

WYROK
z dnia 12 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2019 r. przez **Wykonawcę – Z.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą WINGSTORE Z.K.** ul. Wincentego Pola 35a (58-500 Jelenia Góra) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Jednostkę Wojskową nr 4724** w Krakowie, ul. Tyniecka 45 (30-901 Kraków)

orzeka:

- 1 Oddala odwołanie.
- 2 Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę Z.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą WINGSTORE Z.K. w Jeleniej Górze i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę Z.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą WINGSTORE Z.K. w Jeleniej Górze tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Wykonawcy - Z.K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą WINGSTORE Z.K. w Jeleniej Górze na rzecz Zamawiającego – Jednostki Wojskowej nr 4724 w Krakowie kwotę 3.829 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące osiemset dwadzieścia dziewięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz dojazdem na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego Jednostkę Wojskową nr 4724 w Krakowie, na *wykorzystanie cywilnego statku powietrznego wraz z załogą do zabezpieczenia specjalistycznego szkolenia spadochronowego* (nr postępowania: ZP/02/2019), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21.01.2019 r., nr 505464-N-2019, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części nr 2 i 4 złożonej przez konsorcjum Aeroklub Nowy Targ oraz Aeroklub Gdański (dalej jak Konsorcjum), Wykonawca Z.K. (WINGSTORE Z.K.) w Jeleniej Górze (dalej jako Odwołujący), wniosła w dniu 26 lutego 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 343/19).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 18 i 20 w zw. z art. 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawny wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej mimo, że Wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, zaś jego oferta winna zostać odrzucona;
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez brak unieważnienia postępowania, mimo że dotknięte jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego'
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie Konsorcjum z postępowania, zobowiązanie Zamawiającego do powtórzenia czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, ewentualnie unieważnienie postępowania.

Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania na część nr 2 i 4 w dniu 21 lutego 2019 r. drogą mailową.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazał na istotny wpływ Aeroklubu Nowy Targ na kalkulację ceny oferty, który może dowolnie ustalać (narzucać) opłaty za korzystanie z lotniska wskazanego przez Zamawiającego w siwz, jako miejsca, na którym będą prowadzone szkolenia skoczków spadochronowych. Odwołujący dzień przed otwarciem ofert otrzymał odpowiedź Aeroklubu Nowy Targ na pytanie o wysokości opłat za udostępnienie lądowiska i postój samolotu na potrzeby realizacji zamówienia, chociaż wniosek złożył w dniu 23.01.2019 r. Odpowiedź była niejednoznaczna i nie można było ustalić faktycznych opłat

związanych z korzystaniem z lotniska. Aeroklub wskazał, iż w przypadku działalności powodującej ograniczenie ruchu własnego Aeroklubu, a taki wymóg wiąże się z realizacją usługi objętej przedmiotowym postępowaniem, ceny za wynajem części terenu lotniska będą musiały zostać ustalone w sposób indywidualny, co wymaga szczegółowego omówienia i zawarcia stosownej umowy. Aeroklub nie zaproponował zawarcia takiej umowy Odwołującemu, nie określił też przybliżonych warunków takiej umowy. W związku z powyższym Odwołujący w dniu 4.02.2019 r. wniósł o wykluczenie Aeroklubu z postępowania oraz unieważnienie całego postępowania. W piśmie tym poinformował o działaniach ograniczających konkurencję podejmowanych przez jednego z wykonawców, którzy złożyli ofertę.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie mógł dokonać wyboru oferty Konsorcjum, gdyż Aeroklub Nowy Targ podejmował bezprawne działania mające na celu wpłynięcie na wynik postępowania, utrudniające dostęp do realizacji zamówienia innym wykonawcom oraz zakłócenie uczciwej konkurencji. Aeroklub Nowy Targ utrudnił Odwołującemu kalkulację kosztów realizacji zamówienia i oszacowanie ceny oferty, gdyż odmówił udzielenia rzetelnej informacji na temat wysokości opłat związanych z korzystaniem z lotniska, a także pozostawił własnemu uznaniu określenie warunków porozumienia. Z drugiej strony składając ofertę w postępowaniu wspólnie z innym podmiotem mógł obniżyć cenę o koszty opłat za korzystanie z lotniska. W rezultacie Aeroklub Nowy Targ uniemożliwił Odwołującemu złożenie oferty, która mogłaby w sposób rzeczywisty konkurować z ofertą Konsorcjum.

