

WYROK

z dnia 23 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: przewodniczący Anna Packo
protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2010 r. w Warszawie
odwołania wniesionego przez

**Krzysztofa Bilarzewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod
nazwą Gwiazda – PPHU ul. Grunwaldzka 62, 83-000 Pruszcz Gdański**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

**Inspekcję Weterynaryjną Wojewódzki Inspektorat Weterynarii
ul. Powstańców Wielkopolskich 10, 85-090 Bydgoszcz**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zmienić treść rozdziału 3. pkt 3.1.
ppkt 10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez
wykreślenie słowa „wyłącznie” oraz doprecyzowanie, w jaki sposób
ma zostać zachowana wymagana linia lotu,**

2. kosztami postępowania obciąża Inspekcję Weterynaryjną Wojewódzki Inspektorat Weterynarii ul. Powstańców Wielkopolskich 10, 85-090 Bydgoszcz i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Krzysztofa Bilarzewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Gwiazda – PPHU ul. Grunwaldzka 62, 83-000 Pruszcz Gdański,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **6 249 zł 06 gr** (słownie: sześć tysięcy dwieście czterdzieści dziewięć złotych sześć groszy) przez **Inspekcję Weterynaryjną Wojewódzki Inspektorat Weterynarii ul. Powstańców Wielkopolskich 10, 85-090 Bydgoszcz** na rzecz **Krzysztofa Bilarzewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Gwiazda – PPHU ul. Grunwaldzka 62, 83-000 Pruszcz Gdański** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia za sporządzenie odwołania i dojazdu na rozprawę,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Krzysztofa Bilarzewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Gwiazda – PPHU ul. Grunwaldzka 62, 83-000 Pruszcz Gdański.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie do wyroku KIO/UZP 324/10 z 23 marca 2010 r.

Zamawiający – Inspekcja Weterynaryjna Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Bydgoszczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *usługę wykładania szczepionki przeciwko wściekliźnie lisów wolno żyjących za pomocą samolotów* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 19 lutego 2010 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2010/S 35-050866, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

1 marca 2010 r. Odwołujący – Krzysztof Bilarzewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Gwiazda – PPHU wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego polegające na sformułowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu przedmiotu zamówienia w powiązaniu z warunkiem uczestnictwa w postępowaniu w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 29 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 i art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych, co spowodowało naruszenie wskazanych przepisów oraz zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych) i wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wyeliminowania z ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapisów naruszających wskazane wyżej przepisy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący stwierdził, że Zamawiający wymaga, aby usługa wykonywana była zgodnie z zasadami sztuki lotniczej, przy zapewnieniu precyzyjnego wykładania szczepionki poprzez dostosowanie tras, prędkości i wysokości planowanych lotów do potrzeb należytego wykonania zadania. Samoloty muszą być wyposażone w system GPS i system rejestrujący zrzut każdej dawki szczepionki, aby umożliwić stwierdzenie, czy samolot porusza się zgodnie z wcześniejszymi ustalonymi liniami oraz udokumentowania, że na danej linii została wyłożona

przewidziana ilość dawek szczepionki. Z tymi wymogami klóci się zapis, w którym Zamawiający wymaga, aby loty odbywały się po liniach wyłącznie równoległych do równoleżnika o szerokości geograficznej 50°, co zapewni, że linie przelotów w poszczególnych województwach graniczących od wschodu i zachodu będą stykać się ze sobą.

Wymóg wyposażenia samolotów w system GPS powoduje, że nie można wykonać zamówienia w sposób narzucony przez Zamawiającego, gdyż samolotem wyposażonym w GPS można wykonywać wyłącznie loty po ortodromie, czyli linii prostej i w konsekwencji w taki sam sposób są rejestrowane trasy przelotów tj. po liniach prostych. Natomiast równoleżnik 50° jest łukiem, więc nie można nakreślić linii prostej równoległej do łuku. Oznacza to, że Zamawiający, narzucając system wyposażenia samolotów w GPS przy jednoczesnym nakazaniu lotów po liniach wyłącznie równoległych do równoleżnika o szerokości geograficznej 50° stwarza stan uniemożliwiający wykonanie zadania w wymagany sposób.

Skoro w akcji należy zapewnić częstotliwość wykładania 20 dawek szczepionki na km² powierzchni i udokumentować ten fakt, to do wykonawcy winien należeć wybór sposobu wykonania. Zamawiający nie wskazuje związku kierunku zrzutu szczepionki na proces immunizacji, a powszechną praktyką w Polsce jest wykonywanie lotów dla tego typu usług w kierunkach wschód – zachód , północ – południe, co skraca czas przelotów.

