku dysponowania na czas wykonania przedmiotu zamówienia lotniskiem/ładowiskiem bazowym lub operacyjnym oddalonym maksymalnie do 50 km od siedziby zamawiającego, licząc odległość w linii prostej, podczas gdy terenem działania Zamawiającego (terenem świadczenia usługi) jest cały obszar województwa wielkopolskiego, co stawia pod znakiem zapytania należyte wykonanie przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwia uczciwą konkurencję i czyni oferty nieporównywalnymi,

5/ art. 38 ust. 2 PZP poprzez brak precyzyjnej odpowiedzi na zadane zapytania oraz nieupublicznienie ich na stronie internetowej Zamawiającego.

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1.1) modyfikację Rozdziału VIII pkt drugi SIWZ w sposób, który zapewni uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców - to jest dokonania opisu przedmiotu Zamówienia i opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, by precyzyjnie określały wymóg posiadanego przez Wykonawcę doświadczenia i wiedzy, poprzez:

precyzyjne określenie rodzaju, wielkości i wartości usługi mającej odpowiadać przedmiotowi zamówienia (usługa główna) - poprzez wskazanie, jaką konkretnie usługę Zamawiający uzna za odpowiadającą przedmiotowi zamówienia (np. czy ma to być usługa lotnicza polegająca na samym przelocie, usługa lotnicza polegająca na transporcie przedmiotów, czy usługa lotnicza polegająca na zrzucie określonych przedmiotów - jeśli tak - to jakiego rodzaju, z jaką częstotliwością i jaką precyzją); jaka ma być minimalna wartość usługi, lub, jeżeli w ocenie Zamawiającego obiektywnym kryterium ocennym ma być zrzut przedmiotów - jaka ma być ilość zrzutów, czas trwania akcji etc. - oraz umieszczenie tychże warunków w miejscu w SIWZ do tego przeznaczonym,

2) modyfikację Rozdziału VIII pkt trzeci tiret drugie i trzecie SIWZ w sposób, który zapewni uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, poprzez dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, by precyzyjnie określały one wymogi co do:

a/ minimalnej ilości samolotów, którymi dysponować winien wykonawca, a mających służyć do wykonania zamówienia i kryteriów ich sprawności,

b/ osób mających stanowić kadrę zdolną do wykonywania usług - to jest kryteriów, jakimi kierować się będzie Zamawiający przy ocenie „wykwalifikowania pilotów” - poprzez podanie minimalnej ilości pilotów potrzebnych do wykonania zamówienia, oraz ich kwalifikacji i wymaganego doświadczenia poprzez np. wskazanie okresu minimalnego posiadania licencji każdego pilota, rodzaju licencji, ilości godzin spędzonych w powietrzu etc.

3/ modyfikacji Rozdziału VIII pkt trzeci tiret pierwsze SIWZ w sposób, który zapewni

uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, poprzez dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, by, określając potencjał techniczny do wykonania zamówienia, określić wymóg dysponowania

lotniskiem/lądowiskiem bazowym lub operacyjnym położonym na terenie województwa wielkopolskiego jako terytorium działania Zamawiającego;

4/ w konsekwencji powyższego, modyfikację Załącznika nr 2 do SIWZ (Opis techniczny) w sposób który zapewni uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców poprzez stosowną zmianę:

a) ust. 3 Opisu technicznego poprzez nadanie mu brzmienia:

„3. Wykonanie przedmiotu zamówienia odbędzie się z lotnisk/lądowisk bazowych lub operacyjnych położonych na terenie województwa wielkopolskiego. Wykonanie powyższego zamówienia odbędzie się jednocześnie w miejscach, terminach i w sposób ustalony z zamawiającym.”

b) ust. 15 Opisu technicznego poprzez nadanie mu brzmienia:

„15. Wykonawca zobowiązany jest do odbioru, w tym załadowania szczepionki bezpośrednio z chłodni znajdującej się w Wojewódzkim Inspektoracie Weterynarii w Poznaniu, ul. Grunwaldzka 250, 60-166 Poznań lub z miejsca wskazanego przez zamawiającego, położonego na terenie województwa wielkopolskiego”.

5) Modyfikację zapisów umowy mających charakter akcesoryjny do SIWZ w sposób, który zapewni uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, poprzez:

a/ precyzyjne wskazanie dopuszczalnych zmian w umowie, w tym - co do zmiany

terminu wykonania przedmiotu umowy (§2 ust. 4 wzoru umowy), z podaniem kryteriów zmian terminu - to jest dokładnego opisu sposobu postępowania przy zmianie terminu wykonania umowy z powodu zmian warunków pogodowych, czasu trwania przerwy, określenia trybu postępowania w sytuacji zmiany warunków pogodowych w toku faktycznego wykonywania umowy,

b/ precyzyjne wskazanie w § 4 ust. 1 pkt 4 umowy, jakiego rodzaju ubezpieczenie (OC, inne), na jaką sumę ubezpieczenia, na ile zdarzeń, czy na wszystkie, czy na jedno zdarzenie - jest wymagane przez Zamawiającego dla samolotów i osób uczestniczących w lotach,

6) Modyfikację zapisów ogłoszenia o zamówieniu z uwzględnieniem modyfikacji SIWZ, to jest zmianę w Sekcji III.2.1 poprzez wskazanie warunków udziału w postępowaniu i sposobu ich spełniania w sposób analogiczny jak w SIWZ, to jest w sposób, który zapewni uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców - poprzez dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, by precyzyjnie określały wymóg posiadanego przez Wykonawcę doświadczenia i wiedzy, poprzez:

a/ precyzyjne określenie rodzaju, wielkości i wartości usługi mającej odpowiadać

przedmiotowi zamówienia (usługa główna) - poprzez wskazanie, jaką konkretnie usługę Zamawiający uzna za odpowiadającą przedmiotowi zamówienia, jaka ma być minimalna wartość ww. usługi, lub, jeżeli w ocenie Zamawiającego obiektywnym kryterium ocennym ma być zrzut przedmiotów - jaka ma być ilość zrzutów, czas trwania akcji etc.

b/ dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, by precyzyjnie określały one wymogi co do minimalnej ilości samolotów mających służyć do wykonania zamówienia i kryteriów ich sprawności, osób mających stanowić kadrę zdolną do wykonywania usług - to jest kryteriów, jakimi kierować się będzie Zamawiający przy ocenie „wykwalifikowania pilotów”- poprzez podanie minimalnej ilości pilotów potrzebnych do wykonania zamówienia, wymaganego doświadczenia poprzez np. wskazanie okresu minimalnego posiadania licencji każdego pilota, rodzaju licencji, ilości godzin spędzonych w powietrzu etc.

c/ dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, by, określając potencjał techniczny do wykonania zamówienia, określić wymóg dysponowania lotniskiem/lądowiskiem bazowym lub operacyjnym położonym na terenie województwa wielkopolskiego jako terytorium działania Zamawiającego;

d/ zmianę treści oświadczeń potwierdzających, że Wykonawca na czas wykonania przedmiotu zamówienia dysponuje lądowiskiem/lotniskiem, samolotami i pilotami - o treści zmienionej zgodnie z zapisami SIWZ jak wyżej.

7) udzielenie precyzyjnych odpowiedzi na pytania Wykonawcy oraz upublicznienie ich na stronie internetowej Zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...] opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest środkiem do osiągnięcia celu, jakim jest wybór w postępowaniu Wykonawcy dającego Zamawiającemu gwarancję poprawnej realizacji zamówienia.