W myśl art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp wyklucza się z postępowania wykonawcę, który bezprawnie wpływał lub próbował wpłynąć na czynności zamawiającego lub pozyskać informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp wykluczeniu podlega również wykonawca, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zdaniem Odwołującego zawarcie umowy konsorcjum pomiędzy Aeroklubem Nowy Targ, a Aeroklubem Gdańskim, nosi cechy, tzw. zmowy przetargowej. Bezspornie bowiem tylko Aeroklub Nowy Targ jest wyłącznym dysponentem lotniska, na którym mają być świadczone usługi. Z dokumentu wynika, że Wykonawca nie chciał udostępnić lotniska innym wykonawcom, ani w sposób rzetelny przedstawić warunków na jakich korzystanie z lotniska będzie możliwe.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał na wypełnienie przesłanki do unieważnienia postępowania określonej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego sposób formułowania wymagań w siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia narusza, w szczególności wyartykułowaną w treści art. 7 ust. 1 i 3 rozwinętą w art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania

wykonawców. Zgodnie z w/w zasadą nie można określać w siwz wymogów dla przedmiotu zamówienia tak, aby spełniał je tylko jeden lub bardzo wąskie grono oferowanych na rynku produktów. Określenie konkretnej lokalizacji (lotniska), w której mają być wykonywane szkolenia w zakresie startów lub lądowań, na gruncie faktycznej możliwości wykonania zobowiązania jest niezrozumiałe i jednocześnie ogranicza konkurencję. Na terenie Województwa Małopolskiego znajduje się wiele innych powszechnie dostępnych lotnisk spełniających wymagania Zamawiającego, na których może być świadczona usługa objęta zamówieniem. Dysponowanie przez wykonawcę bardziej oddalonym, ale udostępnionym na korzystniejszych warunkach ekonomicznych lotniskiem, pozwoliłoby na złożenie oferty o jeszcze niższej cenie. Zamawiający we wcześniejszych postępowaniach wskazywał na inne lotniska, powszechnie dostępne, bliższe siedziby Zamawiającego i spełniające wszelkie wymogi bezpieczeństwa. Przykładowo Zamawiający wymagał lotniska w promieniu ok. 300 km od Krakowa (w roku 2016), ok 200 km od Krakowa (lotnisko w Gliwicach). W 2017 r. Zamawiający wskazał na lotniska zlokalizowane w trzech miejscowościach, a faktycznie usługa była wykonywana w Rudnikach i Niegowoniczkach. Dla części 1 i 3 zamówienia Zamawiający w ramach niniejszego postępowania przewidział dwie lokalizacje, tj. Rudniki oraz Piotrków. Odległość od siedziby Zamawiającego do lądowiska w Niegowoniczkach wynosi 65 km (godzina jazdy), zaś do Nowego Targu ok 100 km (prawie 2 godziny jazdy). W sytuacji odmowy woli współpracy ze strony podmiotu zarządzającego lotniskiem w Nowym Targu, wykonawca nie mógłby w ogóle zrealizować zamówienia zgodnie z tym wymaganiem. Zamawiający nie wskazał na żadne obiektywne potrzeby wymagające takiej, a nie innej organizacji wykonania usługi w Nowym Targu.

Zamawiający w piśmie z dnia 11.03.2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

