

WYROK

z dnia 23 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2013 r. przez Aerogryf Aviation Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Skarb Państwa - Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Poznaniu,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Skarbowi Państwa – Wojewódzkiemu Inspektoratowi Weterynarii w Poznaniu w postępowaniu na usługę lotniczą polegającą na wyłożeniu szczepionki przeciwko wściekliznie lisów wolno żyjących podczas jesiennej akcji szczepień w 2013 r. na terenie województwa wielkopolskiego:

- **dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) przez:**
 - **wykreślenie w rozdz. VIII tiret 2 słów „odpowiadająca przedmiotowi zamówienia” i określenie w zamian zakresu przedmiotowego wymaganej usługi,**
 - **wykreślenie w rozdz. VIII tiret 3 punktów: „-wystarczającą 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;**

- **zamieszczenie na stronie internetowej, na której zamawiający zamieścił SIWZ, treści wszelkich zapytań wykonawców dotyczących SIWZ wraz z odpowiedziami zamawiającego.**

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Poznaniu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Aerogryf Aviation Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Skarbu Państwa - Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Poznaniu na rzecz Aerogryf Aviation Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie kwotę 19 162 zł 94 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto sześćdziesiąt dwa złote dziewięćdziesiąt cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

UZASADNIENIE

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, poz. 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 w dniu 07.08.2013 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 36 ust. 1 pkt. 3,5,16 PZP oraz art. 5 kodeksu cywilnego 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 określić, 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. 7 PZP 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 na takimi jak: „wystarczającą” ilość „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/lądowiskiem 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.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. 1) modyfikacji 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) modyfikacji 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, modyfikacji 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) Modyfikacji 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) Modyfikacji 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. Na marginesie podkreślenia wymaga, 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 (rozzutu szczepionki) jest tożsamy dla całego województwa, bez względu na

miejsce startu samoloty. Wykonawca startując z jakiegokolwiek lotniska na terenie województwa ma do pokonania tożsamą ilość kilometrów, obejmującą cały jego obszar. Jednocześnie wskazać należy, 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), a na gruncie orzecznictwa (jak np. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 8 listopada 2007 r. sygn. akt X Ga 337/07 czy Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 06 grudnia 2007 r. sygn. akt VI Ga 87/07) - niedopuszczalnym.

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. Przywołać należy tu Wyrok KIO z dnia 13.10.2011 KIO/UZP 2144/10 w którym wskazuje się, że: „Opisanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu ma zapewnić dokonanie wyboru wykonawcy dającego rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia, natomiast nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia dostępu do uzyskania zamówienia”. Tymczasem w przypadku warunków niniejszego zamówienia, Wykonawca składając ofertę i wskazując w niej ilość samolotów i pilotów (wziętą niejako „z sufitu”) na żadnym etapie nie będzie w stanie stwierdzić, czy spełnia warunek udziału w postępowaniu. To zaś czyni ocenę uznaniową zaś oferty nieporównywalne. Co więcej - sam Zamawiający nie będzie w stanie dokonać oceny ofert albowiem nie znane są powszechnie mierniki ilości i „sprawności” samolotów czy też „wykwalifikowanych pilotów”. Rozsądek nakazuje z kolei Wykonawcy rezygnować z udziału z przetargu,

gdy nie będzie on w stanie spełnić stawianych przed nim wymagań po zawarciu umowy, gdyż wiąże się to z daleko idącymi konsekwencjami finansowymi.

Zauważyć należy, że Zamawiający, stawiając warunek w zakresie doświadczenia, jest świadomy, iż usługą główną polegającą na świadczeniu usług lotniczych w ogólności dysponuje wiele podmiotów, nie zawsze prawidłowo wykonujących powierzone im zadania. Zamawiający nie określił minimalnej wartości usługi głównej ani jej zakresu, np. terytorialnego (minimalny obszar przelotu) czy rzeczowego (rodzaj zrzutu). W konsekwencji może doprowadzić to do udzielenia zamówienia publicznego podmiotowi, którego aktywność na polu usług lotniczych sprowadzała się np. do transportu towarów z miejsca na miejsce lub np. dokonywania czynności gaszenia pożarów czy oprysku pól. Usługi te polegają bowiem na zrzucie z samolotu dużych ilości wody lub środków chemicznych, jednakże w sposób mniej precyzyjny, niż szczepionek. Tymczasem zrzut szczepionek na lisy, zgodnie nawet z samym opisem technicznym przedmiotu zamówienia, będzie następował wręcz punktowo, z dużą dokładnością. Co prawda w