Doświadczenie Wykonawcy wskazuje, iż aby poprawnie realizować zamówienie, wymagania stawiane przez Zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia. Tym samym działanie Zamawiającego, polegające na zamieszczeniu w SIWZ zapisów nieprecyzyjnych, o charakterze wręcz blankietowym, wprost prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślił, że Zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych musiał mieć świadomość, iż stawianie nieprecyzyjnych wymagań skłoni Wykonawców do składania ofert o dużo wyższej cenie. Z kalkulacji ekonomicznej z taką ilością niewiadomych nie wynika bowiem, jakich środków technicznych, kadrowych, logistycznych i finansowych będzie musiał użyć Wykonawca, by prawidłowo wykonać zamówienie. Odwołujący na podstawie tak skonstruowanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości oceny realnej możliwości brania udziału w postępowaniu, w tym przeanalizowania, czy dysponuje odpowiednim zapleczem kadrowym (piloci) i technicznym (samoloty, lotniska/lądowiska) potrzebnym dla należytego wykonania ewentualnej usługi. Biorąc pod uwagę treść SIWZ, przygotowanie ewentualnej oferty bazować mogłoby jedynie na domysłach, jakie wymagania stawia i jakie potrzeby może mieć Zamawiający. Niemożność określenia, jakie wymagania stawia przed Wykonawcami Zamawiający prowadzić mogą z kolei do tego, że oferta, sporządzona na podstawie blankietowych, ogólnych wytycznych Zamawiającego, złożona następnie przez Odwołującego byłaby nieporównywalna z pozostałymi ofertami, a także - będzie miała zawyżoną, w odniesieniu do faktycznie uzasadnionych ekonomicznie kosztów, wysokość. W konsekwencji rozstrzygnięcie przetargu i wyłonienie Wykonawcy nastąpiłoby w sposób nieobiektywny, bowiem kalkulacja ceny oferowanej przez każdego stającego do przetargu Wykonawcy opierałaby się na odmiennych parametrach. Co więcej - z uwagi na sposób sformułowania warunku odległości lotniska/lądowiska operacyjnego lub bazowego do siedziby Zamawiającego, Wykonawcy dysponujący np. własnym lotniskiem, jednakże położonym w większej odległości, bez uzasadnienia ekonomicznego i faktycznego, kalkulując ofertę musieliby uwzględnić koszty niewiele dalszego przelotu (np. z lotniska oddalonego o 80 km od siedziby Zamawiającego), a najmu lotniska/lądowiska położonego bliżej, co w sposób znaczący podwyższyłoby cenę oferty, wykluczając możliwość wygrania przetargu. Tymczasem zakres świadczonej usługi (rozrzutu szczepionki) jest tożsamy dla całego województwa, bez względu na miejsce startu samolotów. Wykonawca startując z

jakiegokolwiek lotniska na terenie województwa ma do pokonania tożsamą ilość kilometrów, obejmującą cały jego obszar. Jednocześnie wskazano, iż Odwołujący posiada prawo do dysponowania lotniskiem na terenie województwa wielkopolskiego w odległości nieznacznie większej niż 50 km w linii prostej od siedziby Zamawiającego. Wykonawca stający do niniejszego przetargu, ma do czynienia z sytuacją oderwania warunków udziału w postępowaniu od opisu przedmiotu zamówienia oraz możliwości jego faktycznej realizacji. Brak ich adekwatności i proporcjonalności do przedmiotu zamówienia. Zamawiający stawia warunki nieprecyzyjne, pozwalające na swobodną interpretację przez Wykonawców, wręcz całkowicie blankietowe i oderwane od stopnia trudności zamówienia. Powoduje to utrudnienie uczciwej konkurencji, bowiem Zamawiający uczynił opis warunków całkowicie bezcelowym (nie można bowiem spełnić warunków, których de facto się nie zna).

Ponadto w opinii Odwołującego wymagania stawiane wykonawcom powinny odpowiadać wielkości zamówienia tak, aby dokonanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków umożliwiło Zamawiającemu wyłonienie wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a jednocześnie ograniczyło możliwość powstania sytuacji, w której wybrany wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia z należytą starannością. W dalszej części uzasadnienia Odwołujący odniósł się szczegółowo do każdego z zarzutów wymienionych w odwołaniu.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz dowody, stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje;

W rozdz. VIII SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, zamawiający wskazał:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

1/ spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia - minimum jedna usługa odpowiadająca przedmiotowi zamówienia wykonana w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie;

2/ spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - dysponowanie na czas wykonania przedmiotu zamówienia:

- lotniskiem/ lądowiskiem bazowym lub operacyjnym oddalonym maksymalnie do 50 km od siedziby zamawiającego, licząc odległość w linii prostej
- wystarczającą ilością sprawnych samolotów
- wykwalifikowanymi pilotami. " [...]"

W załączniku nr 2 do SIWZ - Opis techniczny, zawierającym zasadniczy opis przedmiotu zamówienia, w pkt 3 wskazano:

„Wykonanie przedmiotu zamówienia odbędzie się z lotnisk/lądowisk bazowych lub operacyjnych oddalonych maksymalnie do 50 km od siedziby zamawiającego, licząc odległość w linii prostej. Wykonanie powyższego zamówienia odbędzie się jednocześnie, w miejscach terminach i na sposób ustalony z zamawiającym."

Natomiast w pkt 15 ww. załącznika zastrzeżono:

„Wykonawca zobowiązany jest do odbioru, w tym załadowania szczepionki bezpośrednio z chłodni znajdującej się w Wojewódzkim Inspektoracie Weterynarii w Poznaniu, ul. Grunwaldzka 250, 60-166 Poznań lub z miejsca wskazanego przez zamawiającego, oddalonego maksymalnie do 50 km od siedziby zamawiającego, licząc odległość w linii prostej i jej wyładowania na samoloty."

W treści załącznika nr 3 do SIWZ - Umowa w sprawie wykonania usługi lotniczej, w § 2 wskazano:

3. Akcja szczepień zostanie przeprowadzona w terminie wskazanym przez Zamawiającego w ciągu 10 dni wskazanych przez Zamawiającego w miesiącu październiku 2013r.
4. Terminy wykonania przedmiotu umowy mogą ulec zmianie w przypadku zaistnienia warunków pogodowych uniemożliwiających loty samolotów.
5. Realizacja przedmiotu umowy nie powinna trwać dłużej niż 10 dni.

W § 4 ust. 1 wskazano:

„1. Wykonawca zobowiązuje się na własny koszt przygotować wykonanie akcji szczepienia pod względem logistycznym, a w szczególności zapewni:

[...]

8) ubezpieczenie samolotów oraz wszystkich osób uczestniczących w lotach."

W dniu 6.08.2013 r. Artur Charaj zwrócił się do zamawiającego (via e-mail) z wnioskiem o zmianę treści SIWZ oraz z pytaniem kiedy SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego. Zamawiający 8.08.2013 r. odpowiedział, że data opublikowania SIWZ znajduje się na jego stronie internetowej oraz odmówił wprowadzenia postulowanych zmian. Wyżej wymienionej korespondencji dotyczącej SIWZ nie zamieszczono na stronie internetowej, na której została zamieszczona SIWZ. Przynajmniej powyższe nie wynika z przekazanej Izbie dokumentacji postępowania i zamawiający nie przedstawił na potwierdzenie tego typu okoliczności żadnych dowodów.

Uwzględniając powyższe Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. We wstępie do rozpatrzenia zarzutów dotyczących ukształtowania w SIWZ przyszłych stosunków umownych (w tym zakresu przedmiotowego umowy, a więc przedmiotu zamówienia) pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą realizującym zamówienie, należało w ocenie KIO wskazać na podstawowe regulacje Pzp stanowiącą niejako miernik i punkt odniesienia większości zarzutów odwołania.