W dniu 6.03.2019 r. do postępowania odwoławczego przystąpiło Konsorcjum po stronie Zamawiającego. Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron Izba uznała, iż przystąpienie było nieskuteczne z uwagi na uchybienie 3-dniowemu terminowi na jego wniesienie i nie dopuściła Konsorcjum do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika po stronie Zamawiającego. Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, iż o wniesieniu odwołania Konsorcjum zostało powiadomione mailem w dniu 26.02.2019 r., w którym załączona została kopia odwołania wraz z informacją od Zamawiającego o możliwości zgłoszenia przystąpienia w terminie 3 dni. Konsorcjum złożyło do akt sprawy pismo zawierające oświadczenie o przystąpieniu w dniu 6.03.2019 r. Zgodnie z art. 185 ust. 2 Ustawy wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, co w niniejszej sprawie oznaczało, iż

przystąpienie powinno być wniesione najpóźniej z końcem dnia oznaczonego datą 1.03.2019 r.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego. Ponieważ następstwem decyzji o wyborze oferty Konsorcjum na część nr 2 i 4 była utrata możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego, wniesienie odwołania stanowiło jedyną drogę do wzruszenia niekorzystnego wyniku postępowania, co wypełnia przesłanki określone w Ustawie.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Konsorcjum, a także wyjaśnień i dokumentów złożonych w toku postępowania, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Przedmiotem zamówienia jest zawarcie umowy na wykorzystanie cywilnego statku powietrznego wraz z załogą do zabezpieczenia specjalistycznego szkolenia spadochronowego, które prowadzić będzie Zamawiający. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na części, z których części nr 2 i 4 dotyczą wykorzystania statku powietrznego An-2. Na wykorzystanie cywilnego statku powietrznego do szkolenia spadochronowo-desantowego w 2019 r. zgodę wyraziło Dowództwo Komponentu Wojsk Specjalnych. Zgoda dotyczy żołnierzy JW. 4724, żołnierzy innych państw w ramach współpracy JCET oraz pozostałych żołnierzy Wojsk Specjalnych objętych szkoleniem spadochronowo-desantowym. Jednocześnie wyrażając zgodę Dowództwo nakazało ściśle przestrzegać „Wytocznych do szkolenia spadochronowo-desantowego DKWS w 2019 roku” oraz zapisów obowiązujących regulaminów i instrukcji w tym zakresie. (dokument wychodzący nadawcy nr 585/19).

Planowany termin wykonania zamówienia określony w załączniku nr 7 do siwz (Opis Przedmiotu Zamówienia) dla części nr 2 i 4 wskazany został do 31.10.2019. Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do zapewnienia realizacji zamówienia (szkoleń w zakresie startów lądowań) w oparciu o lotnisko Nowy Targ (dotyczy części nr 2 i 4). W OPZ wskazano

planowane rodzaje skoków spadochronowych: skok metodą spadochronową na natychmiastowe otwarcie oraz stabilizację; skok z wysokości 400-1500 m nad poziomem zrzutowiska; skok w dzień i w nocy; skok typu przelot. W czasie realizacji przedmiotowej usługi (szkoleń), nie mogą być organizowane jednocześnie inne przedsięwzięcia (jak szkolenia samolotowe lub szybowcowe, zawody modelarskie, skoki spadochronowe, itp.) na tym samym lotnisku/zrzutowisku (pkt 16 OPZ). Teren zrzutowiska do skoków jak i miejsce lądowania na spadochronach zapewnia i zabezpiecza Wykonawca w oparciu o miejsce określone w pkt 4 OPZ (pkt 9 OPZ). Specyfika szkoleń (jak wyjaśnił to Zamawiający) wymaga lotniska, które zapewni bezpieczeństwo szkolonych żołnierzy (zmniejszy ryzyko zniesienia na teren zurbanizowany, ewentualne inne przeszkody terenowe), jak również pozwoli na pełną obserwację skoku przez instruktora, który znajduje się w miejscu startu, zrzutu i lądowania żołnierza. Ponadto, Zamawiający wskazał, iż programem szkolenia objęci zostaną żołnierze, dla których będą to pierwsze skoki, jak również żołnierze jednostek specjalnych.

Jedynym kryterium ustalonym w postępowaniu jest kryterium ceny.