Załączniku numer 2 w ust. 20 Zamawiający wskazał, iż należy wykonać jedną usługę lotniczą polegającą na wyłożeniu szczepionki przeciwko wścieklicznie lisów - minimum jedna wykonana usługa, jednakże Wykonawca nie jest w stanie określić, czy jest to warunek udziału w postępowaniu, czy warunek związany z wykonywaniem umowy - tym bardziej, że warunki udziału w postępowaniu i ich opis stanowią inną część SIWZ niż opis techniczny wykonania usługi. Rolą Wykonawcy nie jest tu, na marginesie, poszukiwanie w SIWZ i jej załącznikach kolejnych warunków udziału w postępowaniu, które to warunki winny znajdować się w jednym miejscu i być enumeratywnie wyliczone. Wykonawca w dalszym ciągu nie wie też, czy jest w stanie spełnić warunki udziału w postępowaniu. Czy miałby odwołać się do Załącznika nr 2 ust. 20? Co należy uznać za jedną usługę - czy jednorazowe wyłożenie np. jednej szczepionki, wielu szczepionek, czy usługę o innym charakterze.

Powyższe znajduje uzasadnienie również w wyroku KIO/UZP 259/08: „Zamawiający ma obowiązek określić warunki w prowadzonym postępowaniu w sposób właściwy dla przedmiotu zamówienia, w taki sposób, by mógł zapewnić sobie odpowiedni efekt w postaci roboty budowlanej, usługi czy dostawy. Z tego powodu Zamawiający może wskazywać wymogi, jakie ma spełnić wykonawca uczestniczący w postępowaniu. Może więc wskazać konkretne wymogi, które winien spełnić wykonawca poprzez, np.

wykazanie się odpowiednim doświadczeniem zawodowym i wiedzą (...). W przeciwnym razie, gdyby SIWZ nie wymieniała rodzaju wymogów dla wykonawców, to każdy w sposób dowolny, zgodnie z art. 22 ust.1 PZP. mógłby wykazywać istnienie przesłanek z tego przepisu.” Kolejnym orzeczeniem wskazującym na wymogi formalne omawianej materii jest wyrok KIO z dnia 17 marca 2011 r. KIO/UZP 444/11: "W myśl ust. 4 art. 22 ustawy - Prawo zamówień publicznych opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W świetle powyższych przepisów zamawiający określa i opisuje warunki dotyczące czy mieszczące się zakresie podmiotowych cech wykonawców wskazanych w punktach ust. 1 art. 22, które w ocenie zamawiającego stanowią minimalne wymagania dla wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i tym samym dopuszczonych do ubiegania się o jego uzyskanie. Warunki, których ramy ustalono w ww. przepisie, zamawiający określa zgodnie z art. 22 ust. 4 PZP (tzw. opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków), tj. zachowując ich związek i proporcjonalność z przedmiotem zamówienia. Tylko warunki postawione w ten sposób mogą być uznane za dopuszczalne w świetle zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp."

Przerzucając bowiem na wykonawców de facto obowiązek dokonania opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której niezmiernie utrudnione jest określenie przez potencjalnych wykonawców, czy spełniają oni warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, dysponowania osobami i potencjałem technicznym, co w konsekwencji uniemożliwia faktyczne sporządzenie oferty odpowiadającej Zamawiającemu. Zdaniem Odwołującego, warunek dotyczący doświadczenia, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i jego zakres powinien być sprecyzowany na przykład w następujący sposób:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

- *spełniają warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej*
- *działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania - posiadają Certyfikat Usług Lotniczych wydany przez Urząd Lotnictwa Cywilnego (AWC) upoważniający do wykonania usługi lotniczej;*