Mianowicie zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Następnie zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a zgodnie z ust. 1 tego przepisu przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Przy czym przed rozpatrzeniem zarzutów odwołania powołać również należało podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego - zasadę swobody umów, którą określa art. 353 ¹ kc. Dodatkowo zasada swobody umów posiada również aspekt podmiotowy sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce nawiązać stosunki prawne. Co do zasady więc, to strony umowy decydują na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić.

Jak wskazuje wymieniony wyżej przepis zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. Ograniczenia tego typu wprowadzać będą przepisy samego Kodeksu cywilnego, jak też regulacje ustawy Pzp, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji K.c., jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp). Zamówienia publiczne udzielane więc będą wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3), postępowania o udzielenie zamówienia przygotowywane i przeprowadzane będą w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1), a w szczególności przedmiot zamówienia nie będzie opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Z ogólnych, w istocie proceduralnych, zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów - zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody

uksztaltowania stosunku umownego/przedmiotu zamówienia. Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach jego realizacji, czy innych obowiązkach umownych etc.) lub sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (np. kryteriach oceny ofert, trybie postępowania...). Pomijając szczegółowe przepisy ustawy określające sposób postępowania zamawiającego w poszczególnych trybach udzielania zamówienia, podstawową materialną miarę i ograniczeniem swobodnego kształtowania sposobu realizacji jego potrzeb w postanowieniach specyfikacji (w tym treści umowy i przesądzenia sposobu wyboru odpowiadającego mu

wykonawcy) stanowi wskazana wyżej zasada zachowania uczciwej konkurencji. Odnosnie jej interpretacji i stosowania należy zastrzec, że nie istnieje i nie może być postulowana w przepisach jakakolwiek konkurencyjność absolutna, a tym samym dopuszczalność czy niedopuszczalność jej ograniczania na gruncie prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest stopniowalna. Jak w przypadku wielu zasad ogólnych, tak i ta została sformułowana w przepisach w sposób wyraźny, ale też maksymalnie nieostry.

Oznacza to, iż istnieją przypadki, o których można bez wątpliwości orzec, iż zasadę uczciwej konkurencji naruszają a także sytuacje, w których naruszenia konkurencji nie występują - ostrej granicy pomiędzy tego typu przypadkami wyznaczyć jednak nie sposób. Nie istnieje więc możliwość wytyczenia doktrynalnych i sztywnych rozgraniczeń, z góry przesądzających o kwalifikacji konkretnych czynności postępowania o udzielenie zamówienia w świetle wypełnienia zasady zachowania konkurencji (nie można wyznaczyć granic czy stopnia dopuszczalnego ograniczenia konkurencji). Ocenę tego typu należy więc przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji danego postępowania.

Uzasadniając przyjęte wyżej założenie o stopniowalnym charakterze dopuszczalności ograniczeń konkurencji wskazać należało, iż każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia (warunków jego realizacji, nałożenie dodatkowych obowiązków umownych...etc.), postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszymi dostaw czy usług, postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych. W szczególności na przykład nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. W każdym z takich przypadków będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi czy profilem ich oferty, nie będą mogli w ogóle konkurować o uzyskanie zamówienia lub ich szansę uzyskania zamówienia będą relatywnie mniejsze, np. wymagany sposób i zakres jego realizacji będzie dla nich mniej opłacalny lub w ogóle nie do przyjęcia. Tego typu ograniczenia konkurencji są niejako w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodwołne. Podlegają jednak badaniu i ocenie pod względem dopuszczalności stopnia takiego ograniczenia, jak i ich ogólnej, materialnej zgodności z przepisami. Reasumując, z jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w specyfikacji, z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów naruszenia uczciwej konkurencji w zindywidualizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia odnoszących się do konkretnych postanowień SIWZ czy ogłoszenia o zamówieniu, KIO wskazała na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie.

Po pierwsze zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Następnie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 kc ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Uwzględniając powyższe stwierdzić należało, iż to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie, a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie stwierdzić.

Zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. Modalne sformułowanie hipotezy przepisu nie jest wcale okresem warunkowym tworzącym domniemanie faktyczne lub prawne jakoby każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, czyli nie następuje tu wcale „automatyczne” przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Jednakże w świetle sformułowania cytowanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia.

Powyższe znaczące osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje - powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane.

Dla przykładu wskazać można, iż w szczególności dla wykazania możliwości naruszenia konkurencji nie jest wystarczające samo podniesienie, iż dla odwołującego dane warunki realizacji zamówienia są niewygodne lub nawet nie do przyjęcia. Jak wskazano powyżej, fakt, że na rynku występują wykonawcy, którzy tak opisanego przedmiotu zamówienia nie mogą wykonać lub dla których jego realizacja jest utrudniona, niewygodna czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia, jak już wskazano, niezbędne jest zbadanie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak kształt i specyfika rynku, którego zamówienie dotyczy, rodzaj i charakter danego ograniczenia konkurencji oraz jego skutki dla potencjalnych wykonawców, a z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy.

Oceniając, w świetle rozważań poczynionych powyżej, poszczególne, zakwestionowane postanowienia specyfikacji i kolejno odnosząc się do dotyczących ich zarzutów odwołania, KIO ustaliła i stwierdziła, co następuje. Przedmiotowe odwołanie, zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, rozpatrzono w zakresie zarzutów w nim podniesionych. Natomiast zarzuty odwołania zrekonstruowano przez ich odniesienie do żądań i wniosków, tzn. na podstawie żądać odwołania ustalono, których postanowień SIWZ zarzuty dotyczą.

Zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań, co do położenia lotniska, z którego wykonywana będzie usługa (do 50 km od siedziby zamawiającego), czyli przeprowadzane będą loty i ładowana szczepionka, uznano za niezasadny.

Po pierwsze, tego typu wymóg zamawiającego nie jest warunkiem, który z racji na jego charakter w ogóle uniemożliwiłby jakimkolwiek wykonawcy złożenie oferty w niniejszym postępowaniu i realizację zamówienia zgodnie z tego typu wymaganiem zamawiającego. Za bezsporną pomiędzy stronami należy uznać okoliczność, iż we wskazanym promieniu, w pobliżu Poznania, znajdują się powszechnie dostępne lotniska, które mogą posłużyć za bazę operacyjną dla każdego zainteresowanego wykonaniem danego zamówienia wykonawcy. Zarzucane ograniczenie konkurencji ma więc w tym przypadku charakter pośredni i względny