Pismem z dnia 24.01.2019 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o zmianę treści siwz poprzez usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia warunku zapewnienia realizacji zamówienia w oparciu o lotnisko w Nowym Targu oraz zastąpienie tego warunku wskazaniem na możliwość realizacji zamówienia w oparciu o lotniska znajdujące się na obszarze województwa małopolskiego lub też wskazaniem możliwości wykonania tegoż zamówienia również w oparciu o lotniska w Rudnikach oraz Niegowoniczkach. W ocenie Odwołującego wymóg realizacji zamówienia w oparciu o lotnisko w Nowym Targu naruszać miał art. 29 Ustawy i uniemożliwiał przeprowadzenie postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący zakładał, iż ofertę może złożyć Aeroklub Nowy Targ, co miałyby zakłócić uczciwą konkurencję. Ponadto, uzasadnieniem dla złożonego wniosku miał być brak żadnego ekonomicznego i faktycznego uzasadnienia dla utrzymania tego zapisu.

W piśmie z dnia 28.01.2019 r. Zamawiający ustosunkowując się do wniosku wskazał, iż opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań oraz specyfiki działań Zamawiającego i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W opinii Zamawiającego, jeżeli opis uniemożliwia złożenie oferty Odwołującemu, nie jest to jednoznaczne z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w sytuacji gdy na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum.

W piśmie z dnia 23.01.2019 r. (złożonym w Aeroklubie Nowy Targ w dniu 29.01.2019r.) Odwołujący zwrócił się do Aeroklubu Nowy Targ o podanie możliwości wykonywania na lotnisku usługi szkoleniowej spadochronowo-desantowej (szkolenie praktyczne – wykonywanie startów i lądowań związanych z wywozem skoczków na lądowisko) w okresie od marca do października 2019, które będzie odbywać się w dni powszednie od poniedziałku do piątku. Zwrócił się jednocześnie o podanie opłat za udostępnienie lądowiska oraz postój samolotu. Prośbę tą ponowił w piśmie z dnia 29.01.2019 r. przekazanym do Aeroklubu Nowy Targ również w dniu 29.01.2019 r.

Udzielając odpowiedzi mailem w dniu 30.01.2019 r. Aeroklub Nowy Targ poinformował, iż *cena operacji samolotu o dopuszczalnej masie startowej powyżej 5 000 kg (start i lądowanie) z zamiarem komercyjnego zrzutu skoczków na EPNT w roku 2019 będzie wynosiła 150,00 brutto. W przypadku działalności powodującej ograniczenie ruchu własnego Aeroklubu mogą być ustalone ceny za wynajem części terenu lotniska co wymaga szczegółowego omówienia i zawarcia stosownej umowy.*

Przedmiotowe postępowanie jest pierwszym dotyczącym nowego sezonu. W sezonie 2018 r. umowę zrealizowało Konsorcjum Aeroklub Nowy Targ oraz Aeroklub Gdański po rozstrzygnięciu przetargu oznaczonego sygnaturą ZP/05/2018, w którym ofertę złożył również Odwołujący. W tamtym postępowaniu Zamawiający określił miejsce, w którym realizowana miała być umowa, tj. lotnisko Nowy Targ lub inne lotnisko wskazane przez Zamawiającego w odległości do 150 km od m. Kraków. Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego złożonymi na rozprawie, którym Odwołujący nie zaprzeczył, po wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru, wskazując na brak możliwości skalkulowania kosztów i złożenia konkurencyjnej oferty w tym postępowaniu, co miało być spowodowane brakiem wskazania przez Zamawiającego precyzyjnie innego lotniska, niż Nowy Targ, które miało być zlokalizowane w odległości do 150 km od miasta Kraków.

W obecnym postępowaniu na część 2 i 4 oferty złożyło dwóch tych samych wykonawców, tj. Odwołujący oraz Konsorcjum, oferując ceny w wysokości 3150,00 zł netto za 1h nalotu (oferta Konsorcjum) oraz 3180,00 zł netto za 1h nalotu (Odwołujący).

Na rozprawie Zamawiający przedłożył jako dowód umowę współpracy podpisaną przez Odwołującego w dniu 23.01.2018 r. z Aeroklubem Nowy Targ, ważną do 30.11.2019 r. Umowa ta dotyczy współpracy w zakresie korzystania przez Wingstore Z.K. z lotniska Nowy Targ, którego głównym użytkownikiem jest Aeroklub Nowy Targ, zgodnie z zasadami określonymi, na potrzeby realizacji szkolenia spadochronowo-desantowego – praktycznego

(wykonywanie startów i lądowań związanych z wywozem skoczków na lądowisko) żołnierzy Jednostek Wojskowych Instytucji MON i OTK (Obrona Terytorialna Kraju), z wykorzystaniem cywilnego statku powietrznego AN-2 wraz z załogą (§ 1). Szkolenie będzie realizowane w oparciu o statki powietrzne będące w dyspozycji Wingstore Z.K. w dniach od poniedziałku do piątku w terminie od 15.04.2018 r. do 30.11.2019 r. (§ 2). Strony ustaliły, że płatność będzie ustalana każdorazowo przed rozpoczęciem operacji lotniczych (§5).