- *spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia - minimum jedna usługa główna. Za usługę główną Zamawiający uzna usługę lotniczą polegającą na wyłożeniu z samolotu substancji o wartości minimum 400 000 zł 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;*
- *spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - dysponowanie na czas wykonania przedmiotu zamówienia:*
 - *lotniskiem/ lądowiskiem bazowym lub położonym na obszarze województwa wielkopolskiego,*
 - *co najmniej dwoma samolotami,*
 - *co najmniej dwoma pilotami posiadającymi licencję [wskazanie rodzaju licencji],*
 - *systemem GPS i systemem rejestrującym zrzut szczepionki oraz stołem do przygotowania szczepionki do zrzutu i systemem pionowego zrzutu szczepionki lub automatycznym urządzeniem do jej wykładania, w które będą wyposażone wszystkie samoloty użyte do wykonania usługi;*
- *nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 24 ust. 1.*
- *złożą ofertę, która odpowiadać będzie zasadom określonym w ustawie i wymaganiom określonym w SIWZ.”*

Wyżej wskazany opis warunków udziału w postępowaniu jest oparty o wieloletnie doświadczenie Wykonawcy w wykonywaniu usług lotniczych. Inaczej bowiem świadczy się usługi polegające na transporcie przedmiotów z miejsca na miejsce (a i tu występują różnice co do warunków przechowywania ładunku, np. w warunkach chłodniczych, komorach o odpowiednim ciśnieniu, napowietrzeniu etc.). Inaczej zaś usługi polegające na nieprecyzyjnym zrzucie dużych ilości przedmiotów czy

substancji nad szeroki arealem. Inaczej wreszcie umieszcza się niewielkie ładunki w precyzyjnie określone miejsca.

Nie można zapomnieć, że opis warunków udziału w postępowaniu powinien być dokonany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru Wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielonego zamówienia. Zaniechanie określania przez Zamawiającego wymogów: doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym i osobowym - adekwatnych i proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia, jest naruszeniem przepisów ustawy PZP i działaniem na szkodę jednostki budżetowej samorządu terytorialnego. Naraża też Zamawiającego na zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych w przypadku, gdy zostanie wybrany wykonawca niewiarygodny i nie wykona usługi w sposób należyty.

Określenie w SIWZ warunków w sposób, jaki na dzień dzisiejszy zrobił to Zamawiający, może spowodować, że zamówienie uzyska przedsiębiorca niemający niezbędnego doświadczenia w świadczeniu usług o profilu powiązany z wymaganiami Zamawiającego oraz nieposiadający wykwalifikowanej kadry. Biorąc pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia, w przypadku niewykonania umowy lub w wyniku jej nieodpowiedniego wykonywania skutkiem może być narażenie ludności oraz zwierząt zamieszkujący duży obszar (nawet całego województwa wielkopolskiego) na zagrożenie o podłożu epidemiologicznym. Zamówienie ma ogromny zasięg - obejmuje całe województwo. Niedopuszczalne jest doprowadzenie do jego nieprawidłowego wykonania, a takie zagrożenie zaistnieje, jeśli zadanie będzie realizowane przez niekompetentne osoby, które dokonają umieszczenia szczepionek w sposób niekompetentny czy niestaranny. W przedmiotowym zamówieniu powinny brać udział podmioty, które wykonały proporcjonalne zadania do przedmiotu zamówienia, i przede wszystkim dysponują osobami zdolnymi do jego wykonania. Winę za ewentualne zagrożenie epidemiologiczne obszaru zrzutu ponosi zarówno Wykonawca jak i Zamawiający, który nie wykazał staranności w prowadzeniu postępowania o zamówienie publiczne (naruszając jednocześnie dyscyplinę finansów publicznych). Na terenie kraju istnieją wykonawcy, którzy posiadają potencjał techniczny i organizacyjny odpowiadający wielkości i wartości zamówienia i są oni w stanie wykonać zamówienie. Dowolne określenie warunków udziału przez Zamawiającego działa na niekorzyść wszystkich. Reasumując, w

wyniku naruszeń Zamawiającego, Wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma faktycznej możliwości wykazania, że spełnia warunki określone w SIWZ.

Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a to odzwierciedlenie winno mieć także w umowie - w szczególności co do terminu jej wykonania. W umowie nie wskazano bowiem, pomimo brzmienia art. 144 PZP, w jakim zakresie Zamawiający dopuszcza zmiany umowy, podczas gdy w jej treści wyraźnie wskazane jest, że „Terminy wykonania przedmiotu umowy mogą ulec zmianie w przypadku zaistnienia warunków pogodowych uniemożliwiających loty samolotów.” Podany zapis jest jednak na tyle nieprecyzyjny, że nie pozwala na określenie faktycznych zobowiązań stron umowy co do tego, kiedy przesłanka związana z warunkami pogodowymi wystąpi, czy za jej wystąpienie uznaje się również pogorszenie pogody w toku wykonywania (np. piątego dnia wykonywania umowy). Zmiana terminu umowy ma natomiast szczególnie duże znaczenie podczas kalkulacji ceny ofertowej, jak i przy podejmowaniu przez Wykonawcę decyzji o tym, czy będzie w stanie wywiązać się z umowy w ogóle. Wykonawca musi mieć bowiem pewność co do gwarantowanego zakresu zamówienia, poniesie bowiem określone koszty celem organizacji usługi, zatrudnieniem osób, wynajęciem zaplecza (Zamawiający wymaga by posiadał urzędujące biuro). W konsekwencji wskazać należy, iż stoi to w sprzeczności z art. 29 ust.1 oraz art. 144 PZP. Zamawiający nie precyzuje przy tym także katalogu możliwych do wprowadzenia zmian umowy, co de facto czyni niemożliwym wprowadzanie jakichkolwiek zmian istotnych umowy - w tym terminu jej wykonania, niezależnie od okoliczności.

Wskazać należy, że na gruncie faktycznej możliwości wykonania zobowiązania, całkowicie niezrozumiałym, ograniczającym konkurencję i mogącym powodować nieuzasadnioną rezygnację części wykonawców z przystąpienia do przetargu, jest stawianie Wykonawcom wymogu, by lotnisko/lądowisko znajdowało się w promieniu 50km od siedziby Zamawiającego. Wskazać tu należy, że nieuzasadnionym jest stanowisko Zamawiającego, jakoby takie określenie warunku udziału w postępowaniu miało uzasadnienie ekonomiczne czy faktyczne.

W prowadzonej pomiędzy pełnomocnikiem Odwołującego a Zamawiającym korespondencji mailowej dotyczącej propozycji zmian w SIWZ dotyczących lądowiska/lotniska, Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 14 marca 2012 roku

(KIO 439/12). Korespondencja zawierała pytania do Zamawiającego, Zamawiający udzielił odpowiedzi na jedno z nich, jednakże nie opublikował odpowiedzi na stronie internetowej.

Wskazać także należy, że rozstrzygnięcie dokonane przez KIO w cytowanym przez Zamawiającego wyroku nie ma przełożenia na stan faktyczny w niniejszej sprawie. W stanie faktycznym będącym przedmiotem orzekania kluczowym dla rozstrzygnięcia był fakt, iż w promieniu 50 km od siedziby Zamawiającego znajdowały się inne lotniska, niż zarządzane przez jednego z możliwych Wykonawców - zarzuty sformułowane w niniejszym odwołaniu dotyczą zgoła czego innego.

Wskazać należy, że obszarem działania Zamawiającego jest cały obszar województwa wielkopolskiego. Odwołujący nie neguje, że województwo ma znaczną powierzchnię roboczą (27 637,66 km²), jednakże nie sposób jest zaprzeczyć, że obowiązkiem inspektorów w nim zatrudnionych jest dokonywanie czynności kontrolnych na całym jego terenie. Nie może zatem ostać się argument, iż chęć dokonania kontroli partii szczepionek może urzeczywistnić się wyłącznie w obrębie 50 km od siedziby Zamawiającego. Zwłaszcza, że kontrole mogą być z powodzeniem dokonywane przez podległe Zamawiającemu, właściwie miejscowo powiatowe inspektoraty weterynarii, bez szkody dla Zamawiającego i świadczonej usługi. Odwołujący nie neguje także, że dokonywanie przed każdym wylotem kontroli jest uprawnieniem Zamawiającego, jednak kwestię ponoszenia kosztów dojazdu na miejsce startu samolotu, bez uszczerbku dla wolnej konkurencji, rozwiązać może nałożenie na Wykonawcę obowiązku pokrywania kosztów oraz organizowania dojazdu inspektorów na miejsce i odwożenie go z powrotem. Powyższe w żadnym wypadku nie stoi na przeszkodzie bieżącemu uzgadnianiu między Zamawiającym a Wykonawcą godziny przyjazdu przedstawicieli Zamawiającego i pozwala na realizację przez nich zadań kontrolnych, a wszelka odpowiedzialność za niezrealizowanie dowozu inspektora oraz skoordynowania lotów z Ośrodkiem Zarządzania Przestrzenią Powietrzną Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej lub służbami kontroli ruchu lotniczego w rejonach kontrolowanych lotnisk (CTR, MCTR) - spoczywa po stronie Wykonawcy. Co więcej - wskazać należy, że dysponowanie przez Wykonawcę bardziej oddalonym, ale udostępnianym na korzystniejszych warunkach ekonomicznych lub wręcz - własnym - lotniskiem/lądowiskiem, pozwala mu na złożenie oferty o jeszcze niższej cenie. To zaś oznacza wymierną korzyść dla