- dla wykonawców, którzy nie dysponują własnymi lotniskami w tym obszarze, wykonanie danego zamówienia będzie po prostu droższe (ze względu na konieczność poniesienia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem lotniska i dodatkowych kosztów operacyjnych związanych z działaniem poza swoim terenem), ale nie jest niemożliwe. Względny charakter tego typu ograniczenia konkurencji, przejawiający się w zmniejszeniu szans niektórych wykonawców na jego uzyskanie, w zestawieniu z zaprezentowanymi na rozprawie obiektywnymi potrzebami zamawiającego wymagającymi takiej, a nie innej organizacji wykonania usługi - prowadzi do konkluzji, iż tego typu wymagania SIWZ są w świetle przepisów ustawy dopuszczalne. W myśl zasady, że im bardziej przemożne (konieczne) potrzeby zamawiającego, tym ograniczenie konkurencji występującej na rynku w postępowaniu o udzielenie zamówienia może być większe, uznano, że żądanie wykonania zamówienia z lotnisk oddalonych od siedziby zamawiającego nie więcej niż 50 km nie jest wcale wygórowane i nie narusza zasad ogólnych ustawy wynikających z art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 Pzp. W jakiejś odległości od własnej siedziby granicę położenia lotniska zamawiający

musiał wyznaczyć (zawsze ograniczając w ten sposób realne szansę uzyskania zamówienia przez wykonawców, którzy nie dysponują własną bazą lotniczą na tym terenie). Z pewnością bardziej wygodna i korzystna dla odwołującego byłaby w tym przypadku postulowana granica województwa, niemniej jednak względy przemawiające za promieniem 50 km, przedstawione przez zamawiającego, a związane z organizacją jego pracy, uznano za spójne, racjonalne i przeważające - w ślad za stanowiskiem wyrażonym w przywoływanym niżej wyroku Izby. Wskazano, iż tego typu wymaganie zamawiającego było już przedmiotem oceny i orzekania KIO. Wyrokiem z dnia 14 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 439/12), w takim samym stanie faktycznym - ten sam zamawiający w postępowaniu dotyczącym takiego samego przedmiotu wymagał wykonania zamówienia z lotniska położonego na tym samym terenie - Izba oddaliła odwołanie dotyczące tego typu postanowień SIWZ. Skład orzekający KIO rozpoznający niniejsze odwołanie w pełni podzielił i poparł stanowisko wyrażone w sprawie o sygnaturze KIO 439/12.

W konsekwencji za niezasadne uznano również zarzuty dotyczące warunku udziału w postępowaniu referującego do dysponowania lotniskiem położonym w określonej odległości od siedziby zamawiającego. KIO wskazała, iż jest to warunek związany z wymaganiem wykonywania zamówienia z takiego lotniska. Dany warunek jest więc idealnie związany z przedmiotem zamówienia i doń adekwatny. Tym samym zarzuty dotyczące tego warunku są właściwie wtórne w stosunku do zarzutów dotyczących wymagań umiejscowienia lotniska, z którego wykonywane będą loty. Zarzuty odwołania rozpatrzono więc w odniesieniu do wskazanego elementu przedmiotu zamówienia, kierując się przy tym tematem w przypadku gdy w świetle przepisów ustawy dozwolone i dopuszczalne będzie żądanie wykonania przedmiotu zamówienia w określony sposób (z lotniska o określonej lokalizacji), dozwolone będzie również stawianie warunków udziału w postępowaniu, które pozwolą zweryfikować możliwości wykonawcy w tym zakresie już na etapie składania ofert.

Za zasadne KIO uznała natomiast zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu w zakresie „usługi odpowiadającej przedmiotowi zamówienia”, „wystarczającej ilości sprawnych samolotów” oraz „wykwalifikowanych pilotów”.

Zgodnie z art. 22 ust 1 ustawy, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

1. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
2. posiadania wiedzy i doświadczenia;
3. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
4. sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Według ust. 4 art. 22 Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust.1 powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do

przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z ust.5 warunki, o których mowa w ust.1 oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania, mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W świetle odpowiedzi na odwołanie oraz stanowiska przedstawionego na rozprawie stwierdzić można, iż zamawiający nie rozróżnia warunków udziału w postępowaniu od wymagań, co do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, składających się na jego opis.

Opis warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 Pzp, stanowi zestawienie cech podmiotowych wykonawcy, które zamawiający uznaje za niezbędne do wykonania jego zamówienia, a ich stawianie ma na celu zwiększenie prawdopodobieństwa wyłonienia wykonawcy gwarantującego bezproblemowe i zgodne z oczekiwaniami kontrahenta wykonanie zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu stawiane przez zamawiającego winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia (związane i proporcjonalne) w znaczeniu granicznym - zamawiający w przypadku gdy warunki w ogóle stawia, winien wskazać konkretne i czytelne, minimalne kryteria uznawania wykonawców za zdolnych do

wykonania danego zamówienia. Wszyscy spełniający tego typu warunki wykonawcy winni więc być uznani za zdolni do wykonania zamówienia i dopuszczeni do ubiegania się o jego udzielenie. Minimalne warunki udziału w postępowaniu są więc równe dla wszystkich wykonawców oraz z założenia możliwe winno być ustalenie czy dany wykonawca je spełnia, czy też nie. (Relatywizacja spełniania warunków udziału w postępowaniu może mieć jedynie miejsce w przypadku dwustopniowych trybów udzielania zamówienia, gdzie do składania ofert kwalifikowani są wykonawcy „najlepiej” spełniający warunki udziału w postępowaniu.) Każdy racjonalnie działający wykonawca, składając ofertę i przystępując do wykonania zamówienia, uznawał będzie, że dysponuje wystarczającą ilością sprawnych samolotów oraz wykwalifikowanych pilotów - w inny sposób danego przedmiotu zamówienia po prostu wykonać się nie da. Wykonawca składając ofertę i podpisując umowę w sprawie zamówienia przyjdzie na siebie zobowiązanie do jego wykonania zgodnie z SIWZ. Natomiast postawienie warunków udziału w postępowaniu ma na celu zweryfikowanie już na etapie składania i oceny oferty, czy dany wykonawca rzeczywiście daje rękojmię, a nawet czy ma w ogóle szansę ze swojego zobowiązania się wywiązać. Zamawiający podaje więc minimalny poziom własnych wymagań w tym zakresie, w na tyle precyzyjny i dookreślony sposób, tak aby umożliwić obiektywną ocenę i ustalenie, którzy wykonawcy spełniają tak postawione warunki udziału w postępowaniu.

Warunki opisane przez zamawiającego nie spełniają wyżej wymienionych postulatów.

Nie są ani konkretne, ani jasne, a ze względu na ich zakresową niedookreśloność nie można z góry ustalić w jaki sposób (na podstawie jakich kryteriów) zamawiający będzie uznawał i kwalifikował wykonawców, jako zdolnych do wykonania zamówienia. Warunki tego typu nie nadają się więc do egzekwowania w trakcie oceny ofert - ich zastosowanie oznaczałoby nadmierną uznaniowość zamawiającego, co z kolei mogłoby prowadzić do nierównego traktowania wykonawców.

Odnosnie warunku dotyczącego wykonania usługi „odpowiadającej przedmiotowi zamówienia” dodać należało, iż posługiwanie się wymienionym zwrotem (zaczepniętym z przepisów nieobowiązujących już aktów wykonawczych do ustawy) w treści materialnego opisu warunków udziału w postępowaniu, jest jednym z najczęstszych błędów zamawiających popełnianym przy tworzeniu SIWZ. Zamawiający w treści warunku winien określić do jakiej konkretnie usługi referuje i jakiej usługi wymaga, a nie pozostawiać domysłom wykonawców kwestię jaka usługa za odpowiadającą przedmiotowi zamówienia może zostać uznana (czy ma to być usługa identyczna i tożsama z usługą zamawianą czy też tylko podobna oraz w jakiej części, stopniu, aspekcie, zakresie... etc.) Przy czym postulatem względem treści opisu warunków udziału w postępowaniu, znajdującym oparcie w przepisach ustawy, jest jego konkretność i klarowność, a nie jego rozbudowanie. Żądania odwołującego, co do zaostrożenia warunków udziału w postępowaniu sformułowanych w SIWZ nie mają podstawy prawnej. Sprawą zamawiającego pozostaje jakie elementy referencyjnych usług zechce

wyspecyfikować i następnie egzekwować od wykonawców. Zamawiający nie może stawiać warunków nadmiernych i wygórowanych w stosunku do danego przedmiotu zamówienia, ograniczających konkurencję i dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania - w taki sposób należy rozumieć postulaty wynikające z art. 22 ust. 4 ustawy. Natomiast niejako „dolnej granicy” stawiania warunków udziału w postępowaniu ustawa nie określa. Przede wszystkim zamawiający warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 Pzp, może w ogóle nie opisywać. Racjonalność działań zamawiającego oraz przejawiany przezeń stopień dbałości o wydatkowane środki publiczne nie jest przedmiotem regulacji ustawy.