Zgodnie z przedłożonym do wglądu na rozprawie dokumentem wewnętrznym MON Dowództwa Generalnego Rodzaju Sił Zbrojnych (W.Ląd. 63/2018) – Regulaminem wykonywania skoków spadochronowych i desantowych, do wyłącznej decyzji wskazanych tam podmiotów należy wskazanie lotniska, na jakim odbędą się szkolenia. Na stronie 20 tego regulaminu wskazano, iż wyboru zrzutowiska dokonuje: 1) organizator desantowania do skoków bojowych; 2) kierownik ćwiczenia dla skoków szkolno-bojowych; 3) dowódca jednostki wojskowej; 4) instytucji prowadzącej szkolenie spadochronowe dla skoków szkolnych i szkolno-treningowych (tego dotyczy zamówienie); 5) organizator szkoleń lub kierownik zawodów odpowiednio dla skoków doświadczalnych, pokazowych i sportowych. Uwzględniając zakres przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu za przeprowadzenie szkolenia odpowiada dowódca jednostki wojskowej JW. 4724. W regulaminie określone zostały wymiary lotniska do celu szkolenia podstawowego, strefy bezpieczeństwa dla żołnierzy, które zapewniają warunki bezpiecznego lądowania w przypadku wyniesienia skoczka.

Zamawiający złożył poglądowe zdjęcia satelitarne terenu lotniska Nowy Targ oraz Gliwice Trynek prezentujące istniejącą formę zabudowy na tych terenach. Ponadto, Zamawiający wyjaśnił, iż lotnisko Niegowoniczki znajduje się na terenie osuszonych bagien, gdzie występują często zamglenia, które uniemożliwiają odbycie szkolenia spadochronowego. Ponadto nie można na tym lotnisku wykonać obserwacji z uwagi na brak spełnienia wymogów dla zrzutowiska, a ponadto nie ma możliwości przeprowadzenia szkoleń nocnych. Odnośnie lotniska w Rudnikach, które jest wykorzystywane przez żołnierzy z Lublińca (z uwagi na niewielką odległość), wydłużony zostałby czas dojazdu do 2,5 godzin. Ponadto, do wykonywania skoków na tym lotnisku należy najpierw żołnierzy przeszkolić i tego dotyczy to zamówienie. Na terenie lotniska Rudnik wstępują stare zabudowy, rumowiska, stare drogi betonowe, jak również niedaleko występuje obszar zurbanizowany, co stanowi zagrożenie dla bezpieczeństwa skoczków spadochronowych przy lądowaniu. Na terenie lotniska Nowy Targ nie występują drogi betonowe szczególnie niebezpieczne dla początkowych skoków, całość lotniska to podłoże torfowe znacznie bezpieczniejsze (co prezentuje przedstawione zdjęcie satelitarne).

Zgodnie z programem szkolenia spadochronowo-desantowego Dowództwa Generalnego (dokument wewnętrzny 51/2016) elementem etapu 3 szkolenia są skoki w górach i takie skoki objęte mają być szkoleniem podstawowym, a ich przeprowadzenie jest możliwe na terenie lotniska w Nowym Targu.