Zamawiającego, który dzięki temu dostępnymi środkami publicznymi będzie dysponować w sposób bardziej gospodarny - a zatem będzie postępował w zgodzie z ustawą o finansach publicznych. Zachowanie Zamawiającego w niniejszym postępowaniu prowadzi z kolei do narażenia go na zarzut niegospodarności, bowiem nawet zwiększony koszt dojazdu inspektora na miejsce startu z powodu większej odległości będzie i tak mniejszym wydatkiem, niż konieczność zapłaty Wykonawcy większego wynagrodzenia w związku z koniecznością zapewnienia lotniska droższego, ale bliższego. Zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu w zakresie lądowiska/lotniska w sposób tak hermetyczny, w znaczący sposób ogranicza zatem możliwość udziału w postępowaniu wielu wykonawcom, zawyżając pośrednio koszty zadania publicznego, jakie ma zostać wykonane.

Na marginesie Odwołujący wskazuje, że właściwie tylko Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Poznaniu przy określaniu warunków przetargu wskazuje, iż wymaga zachowania określonej odległości od siedziby Zamawiającego, a nie - wskazując, iż lotnisko/lądowisko ma być położone na obszarze działania inspektoratu. Przykładowo - WIW w Gdańsku, w postępowaniu WIW/a/z.272.3.2013 wyłonił w postępowaniu o wykonanie analogicznej usługi ofertę konsorcjum, które zaoferowało wykonanie zrzutu szczepionek w ilości 2x331180 szt. (akcja jesienna i wiosenna), a więc przewyższającą ilość szczepionek zaplanowanych przez Zamawiającego, za kwotę zaledwie 439.020,00 zł. Tymczasem w ostatnich trzech latach, w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego analogicznych do niniejszego prowadzonych przez Zamawiającego - trzykrotnie wygrywał Aeroklub Poznański im. Wandy Modlibowskiej (w 2011 roku w konsorcjum, w latach 2012 i 2013 - jako samodzielny Wykonawca), oferując wykonanie usługi w cenie: na akcje wiosna/jesień 1.981.800,00 zł (2011), na akcje wiosna/jesień 2.079.000,00 zł (2012) i **tylko akcja wiosna** 1.065.398,40 zł (2013). Różnica w cenie widoczna jest na pierwszy rzut oka. Tymczasem kierując się zasadami gospodarności w wydatkowaniu środków publicznych należy tak opisać przedmiot zamówienia i postawić takie warunki, by uzyskać optymalny efekt przy udzieleniu zamówienia publicznego - również w aspekcie finansowym. Rezultaty postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na rzecz Zamawiającego w latach poprzednich, a także - widoczna dopiero w postępowaniach innych Zamawiających - możliwość wykonania analogicznej usługi za niemal trzykrotnie niższą kwotę - tym bardziej wskazują, że problem może tkwić w sposobie określenia warunków udziału w postępowaniu, którego mogą prowadzić