Zarzut w przedmiocie postanowień wzoru umowy (§ 3 ust. 4) dotyczących zmian terminów wykonania zamówienia uznano za niezasadny.

Kwestionowane postanowienia umowne, w zestawieniu z postanowieniami sąsiadującymi jednostek redakcyjnych paragrafu (cytowanych w ustaleniach Izby) nie budzą żadnych wątpliwości interpretacyjnych, a ich znaczenie jest łatwe do ustalenia. W świetle § 3 ust. 3 dokładne terminy wykonywania lotów wyznaczy zamawiający. W przypadku gdy warunki pogodowe uniemożliwią wykonanie zamówienia w danym dniu, zamawiający wyznaczy po prostu dzień inny. Wykonawca ma w umowie podany przedział czasowy, a także maksymalny

okres, w którym zamówienie będzie realizowane. Żadna niedookreśloność wymagań opisu przedmiotu zamówienia nie ma w tym przypadku miejsca. Wykonawca w ramach ryzyk, które przyjął na siebie składając ofertę w postępowaniu, winien utrzymywać gotowość do wykonania usługi przez cały październik. Opisana wyżej sytuacja nie ma również nic wspólnego z aneksowaniem treści umowy przez strony. Przy czym na marginesie KIO zauważyła, iż ze względu na zakres i charakter regulacji art. 144 ust. 1 Pzp, naruszenie normy wynikającej z ww. przepisu na etapie ustalania postanowień specyfikacji jest niemożliwe - może to mieć miejsce dopiero przez dokonanie zmiany umowy, której w sposób należyty nie przewidziano (nie opisano) w SIWZ.

Za zasadny uznano natomiast zarzut dotyczący § 4 ust. 1 pkt 8 wzoru umowy - w zakresie wymaganych ubezpieczeń. Kwestionowane postanowienia są na tyle niedookreślone, że ich stosowanie w trakcie relacji umowy sprowadza się właściwie do absurdu. Zamawiający nie zaznaczył nawet o jaki rodzaj ubezpieczenia mu chodzi i posiadanie jakiego ubezpieczenia samolotów i osób będzie egzekwował. W ten sposób wypełnieniem umownych wymagań zamawiającego byłoby ubezpieczenie pilota od utraty pracy z minimalną kwotą odpowiedzialności ubezpieczyciela. W żadnym razie na podstawie takiego postanowienia umowy nie da się stwierdzić, że zamawiającemu chodziło o wymagane prawem ubezpieczenia, związane z prowadzoną działalnością.

Za zasadne uznano również zrzuty dotyczące braku odpowiedzi na pytanie dotyczące publikacji SIWZ oraz niezamieszczenia korespondencji z wykonawcą (p. Arturem Chanajem) na stronie internetowej, na której opublikowano SIWZ. Bez znaczenia w tej sytuacji pozostaje, iż odwołanie względem powyższych naruszeń zamawiającego wnosił inny wykonawca niż zadający pytanie. W treści odwołania należyście oznaczono i opisano jakiej korespondencji zarzut dotyczy. Okoliczności faktyczne ww. zarzutu są więc łatwe do ustalenia, a naruszenie adekwatnych przepisów oczywiste. W świetle art. 38 ust. 1 ustawy zamawiający jest obowiązany do udzielania wykonawcom prostych i zrozumiałych wyjaśnień dotyczących treści SIWZ (w tym terminu jej publikacji), a nie uprawiania gier w kalambury lub mnożenia formalnych przeszkód w tym zakresie. Ponadto zgodnie z art. 38 ust. 2 treść zapytań wraz z własnymi wyjaśnieniami zamawiający zamieszcza na stronie internetowej, na której uprzednio zamieścił SIWZ. Natomiast jak wynika z ustaleń KIO, zamawiający uchylił się od odpowiedzi na przedmiotowe pytanie, a korespondencji w tej sprawie na stronie internetowej nie zamieścił. Przy czym Izba nie nakazywała już zamawiającemu udzielenie ww. odpowiedzi ze względu na fakt upływu terminów, w świetle których jej udzielenie miałoby znaczenie dla prowadzonego postępowania i wpływało na jego wynik.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 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).

Skargę na powyższy wyrok wniósł Skarb Państwa- Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Poznaniu, zaskarżając wyrok w części uwzględniającej odwołanie oraz rozstrzygającą w zakresie kosztów postępowania, to jest w całości punkty 1 i 2 wyroku. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

- błędne zastosowanie art. 192 ust. 2 ustawy PZP poprzez przyjęcie, że użyte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) zapisy „usługi odpowiadającej przedmiotowi zamówienia”, „wystarczającej ilości sprawnych samolotów”, „wykwalifikowanych pilotów” oraz zapis dotyczący wymaganego ubezpieczenia naruszają przepisy ustawy w sposób, który miał wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia,
- obrażę art. 192 ust. 2 i 3 ustawy „pzp”, poprzez nakazanie zamawiającemu zamieszczenie na stronie internetowej, na której zamawiający zamieścił SIWZ, treści wszelkich zapytań wykonawców dotyczących SIWZ wraz z odpowiedziami zamawiającego, w sytuacji, w której KIO nie może orzekać w zakresie przyszłych, hipotetycznych zdarzeń.

Ewentualnie obrażę art. 192 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 11 i art. 38 ustawy, poprzez

nakazanie zamawiającemu zamieszczenie na stronie internetowej, na której zamawiający zamieścił SIWZ, treści wszelkich zapytań wykonawców dotyczących SIWZ wraz z odpowiedziami zamawiającego w sytuacji, w której KIO nie sprecyzowała w sentencji wyroku tak wykonawców jak i zapytań. Żaden bowiem podmiot spełniający przesłanki definicji wykonawcy nie skierował zapytań do zamawiającego.

Zarzucając powyższe wniósł o:

uwzględnienie skargi, zmianę wyroku KIO oraz orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenie w całości odwołania przeciwnika skargi, zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych za obie instancje.

W ocenie skarżącego powyższe rozstrzygnięcie KIO nie zasługuje na uwzględnienie z poniższych względów.

KIO wydając zaskarżony wyrok przyjęła za podstawę odpowiedzialności Zamawiającego art. 192 ust. 2 ustawy „pzp”, który to przepis stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W przedmiotowej sprawie KIO błędnie przyjęło, że Zamawiający użył w SIWZ oraz we wzorze umowy stanowiącym załącznik do SIWZ zapisów, które rzekomo naruszyły przepisy Ustawy, w sposób który miał wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Według stanowiska KIO „...nie istnieje i nie może być postulowana w przepisach jakakolwiek konkurencyjność absolutna (...)”, dalej „W szczególności na przykład nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku.” lub „Jak już wskazano, tego typu ograniczenia konkurencji są niejako w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne.” Analizując wywoły KIO należałoby dojść do wniosku, iż choćby dla zasady należy sporządzić SIWZ w taki sposób aby ograniczała dostęp dla wszystkich potencjalnych wykonawców i dopuszczała do udziału jedynie takich, którzy spełnią sztucznie ustanowione warunki zamawiającego. Taki sposób interpretacji zamówień publicznych stoi w całkowitej sprzeczności z założeniami ustawy „PZP” oraz funkcją samej KIO. Wprawdzie w uzasadnieniu podaje się, że owe ograniczenie konkurencyjności podlega ocenie, nie mniej jednak samo założenie o konieczności ograniczenia potencjalnych wykonawców w zamówieniu publicznym stanowi obrazę podstawowych zasad Ustawy.