W ocenie Odwołującego wyeliminowane winny być zapisy kwestionowane w odwołaniu. Odwołujący ma interes prawny w korzystaniu z odwołania, gdyż świadczy usługi lotnicze, chce ubiegać się o zamówienie i ma szansę je uzyskać, jednak wobec kwestionowanych zapisów ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości uczynić tego, gdyż nie ma obiektywnych możliwości wykonania usługi w sposób narzucony przez Zamawiającego tj. nie może wykonać wydruku siatki zrzutu po liniach wyłącznie równoległych do równoleżnika o szerokości geograficznej 50°.

Zapis dot. terminu wykonania usługi nie jest precyzyjny, gdyż nie wynika z niego, czy dotyczy całej akcji tj. obejmującej wiosnę i jesień, czy też każdej z tych pór roku z osobna.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń Stron i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający rzeczywiście zawarł wskazane przez Odwołującego postanowienia.

Podczas rozprawy Zamawiający wyjaśnił, iż wymagając lotów po liniach równoległych do równoleżnika, jak też liniach prostych, miał na myśli tylko pewną idee i ogólny kierunek lotu, a dopuszcza odstępstwa od tego kierunku – jest to nawet konieczne w praktyce dla ominięcia np. akwenów i obszarów zurbanizowanych, w których nie zrzuca się szczepionek.

Zatem Zamawiający sam przyznał, iż nie będą to linie „wyłącznie równoległe do równoleżnika”. Należy zwrócić uwagę, iż to, co dla Zamawiającego może być tylko „ogólną ideą kierunku”, zgodnie z „zasadami sztuki lotniczej” może być poważną kwestią. Przy tym wielokrotnie podkreślaną zasadą przy formułowaniu wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest to, by były one wyrażone w tej specyfikacji *expressis verbis*, a nie nieuwidocznione w niej zamierzenia, do tego sprzeczne z postanowieniami w niej zawartymi. Tym bardziej, iż kwestia ta ma wpływ na sporządzenie oferty, gdyż zgodnie z rozdziałem 10. pkt 10.11. poz. 11 tabeli, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy dołączyli do oferty projekt dokumentacji przygotowań do akcji zawierający m.in. trasy map lotniczych z naniesionymi równoległymi liniami zrzutów i rasy planowane na każdy dzień zrzutu. Przy pozostawieniu kwestionowanego postanowienia rozdziału 3. pkt 10. specyfikacji istotnych warunków zamówienia w obecnym brzmieniu – bez wskazania w nim pełnych wymagań i zamiarów Zamawiającego – mogłoby się okazać, iż złożone oferty, jakkolwiek zgodne z zamiarami Zamawiającego, należy odrzucić jako niezgodne z zapisaną treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tego powodu orzeczono jak w sentencji.

Jednak co do samego żądania, aby to wykonawcy określali trasy przelotu, Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, iż to on ma prawo opisać

sposób wykonania zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Ustalenie kierunku przelotów nie godzi w interes wykonawców ani nie uniemożliwia im wykonania usługi, a jeśli nawet spowoduje wyższe koszty wykonania usługi, zostaną one poniesione przez Zamawiającego, a fakt ten również nie godzi w interes wykonawców w uzyskaniu zamówienia.

W stosunku do wskazanego w zarzutach naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący wyjaśnił, iż odnosi się on do ewentualnych wyższych kosztów wykonania usługi, co nie ma związku ze wskazanym przepisem, który dotyczy warunku udziału w postępowaniu, zatem Izba uznała, że został on przywołany omyłkowo.

W odniesieniu zaś do zarzutu nieprecyzyjnego określenia terminu wykonania zamówienia Izba stwierdza, iż zarzut nie potwierdził się – Zamawiający w rozdziale 3. pkt 1 wskazał planowane daty akcji wiosennej i jesiennej – od 8 do 11 maja 2010 r. i od 24 do 27 września 2010 r. – zatem w każdym z sezonów są to 4 dni: 8, 9, 10 i 11 maja oraz 24, 25, 26 i 27 września. Natomiast do wyjaśnienia wątpliwości tego rodzaju bardziej adekwatne jest skorzystanie z możliwości zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o którym mowa w art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie ze środków ochrony prawnej.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. *w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.) w związku z § 7 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), tj. zgodnie z przepisami dotychczasowymi z uwagi na to, że postępowanie wszczęto po 29 stycznia 2010 r., a odwołanie wniesiono

1 marca 2010 r., a więc przed dniem wejścia w życie ww. rozporządzenia z 15 marca 2010 r.

Przewodniczący:

.....