wręcz do powstania po stronie uprzednio wygrywającego Wykonawcy swoistego monopolu. Sposób ujęcia warunków udziału w postępowaniu wymaga zatem rozważenia również w tym kontekście. Czy kierując się przesłanką możliwości uzyskania końcowej ceny za wykonaną usługę na poziomie trzykrotnie niższym, nie byłoby celowe poszerzenie faktycznego kręgu Wykonawców którzy mieliby wziąć udział w postępowaniu poprzez wskazanie terenu dla umiejscowienia lotniska na prawnym obszarze działalności Zamawiającego w całości. W ocenie Odwołującego jest to o tyle bardziej uzasadnione, że nawet biorąc pod uwagę koszty dojazdu inspektora, jego diety, ryczału za nocleg czy dojazdy (vide: Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 roku w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej - Dz. U. z 2013 r. poz. 167), czy wręcz maksymalnej miesięcznej kwoty ryczału za używanie samochodów osobowych (vide: Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 roku w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy - Dz. U. z 2002 r. Nr 27 poz. 271 ze zm.) - koszt dodatkowego wynagrodzenia dla inspektora kontrolującego wykonanie zobowiązania wyniesie: 750 zł (dieta+ryczałt za nocleg za 10 dni) i 195 zł ryczału z cytowanego wyżej rozporządzenia przy przyznaniu maksymalnego ryczału - razem: 945 zł. Oszczędność Zamawiającego przy zwiększeniu konkurencyjności postępowania, widoczna na podanym przykładzie, wyniesie nawet kilkaset tysięcy złotych. W ocenie Odwołującego tym bardziej postępowanie Zamawiającego pozostaje niezrozumiałe i niegospodarne.[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz dowody, stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba 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:

[...];

- *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;*
- *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 2013 r.

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 06.08.2013 r. Pan Artur Chanaj 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 w dniu 08.08.2013 r. odpowiedział, że data opublikowania SIWZ znajduje się na jego stronie internetowej oraz odmówił wprowadzenia postulowanych zmian.

Ww. 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 Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

We wstępie do rozpatrzenia zarzutów dotyczących ukształtowania w SIWZ przyszłych stosunków umownych (w tym zakresie przedmiotowego umowy, a więc przedmiotu zamówienia) pomiędzy zamawiającym a wykonawcą realizującym zamówienie, należy 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 należy podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego – zasadę swobody umów. Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. 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 ww. przepis zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. Ograniczenia tego typu wprowadzać będą przepisy samego Kodeksu cywilnego, jak regulacje też 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 ukształtowania 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. Odnośnie 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 nieostrej. 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 należy, 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 szanse uzyskania zamówienia będą relatywnie mniejsze, np. wymagany sposób i zakres jego realizacji będzie dla nich mniej opłacalny lub w ogóle nie do przyjęcia.

Jak już wskazano, tego typu ograniczenia konkurencji są niejako w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne. 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, Izba wskazuje 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 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, 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 powoływanej 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, Izba ustaliła i stwierdziła, co następuje.

Przy czym 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 miasta Poznań, 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 – prowadzą 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 szanse 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 przemawiającego 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.

Zaznaczyć bowiem należy, iż tego typu wymaganie zamawiającego było już przedmiotem oceny i orzekania Izby. 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 Izby rozpoznający niniejsze odwołanie w pełni podziela i popiera stanowisko wyrażone w sprawie KIO 439/12.

W uzasadnieniu ww. wyroku podniesiono m.in. okoliczności, które zaważyły na tym rozstrzygnięciu. Oceniono m.in. i omówiono potrzeby zamawiającego w tym zakresie, a także przedstawiono możliwości wykonania zamówienia na danym terenie przez różnych wykonawców. W ww. uzasadnieniu wskazano m.in.:

[...]Natomiast argumentację Zamawiającego i Przystępującego dotyczącą istotnego znaczenia odległości lotniska od siedziby Zamawiającego, Izba uznała za spójną, racjonalną i przekonującą. Bliskość lotniska umożliwi Zamawiającemu właściwy nadzór nad przeprowadzaniem akcji szczepień (wymagający obecności lekarzy weterynarii, m.in. w celu zapewnienia właściwej jakości i zabezpieczenia szczepionek), a do nadzoru tego Zamawiający jest zobowiązany przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. o Inspekcji Weterynaryjnej (Dz. U. z 2010 r. Nr 112, poz. 744 z późn. zm.) i rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 2 czerwca 2004 r. w sprawie szczegółowych warunków i sposobu przeprowadzania ochronnych szczepień lisów wolno żyjących przeciwko wściekliznie (Dz.U. Nr 142, poz. 1509). Zgodnie bowiem z § 2 ust. 1 tego rozporządzenia, szczepienia ochronne przeprowadza wojewódzki lekarz weterynarii.