Podkreślił, iż zapisy o „wystarczającej ilości sprawnych samolotów” i „wykwalifikowanych pilotach” KIO zakwestionowało jedynie pod kątem potrzeby dookreślenia ilości samolotów i

pilotów nie kwestionując w pozostałym zakresie tych zapisów. Wychodząc z takiego stanowiska KIO uznało za niedopuszczalną sytuację gdy „Każdy racjonalnie działający wykonawca, składając ofertę i przystępując do wykonania zamówienia uznawał będzie, że dysponuje wystarczającą ilością sprawnych samolotów oraz wykwalifikowanych pilotów

Zamawiający celowo sprecyzował warunek udziału w postępowaniu poprzez posiadanie przez wykonawcę „wystarczającej ilości sprawnych samolotów” aby ten jako profesjonalista na rynku samodzielnie, biorąc pod uwagę własne możliwości techniczne skalkulował cenę oferty. Zamawiający jedynie określił (wykładnia językowa) ilość samolotów jako mnogą czyli minimum dwa samoloty. Z wiedzy i doświadczenia Zamawiającego wynika, że na rynku usług lotniczych oferowane są różnego typu samoloty nadające się do wykonania przedmiotowej usługi. Nie mniej jednak samoloty te różnią się między sobą, co oczywiste, parametrami technicznymi takimi np. jak zasięg, ilość zużywanego paliwa na trasie lotu itd. Jak zostało już wspomniane poszczególni wykonawcy posiadają różne typy samolotów i tym samym każda oferta będzie zawierała inną ilość samolotów. Tym samym Zamawiający w żaden sposób nie może przyjąć stanowiska KIO, że to Zamawiający ma obowiązek wskazać ilość samolotów i pilotów. Takie wskazanie byłoby urzeczywistnieniem ogólnego poglądu wyrażonego w uzasadnieniu wyroku, a cytowanego powyżej, iż „W szczególności na przykład nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku.” Skarżący w żaden sposób nie może zaakceptować takiego kierunku zamówienia publicznego sprowadzającego się wprost do ograniczenia zasady konkurencyjności i co jest oczywiste minimalizacji szansy na niższą cenę

zamówienia publicznego. Stanowisko KIO jest całkowicie oderwane od realiów zamówienia i sprzeczne z doświadczeniem życiowym. KIO nie zbadał i nie ocenił okoliczności związanych z zamówieniem, a w szczególności specyfiki rynku, którego zamówienie dotyczy, jego rodzaj i charakter oraz skutki dla potencjalnych wykonawców. Analogicznie należy odnieść się do sformułowania „wykwalifikowanych pilotów”, których ilość również winna być wskazana przez wykonawcę ze względu na sposób obsługi danego typu samolotów i ich ilości. Jednocześnie Zamawiający będzie weryfikował warunki na podstawie załączonych do oferty oświadczeń w tym zakresie wykonawcy. Pytanie czy wykonawca rzeczywiście daje rękojmię, a nawet czy ma w ogóle szansę wywiązać się ze swojego zobowiązania stanowi kwestię jedynie dla Zamawiającego, nie zaś dla wykonawcy (brak zatem interesu prawnego wykonawcy do kwestionowania takiego zapisu) i w tym samym nie może stanowić przedmiotu odwołania i wskutek tego rozstrzygnięcia KIO. Brak jest bowiem interesu prawnego wykonawcy w kwestionowaniu sposobu oceny spełniania warunków udziału w oparciu o dopuszczalne prawem oświadczenia wykonawców. Zdaniem skarżącego Ustawa oczywiście jak najbardziej dopuszcza taką formę weryfikacji warunków udziału w postępowaniu, a zatem brak jest w zakwestionowanych zapisach naruszenia Ustawy czy zasady uczciwej konkurencji. Brak jest również podstaw do wysuwania zarzutów o dowolności czy uznaniowości Zamawiającego, który przecież będzie dokonywał weryfikacji metodą spełnia/nie spełnia warunku (czyli czy wykonawca załączył/nie załączył

oświadczenia). W uzasadnieniu KIO wskazało, że „Co do zasady jednak, to wciąż

zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach jego realizacji, czy innych obowiązkach umownych etc...)”. Tym bardziej zatem stanowisko KIO zawarte w sentencji wyroku jest pozbawione spójności i logiki.

Odnosząc się do zakwestionowanego zapisu „odpowiadającej przedmiotowi zamówienia” nie sposób zgodzić się z argumentacją KIO, iż zapis ten wprowadza wątpliwość „czy ma to być usługa identyczna i tożsama z usługą zamawianą, czy też tylko podobna oraz w jakiej części, stopniu, aspekcie, zakresie...etc.”. Wątpliwości KIO i jej propozycje zapisu doświadczenia wykonawcy poprzez wykonanie „tożsamej usługi zamawianej” oznaczałoby konieczność wykazania się doświadczeniem w wykonaniu usługi, która ma nastąpić w przyszłości. Nadto z drugiej strony Zamawiający nie posłużył się takimi określeniami jak np. „usługa podobna”,

a wprost przeciwnie jak sam wskazał KIO Zamawiający posłużył się określeniem używanym przez wiele lat przez Ustawodawcę. Okoliczność, iż akt prawny został uchylony nie może przecież wpływać na samo jednoznaczne słownikowe rozumienie używanego sformułowania. W szczególności należy podkreślić zdaniem skarżącego, iż również KIO w swym uzasadnieniu wyroku posługiwało się określeniem „przedmiot zamówienia” (str. 16 uzasadnienia) co definiowała jako rodzaj, parametry, zakres, warunki realizacji i inne. W kontekście SIWZ i zawartego w niej zapisu o wykonaniu usługi odpowiadającej przedmiotowi zamówienia brak jest zdaniem skarżącego podstaw do wysuwania wątpliwości w zakresie przedmiotowości. Sama SIWZ została nazwana w sposób wyczerpujący i nie pozostawiający jakichkolwiek wątpliwości co do zakresu przedmiotowego. Tym samym powtarzanie w każdym miejscu SIWZ i wszystkich jej wielu załączników pełnej nazwy zamówienia publicznego graniczyłoby z absurdem. Powszechnie bowiem stosuje się sformułowania skrótowe odnoszące się w swym brzmieniu do jego pierwowzoru. Nigdy w przeszłości Zamawiający podczas realizacji dotychczasowych zamówień nie spotkał się z brakiem wątpliwości w zakwestionowanym zakresie. Stąd zastosowany zwrot w wystarczający sposób konkretyzuje jego sens. Nie bez znaczenia jest fakt braku jakichkolwiek zapytań od wielu lat ze strony wykonawców odnośnie zakwestionowanego zapisu.