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba oddaliła odwołanie w pełnym zakresie, tj. zarzutu związanego z zaniechaniem wykluczenia Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 18 i 20, jak również zarzutu ewentualnego, tj. zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów, Odwołujący wskazywał na podstawę mającą prowadzić do wypełnienia przesłanek do wykluczenia Konsorcjum z postępowania, której istota opisana została, jako działanie mające na celu wpłynięcie na wynik postępowania, utrudniające dostęp do realizacji zamówienia innym wykonawcom oraz zakłócenie uczciwej konkurencji. Aeroklub w Nowym Targu miał utrudnić Odwołującemu kalkulację kosztów realizacji zamówienia i oszacowanie ceny oferty, gdyż odmówił udzielenia rzetelnej informacji na temat wysokości opłat związanych z korzystaniem z lotniska, a także pozostawił własnemu uznaniu określenie warunków porozumienia. Z drugiej strony składając ofertę w postępowaniu wspólnie z innym podmiotem mógł obniżyć cenę o koszty opłat za korzystanie z lotniska. W rezultacie Aeroklub w Nowym Targu uniemożliwił Odwołującemu złożenie oferty, która mogłaby w sposób rzeczywisty konkurować z ofertą Konsorcjum.

Odnosząc się do powyższego należy podkreślić, iż zasadniczą okolicznością, na jakiej Odwołujący opierał wniosek o zaistnieniu podstawy do wykluczenia Konsorcjum z postępowania, była rzekoma odmowa udzielenia Odwołującemu pełnej informacji o kosztach związanych z wykorzystaniem terenu lotniska zarządzanego przez współkonsorcjanta, tj. Aeroklub Nowy Targ. W oparciu o korespondencję z dnia 29.01.2019 r. Odwołujący stawiał tezy prezentowane w odwołaniu o podejmowaniu przez Aeroklub Nowy Targ działań mających na celu wpłynięcie na wynik postępowania, czy też utrudnienie dostępu do zamówienia innym podmiotom. W ocenie Izby wnioski Odwołującego nie miały uzasadnienia nie tylko z tej przyczyny, iż Aeroklub Nowy Targ nie podejmował żadnych działań, które mogłyby wskazywać na próbę wpłynięcia na decyzje Zamawiającego, w tym przede wszystkim na wskazanie terenu lotniska znajdującego się w jego zarządzie, jako miejsca dedykowanego do prowadzenia szkolenia spadochronowego. Przede wszystkim należy wskazać, iż Odwołujący posiada zawartą z Aeroklubem Nowy Targ umowę o współpracy

obejmującą okres, w jakim miałyby być świadczone usługi, a zatem treść korespondencji mailowej należało ocenić w świetle istniejącego porozumienia. Uwzględniając zobowiązanie Aeroklubu Nowy Targ do odpłatnego udostępnienia lotniska, w tym miejsc postoju samolotu i pojazdów samochodowych, a także wskazanej w mailu stawki (150 zł.) Odwołujący mógł złożyć oświadczenie o dysponowaniu terenem lotniska, jak również oszacować koszty i wycenić ofertę. Wystąpienie z zapytaniem o podanie ceny na dwa dni przed upływem terminu na złożenie oferty może budzić zastrzeżenia, tym bardziej iż Odwołujący powinien być świadomy realiów na jakich dokonuje się ustalenia warunków współpracy z Aeroklubem Nowy Targ, jak również każdym innym zarządcą lotniska. Wykonawca współpracujący z lotniskami musi zakładać konieczność uwzględnienia kosztów nie tylko operacji samolotowej, ale innych powiązanych z wykorzystaniem terenu lotniska. Ostatecznie Wykonawca wskazał cenę, za jaką może zrealizować usługę, która była zbliżona (1%-różnicy) do ceny zaoferowanej przez Konsorcjum. Ponadto, należy zauważyć, iż samodzielnie Aeroklub Nowy Targ nie mógł złożyć oferty, gdyż nie posiadał samolotu AN-2, co uzasadniało złożenie oferty wspólnej z Aeroklubem Gdańskim. Odwołujący nie podjął próby wykazania istnienia innego uzasadnienia dla złożenia oferty wspólnej. Okoliczność, iż szkolenie miałyby się odbywać na terenie lotniska w Nowym Targu, w żaden sposób nie czyniła samej czynności złożenia oferty niedopuszczalną. Aeroklub Nowy Targ, jak każdy inny podmiot mogący zapewnić spełnienie warunków określonych w siwz, mógł złożyć ofertę, podobnie jak uczynił to w wcześniejszym postępowaniu. Ponieważ samodzielnie nie mógł sprostać wymaganiom zasadniczym dotyczącym statku powietrznego, jego decyzja o zawiązaniu konsorcjum stanowiła przejaw racjonalnego działania zarządczego i pozwalała wykorzystać potencjał, jaki tworzyło konsorcjum. Postawiona teza o działaniach Aeroklubu Nowy Targ mających zmierzać do wpłynięcia na czynności Zamawiającego w postępowaniu, jak i pozyskania informacji poufnych, nie została poparta żadnymi dowodami wskazującymi na taki rodzaj zachowań. W tym zakresie zarzuty zostały ocenione, jako gołosłowne.