Ponadto, odległość lotniska od siedziby Zamawiającego wpływa na sprawność przeprowadzenia akcji, która musi być wykonana w ściśle określonym czasie. Jak wskazał Zamawiający i Przystępujący, zmienne warunki pogodowe mogą uniemożliwić rozpoczęcie akcji w wyznaczonym wcześniej terminie lub powodować konieczność jej przerwania przed zakończeniem zrzutu szczepionki. Znaczna odległość lotniska mogłaby powodować komplikacje w dotarciu lekarzy weterynarii na czas lub generować dodatkowe koszty związane z dojazdem na akcję, która została odwołana tuż przed jej planowanym rozpoczęciem. Wyznaczony przez Zamawiającego promień 50 km z jednej strony zapewnia przemieszczanie się między lotniskiem a siedzibą Zamawiającego w krótkim czasie, umożliwia właściwe

reagowanie na zmienną sytuację pogodową wpływającą na możliwość przeprowadzenia lotów, a z drugiej strony obejmuje swoim zasięgiem taką liczbę lotnisk, aby nie ograniczać wykonawcom dostępu do udziału w postępowaniu.

Ponadto Przystępujący przedłożył korespondencję z podmiotami zarządzającymi lotniskami w Sowińcu, Obornikach i Zborowie, z której wynika możliwość skorzystania z tych lotnisk w celu wykonania zamówienia.[...]”.

Izba uwzględniła i oceniła w charakterze dowodów wszystkie pisma i dokumenty wnioskowane przez odwołującego. Za dowiedzione na ich podstawie okoliczności uznano:

- fakt, iż na przestrzeni trzech ostatnich lat w postępowaniach dotyczących tego zakresu zamówienia najkorzystniejsze oferty składa Aeroklub Poznański (sam lub w konsorcjach),
- fakt, że co najmniej kilka Wojewódzkich Inspektoratów Weterynarii z innych województw niż Wielkopolska, nie stosuje wymagań, co do wykonywania zamówienia z lotniska w pobliżu ich siedziby,
- fakt, że dopuszczenie wykonanie zamówienia z lotniska położonego w dalszej odległości niż wymagana (w tym przypadku w Herbutowie), umożliwiłoby odwołującemu złożenie oferty z niższą ceną.

Powyższe okoliczności nie przesądziły jednak o uznaniu kwestionowanych wymagań zamawiającego za niedopuszczalne.

Po pierwsze okoliczność, iż dane zamówienia uzyskał Aeroklub Poznański sama w sobie niczego nie przesądza i o niczym nie świadczy – w szczególności o fakcie, iż ww. wykonawca jest wykonawcą działającym w warunkach jakiegokolwiek monopolu. Przeciwnie, przedłożone na tę okoliczność dowody (zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 27 kwietnia 2011 r., z dnia 11 kwietnia 2012 r., z dnia 22 marca 2013 r.) wskazują, iż oferty w postępowaniu składają również inni wykonawcy, a różnice cenowe pomiędzy ofertami wcale nie są znaczne.

Po drugie różne Wojewódzkie Inspektoraty Weterynarii mogą w różny sposób organizować własną pracę i dbać o zabezpieczenie przebiegu wykonywania swoich ustawowych zadań. Nie przesądza to, iż którykolwiek z przewidywanych sposobów jest gorszy lub niedopuszczalny.

Po trzecie teza o możliwości złożenia tańszej oferty w oparciu o zasoby własne czy już posiadane (bez konieczności wykorzystywania zasobów zewnętrznych) jest tezą właściwie notoryjną i jako taka nie wymagałaby żadnych dowodów. Niemniej jednak fakt, że dla danego wykonawcy żądany sposób wykonania zamówienia jest bardziej kosztowny czy mniej wygodny aniżeli dla innych wykonawców obecnych na rynku, sam w sobie nie przesądza o niedopuszczalności tego typu wymagań zamawiającego.

W konsekwencji za niezasadne uznano również zarzuty dotyczące warunku udziału w postępowaniu referującego do dysponowania lotniskiem położonym w określonej odległości od siedziby zamawiającego.

Izba wskazuje, 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 ww. 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 lematem: 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 uznano 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 przyjmie 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.

Odnośnie warunku dotyczącego wykonania usługi „opowiadającej przedmiotowi zamówienia” dodać należy, iż posługiwanie się w ww. zwrotem (zaczerpniętym 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 domysłem 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 zaostrzenia 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 Izba zauważa, 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 ww. 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. A..... C.....) 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 należycie 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 Izby, 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).

.....