Zamawiający podniósł dalej, że nie może podzielić również stanowiska KIO w zakresie kwestionowania zapisu dotyczącego ubezpieczenia. W załączniku do SIWZ (we wzorze umowy) wskazano, iż wykonawca zobowiązuje się na własny koszt przygotować wykonanie akcji szczepienia pod względem logistycznym, a w szczególności zapewni ubezpieczenie samolotów oraz wszystkich osób uczestniczących w lotach. Z całego kontekstu zdania wynika jasno, że Zamawiający sprecyzował w na tyle jasny sposób wymagania, że wykonawca nie powinien mieć wątpliwości, iż ubezpieczenie wiąże się bezpośrednio z wykonaniem akcji szczepienia. Przy czym należy podkreślić, że tak jak i w uprzednich latach w zrealizowanych

przetargach na przedmiotową usługę zamawiający nigdy nie odrzucił oferty przetargowej, która zawierała jedynie minimalne ubezpieczenie ustawowo wymagane tj. OC. Poza tym bez względu na interpretację tego zapisu, każdy wykonawca przedmiotowej usługi ma obowiązek posiadania OC i zamawiający tej okoliczności nie weryfikuje. Dalej, zarzuty przeciwnika skarżącego są przedwczesne, jako, że brak jest podstaw do wywodzenia, iż Zamawiający będzie kierował się w przyszłości dowolnością w interpretacji tego zapisu w sposób niekorzystny dla wykonawcy. Zastosowany zapis nie pozwala bowiem na jego interpretację przez Zamawiającego w sposób rozszerzający (należy przyjąć stanowisko, iż to co nie jest zabronione/nakazane w SIWZ jest dozwolone dla wykonawcy). Oznacza to, że wykonawca może wykupić dodatkowe ubezpieczenie (choć nie musi), co również nie stanowiłoby podstawy do odrzucenia oferty. Zastosowany zapis stanowi wymóg minimalnego, bo prawem nakazanego ubezpieczenia. Wszelkie zatem wysuwane wątpliwości uznać należy jako czysto hipotetyczne i jako takie oderwane od stanu faktycznego. Brak zatem interesu prawnego wykonawcy do kwestionowania zapisu.

Ponadto KIO nakazała zamieszczenie na stronie internetowej, na której Zamawiający zamieścił SIWZ, treści wszelkich zapytań wykonawców dotyczących SIWZ wraz z odpowiedziami Zamawiającego. Taki nakaz KIO jest nakazem ogólnym i brak jest podstaw aby nakazywać Zamawiającemu publikacji potencjalnych, ewentualnych i czysto hipotetycznych zapytań kierowanych w przyszłości. Jeżeli zaś KIO miała na myśli konkretnego wykonawcę to winna w sentencji wyroku sprecyzować jego nazwę i oznaczyć zapytanie. Przy obecnym zapisie sentencji wyroku brak jest podstaw prawnych dla KIO aby w ten sposób nakładać wirtualne obowiązki i tym samym przesądzać o odpowiedzialności Zamawiającego poprzez uwzględnienie odwołania. W uzasadnieniu KIO opisało korespondencję z radcą prawnym Arturem Chanajem prowadzącym kancelarię radcy prawnego (taki podpis widniał w korespondencji mailowej z Zamawiającym). Dla wyjaśnienia i rozstrzygnięcia czy Zamawiający ma do czynienia z wykonawcą, Zamawiający skierował zapytanie (okoliczność bezsporna) do radcy prawnego czy występuje on w cudzym

inieniu i w odpowiedzi Zamawiający otrzymał negatywną odpowiedź. Dywagacje KIO, jakoby Zamawiający uprawiał w ten sposób grę w „kalambury” lub „mnożył formalne przeszkody” są nie tylko niewłaściwe ale przede wszystkim lekceważą przepisy szczególne ustawy o radcach prawnych (zakaz wykonywania czynności wykraczających poza pomoc prawną) oraz Ustawy (brak formalnych uprawnień radcy prawnego do realizacji przedmiotowego zamówienia i tym samym niemożność występowania jako wykonawcy). W tej sytuacji Zamawiający słusznie nie zakwalifikował radcę prawnego jako wykonawcę z uwagi na niemożność występowania w tej roli członka samorządu radcowskiego (Artur Chanaj występował charakterze radcy prawnego). Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 11 Ustawy przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Dalej, według art. 38 Ustawy wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tymczasem KIO nie wzięła pod uwagę okoliczności, iż radca prawny nie jest z mocy ustaw (ustawy o radcach prawnych i Ustawy) uprawniony do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego odpowiadającemu przedmiotowi zamówienia. Tym samym radca prawny nie może w świetle Ustawy być traktowany jako wykonawca, a jego korespondencja z Zamawiającym winna być traktowana jedynie jako stosowanie ustawy o dostępie do informacji publicznej i jako taka brak podstaw aby ją publikować. Powyższa argumentacja nie zmienia faktu, iż jak KIO zaznaczyło w uzasadnieniu (str. 26), Izba w zaskarżonym wyroku nie nakazała Zamawiającemu udzielenie odpowiedzi radcy prawnemu Arturowi Chanaiowi. Jako, że innych pytań od jakichkolwiek podmiotów nie było oznacza to, że nakaz sformułowany w sentencji wyroku dotyczący publikacji, traktuje o ewentualnych, czysto hipotetycznych przyszłych zapytaniach. Tym samym brak jest podstaw prawnych do formułowania w ten sposób nakazów w wyroku KIO. Bezprawnym jest z góry zakładanie, że Zamawiający w przyszłości i czysto hipotetycznie naruszy Ustawę. Wobec tego również i w tym zakresie rozstrzygnięcie KIO nie może się ostać. Zdaniem skarżącego, Odwołujący nie przeprowadził dowodu w oparciu o art. 6 k.c., który udowadniałby lub choćby uprawdopodobniał naruszenie Ustawy w zakresie w którym KIO uwzględniło odwołanie. Zastosowane bowiem w SIWZ zapisy są zdaniem skarżącego ściśle związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i opisane w sposób konkretny i czytelny i w żadnym razie nie naruszają zasad uczciwej konkurencji. Wprost przeciwnie

zastosowane minimalne wymagania są równe dla wszystkich i stanowią gwarancję równego traktowania wykonawców. Jak słusznie zauważył KIO „dolnej granicy” stawiania warunków udziału w postępowaniu Ustawa nie określa, tym samym nakazy zaostreżenia warunków udziału w postępowaniu nie mają podstawy prawnej.

W odpowiedzi na skargę Aerogryf Aviation spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie wniosła o jej oddalenie w całości i zasądzenie od Zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył co następuje;

Skarga okazała się niezasadna.

W istocie wywody zawarte w części motywacyjnej środka zaskarżenia sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, korzystnej dla niego, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej wersji stanu faktycznego i poczynionych na tym tle rozważań prawnych. Tego rodzaju polemika nosi cechy dowolności i nie może wywoływać

oczekiwanych przez skarżącego rezultatów.

KIO w sposób prawidłowy i staranny przeprowadziła postępowanie dowodowe oraz w sposób wnikliwy i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody i okoliczności przeprowadzone w toku rozprawy. Ocena materiału dowodowego została dokonana z

4k

uwzględnieniem reguł rządzących postępowaniem cywilnym, jest oceną wszechstronną i bezstronną, nie narusza granic oceny swobodnej. Jest zgodna z zasadami doświadczenia życiowego, nie zawiera błędów faktycznych lub logicznych. Prawidłowo ustalono stan faktyczny sprawy z poczynionych ustaleń wyciągnięto właściwe wnioski prawne, stąd ustalenia te jak i wnioski prawne Sąd Okręgowy uznaje za własne.