Zdaniem Odwołującego zawarcie umowy konsorcjum pomiędzy Aeroklubem w Nowym Targu, a Aeroklubem Gdańskim nosiło cechy, tzw. zмовы przetargowej. Bezsprzecznie bowiem tylko Aeroklub Nowy Targ jest wyłącznym dysponentem lotniska, na którym mają być świadczone usługi. Z korespondencji mailowej z dnia 29.01.2019 r. wynikać miało, że Konsorcjum nie chciało udostępnić lotniska innym wykonawcom, ani w sposób rzetelny przedstawić warunków na jakich korzystanie z lotniska będzie możliwe. Odnosząc się do tej części argumentacji Izba miała na uwadze fakt, iż Aeroklub Nowy Targ zawarł porozumienie o współpracy z Odwołującym już w 2018 r., które pozwalało temu Wykonawcy na złożenie oferty i dokonanie wyceny oferty w kwocie, która pozwalała konkurować z ofertą Konsorcjum. Różnica w cenie na poziomie 1% wskazywała na pozytywny efekt konkurencji w

postępowaniu, gdyż w stosunku do wcześniejszych postępowań z 2018 r. wpłynęła na obniżenie ceny oferty, za którą Zamawiający może zabezpieczyć statek powietrzny w sezonie 2019 r. do przeprowadzenia szkolenia spadochronowego żołnierzy. W stosunku do roku ubiegłego Zamawiający uzyskał oszczędność na cenie jednostkowej w wysokości 50 zł. Zarówno Konsorcjum, jaki i Odwołujący zmniejszyły cenę ofertową. Oferta Odwołującego była niższa od oferty Konsorcjum złożonej w przetargu ZP/05/2018 o 20 zł. Również Konsorcjum zmniejszyło cenę o 50 zł. Należy zauważyć, iż Odwołujący nie stawiał zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum, a zatem ten aspekt nie budził zastrzeżeń pod kątem oceny złożonej oferty.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego jako alternatywny, Izba uznała, iż Zamawiający miał podstawy do wskazania miejsca, w którym prowadzone będzie szkolenie, co stanowiło element opisu przedmiotu świadczenia Wykonawcy. Wprawdzie wskazanie terenu lotniska, na jakim Wykonawca miałby zabezpieczyć warunki do bezpiecznego przeprowadzenia szkolenia stanowi element ograniczający swobodę wykonawcy w ustaleniu miejsca spełnienia świadczenia, to jednocześnie stanowi jednoznaczny opis wymagań Zamawiającego. Nosilo ono cechy wyczerpującego opisu, a zatem nie naruszało przepisu art. 29 ust. 1 Ustawy. W ocenie Odwołującego wymóg dotyczący miejsca szkolenia skoczków spadochronowych miał utrudniać uczciwą konkurencję i tym samym naruszać art. 29 ust. 2 Ustawy. Odnosząc się do tej tezy należy przede wszystkim zauważyć, iż przedmiot zamówienia nie obejmował prowadzenia szkoleń, a jedynie zabezpieczenie statku powietrznego oraz załogi na czas wykonywanych skoków. W gestii Zamawiającego pozostawało ustalenie zakresu szkolenia, co obejmowało również ustalenie miejsca, które w najwyższym stopniu spełnia potrzeby szkółących i szkolonych. Składając ofertę Odwołujący miał świadomość potrzeby złożenia oferty konkurencyjne w stosunku do oferty złożonej przez Konsorcjum w poprzednim postępowaniu i taką ofertę przygotował. Chronologia zdarzeń, w tym dotyczących wcześniejszych postępowań skłoniła do wniosku, iż dopiero po otwarciu ofert Odwołujący „zauważył” przyczyny mające czynić wybór oferty w niniejszym postępowaniu niemożliwym, z uwagi na wadę dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia. Wcześniej, tj. na etapie ogłoszenia o zamówieniu Odwołujący nie wniósł odwołania wobec opisu przedmiotu zamówienia, jako uniemożliwiającego złożenie oferty w postępowaniu, czy też stwarzającego nierówne warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli nawet uznać, iż warunek dotyczący miejsca, w którym będzie przeprowadzone szkolenie wpływał na ustalenie kosztów, to w ocenie Izby niezależnie od miejsca, Odwołujący musiał uwzględnić koszt związany z koniecznością wykorzystania infrastruktury każdego lotniska, którego nie jest zarządcą. Z drugiej strony istniały obiektywne przesłanki wskazujące na lotnisko w Nowym Targu, jako miejsce, które zapewnia warunki do przeprowadzenia szkolenia dla