Dla oceny zasadności skargi koniecznym jest wskazanie na rolę Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia[dalej „SIWZ”] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Treść SIWZ określa przepis art. 36 ustawy prawo zamówień publicznych[dalej „pzp”]. Nie powinno budzić wątpliwości, że SIWZ jest jednym z podstawowych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i co najistotniejsze, podstawowym dokumentem, na podstawie którego Wykonawcy przygotowują oferty. Specyfikacja oznacza wymienienie, wyliczenie szczegółowego opracowania istotnych warunków zamówienia, których spełnienia Zamawiający oczekuje od Wykonawców w składanych przez nich ofertach. Jest to tym bardziej istotne gdy zważyć, tak jak w niniejszym postępowaniu, że kryterium wyboru oferty była najniższa cena. A zatem potencjalni wykonawcy, przygotowując ofertę powinni kierować się jasnymi, precyzyjnymi i jednoznacznymi kryteriami określonymi w SIWZ przez Zamawiającego co do sposobu i możliwości wykonania zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza ze wszech miar trafnie uznała, że zaskarżone przez Odwołującego i uwzględnione przez KIO zapisy SIWZ są sprzeczne z przedstawioną wyżej istotą SIWZ określoną art. 36 ustawy „pzp” i tym samym nastąpiło naruszenie przepisów ustawy „PZP”, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Przedmiotem zamówienia było wykonanie usługi lotniczej polegającej na wyłożeniu szczepionki przeciwko wściekliznie lisów wolno żyjących podczas akcji szczepień w 2013r., na terenie województwa wielkopolskiego.

W punkcie VIII SIWZ- „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania ocen spełnienia tych warunków” Zamawiający wpisał między innymi, że o udzielenie

zamówienia mogą się ubiegać między innymi Wykonawcy, którzy dysponują wystarczającą ilością sprawnych samolotów i wykwalifikowanymi pilotami. Słusznie KIO uznała, że powyższe zapisy SIWZ są niedookreślone, nieprecyzyjne, pozwalające na zbyt dowolną interpretację, co w kontekście art. 29 i art. 22 ust.4 „pzp” jest niedopuszczalne. Można bowiem równie dobrze przyjąć, iż dla wykonania powyższej usługi koniecznym jest dysponowanie flotą samolotów bądź dwoma, trzema trzy pięcioletnimi samolotami. Słusznie odwołujący wskazuje w odpowiedzi na skargę, że tak naprawdę dopiero w toku postępowania wszczętego wniesieniem odwołania Zamawiający dookreślił, że posługując się liczbą mnogą miał na myśli minimum dwa samoloty jakimi powinien dysponować każdy z Wykonawców składających ofertę na wykonanie zamówienia. Tym samym potwierdził zarzut co do niejednoznaczności powyższego zapisu, pozwalającego na dowolną interpretację tegoż. Słuszne jest stanowisko KIO, iż każdy racjonalnie działający Wykonawca składając ofertę i przystępując do wykonania zamówienia na podstawie takiej treści SIWZ będzie uznawał, że dysponuje wystarczającą liczbą sprawnych samolotów i wykwalifikowanych pilotów albowiem w inny sposób danego przedmiotu zamówienia wykonać się nie da. Dlatego postawienie warunku udziału w postępowaniu ma na celu zweryfikowanie już na etapie składania i oceny oferty, czy dany Wykonawca rzeczywiście daje rękojmię, a nawet czy w ogóle ma szansę ze swojego zobowiązania się wywiązać. Skoro potencjalni Wykonawcy mają przygotować ofertę na wykonanie zamówienia na podstawie zapisów SIWZ, to te powinny być konkretne, precyzyjne albowiem tylko wówczas możliwym jest przygotowanie odpowiedniej oferty. Takich wymogów zaskarżone przez Odwołującego, a uwzględnione przez KIO zapisy nie spełniały.

Prawidłowo KIO nakazała też dokonania modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [SIWZ] przez wykreślenie w rozdziale VIII tiret 2 słów „odpowiadająca przedmiotowi zamówienia” i określenie w zamian zakresu przedmiotowego wymaganej

usługi. Powyższy zapis SIWZ miał następujące brzmienie: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia- minimum jedna usługa odpowiadająca przedmiotowi zamówienia wykonana w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie”. Nietrafne są zarzuty skargi sprowadzające się do nieuprawnionego narzucania przez KIO konieczności powtarzania w SIWZ i jej załącznikach każdorazowo pełnej nazwy zamówienia publicznego. Z uzasadnienia wyroku KIO wynika jednoznacznie, iż Zamawiający miał obowiązek zamieszczając opisany wyżej warunek ubiegania się o udzielenie zamówienia, określić precyzyjnie i konkretnie do jakiej uprzednio wykonanej usługi go odnosi, a nie pozostawiać Wykonawcom domyslenia się jaka usługa może zostać uznana za odpowiadającą przedmiotowi zamówienia. Oczywiście jest, iż postawiony warunek musi być tak sprecyzowany [opisany] aby potencjalny Wykonawca wiedział, czy wykonane przez niego wcześniej usługi bądź usługa odpowiadają tym jakich oczekuje Zamawiający. Powinny to być zatem czytelne i jasne kryteria co do zakresu usługi, czasu jej trwania itp.

Powyższe rozważania odnieść należy do kolejnego zarzutu skargi, dotyczącego

doprecyzowania w §4 ust.1 pkt 8 załącznika numer 3 „Umowa w sprawie wykonania usługi lotniczej” rodzaju ubezpieczenia, które ma zapewnić wykonawca dla osób i samolotów uczestniczących w lotach”. Kwestionowany zapis ma następujące brzmienie - §4 ust.1 pkt 8 załącznika nr 3 „ Wykonawca zobowiązuje się na własny koszt przygotować wykonanie akcji szczepienia pod względem logistycznym, w szczególności zapewni: ubezpieczenie samolotów oraz wszystkich osób uczestniczących w lotach”. Trafnie KIO uznała, iż jest to zapis niedookreślony, nieprecyzyjny, pozwalający na dowolną interpretację w zakresie rodzaju ubezpieczenia samolotów i osób. Bez znaczenia jest przy tym argumentacja skargi, że w poprzednich postępowaniach o udzielenie zamówienia na podobną usługę, Zamawiający nie odrzucał ofert zawierających tylko ubezpieczenie w zakresie Odpowiedzialności Cywilnej. Słusznie Odwołujący podnosi, iż przy tego rodzaju zapisie, który będzie brany pod uwagę przy wyborze ofert nie wie jakiego rodzaju ubezpieczenie będzie wystarczające[jakiego rodzaju ubezpieczenie ma wykupić}.

Co do ostatniego z zarzutów skargi.

Pozostaje poza sporem, że stosownie do art. 38 ust. Pzp Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie. Zgodnie z art. 38 ust.2 treść zapytań wraz z wyjaśnieniami Zamawiający przekazuje Wykonawcom, którym przekazał SIWZ bez ujawnienia źródła informacji, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej[co miał miejsce w niniejszej sprawie], zamieszcza na tej stronie. Sąd Okręgowy w pełni aprobuje argumentację KIO w odniesieniu do powyższego zarzutu. Uzasadnienie zasadności tegoż jest jasne i czytelne. To, że zapytanie złożył radca prawny Artur Chanaj w żadnej mierze nie uprawniało Zamawiającego do uchylenia się od odpowiedzi na zadane pytanie i niezamieszczenie odpowiedzi na stronie internetowej. Cytowany wyżej przepis nakłada na Zamawiającego obowiązek udzielania odpowiedzi i wyjaśnień bez uprzedniej weryfikacji Wykonawcy zadającego pytania.

Mając powyższe na uwadze skargę jako bezzasadną na podstawie art. 198fust.2 ustawy „PZP” oddalono, o kosztach zastępstwa procesowego orzekając na podstawie art. 198fust. 5 PZP w związku z art. 98§UHjTkpe^art. 99 kpc w zw. z §2.1 oraz § 5 w zw. z § 10 ust.1pkt 4 rozporządzenia Mii ń z 28.09.2002r. „, w sprawie opłat za czynności

,' , R. 'Triebny B. Gryczka
'żU.nr. 163-poz: '1349 z póź. zm].