początkujących, jaki i zaawansowanych skoczków spadochronowych. Zamawiający szczegółowo przybliżył specyfikę szkoleń, która uzasadniała wskazanie na lotnisko w Nowym Targu pozwalające między innymi na przeprowadzenie szkolenia w paśmie górskim, czy też jako posiadające strefę bezpieczeństwa poza obszarem zurbanizowanym. Ponadto istniejąca infrastruktura drogowa (nawierzchnia betonowa) niewątpliwie stanowiła element oceny warunków, jakie mają istotne znaczenia z punktu widzenia wykonywania skoków spadochronowych. W przypadku lotniska w Nowym Targu widoczny z satelity obszar jest nieurbanizowany, a zatem zmniejsza ryzyko wystąpienia urazów przy lądowaniu. Inaczej warunki te prezentują się na lotnisku Rudniki czy też Niegowoniczki, o dopuszczenie których opcjonalnie wnosił Odwołujący. W przypadku lądowiska Rudniki występuje sztuczna nawierzchnia, betonowe pasy, pustostany oraz mała płaszczyzna lądowania, co stanowi istotne utrudnienie dla prowadzonego szkolenia. W przypadku lądowiska Niegowoniczki instruktor nie może obserwować skoku, gdyż zrzut skoczków jest możliwy w linii prostej na Pustynię Błędowską, a lądowisko jest przeznaczone wyłącznie do startu i lądowania. Ponadto, Zamawiający w 2018 r. spotkał się z odmową ze strony zarządzającego lotniskiem przyjęcia wynajętego samolotu, co miało również miejsce w przypadku umowy zawartej z wykonawcą wyłonionym w postępowaniu oznaczonym sygn. ZP/01/2018. W świetle powyższego Izba uznała, iż wskazanie lotniska Nowy Targ jako miejsca szkolenia spadochronowego nie ograniczało dostępu do postępowania podmiotom posiadającym samolot AN-2 wraz z załogą przygotowaną do zabezpieczenia lotu szkoleniowego. Według zgodnych oświadczeń stron, na terenie całego kraju jedynie kilka podmiotów posiada odpowiedni samolot, co faktycznie wyznaczało krąg potencjalnych wykonawców, jacy mogliby złożyć ofertę. Jak wskazano powyżej, Aeroklub Nowy Targ nie dysponuje samolotem szkoleniowym AN-2 i nie mógłby samodzielnie złożyć oferty. Złożenie oferty wspólnej w konsorcjum z Aeroklubem Gdańskim poszerzyło konkurencję w postępowaniu, co miało realne przełożenie na wysokość uzyskanej przez Zamawiającego ceny.

Podsumowując, Izba uznała, iż wybór oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Konsorcjum nie prowadził do naruszenia przepisów Ustawy, a samo postępowanie nie było dotknięte wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 7.500,00 zł. oraz uzasadnione koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkiem przedłożonym przed zamknięciem rozprawy w wysokości 3.829 zł, uwzględniające wynagrodzenie pełnomocnika (3.600 zł) oraz koszty dojazdu (229 zł).

Przewodniczący: