

Sygn. akt: KIO 439/12

WYROK
z dnia 14 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 marca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2012 r. przez **Krzysztofa Bilarzewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Gwiazda – PPHU Krzysztof Bilarzewski** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Poznaniu**

przy udziale wykonawcy **Aeroklub Poznański im. Wandy Modlibowskiej z siedzibą w Kobylnicy**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża **Krzysztofa Bilarzewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Gwiazda – PPHU Krzysztof Bilarzewski** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Krzysztofa Bilarzewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Gwiazda – PPHU Krzysztof Bilarzewski** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Krzysztofa Bilarzewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Gwiazda – PPHU Krzysztof Bilarzewski** na rzecz **Wojewódzkiego Inspektoratu Weterynarii w Poznaniu** kwotę **3.600 zł 00 gr**

(słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Poznaniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Usługę lotniczą polegającą na wyłożeniu szczepionki przeciwko wściekliźnie lisów wolno żyjących podczas wiosennej i jesiennej akcji szczepień lisów w 2012 r. na terenie województwa wielkopolskiego.*

W dniu 5 marca 2012 r. wykonawca Krzysztof Bilarzewski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Gwiazda – PPHU Krzysztof Bilarzewski wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 22 i art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w punkcie VIII SIWZ zamieścił wymóg, aby wykonawcy dysponowali na czas wykonania zamówienia lotniskiem/lądowiskiem bazowym lub operacyjnym oddalonym maksymalnie do 50 km od siedziby Zamawiającego licząc odległość w linii prostej.

Odwołujący podniósł, że lotniska i lądowiska w promieniu 50 km w linii prostej od siedziby Zamawiającego, z których możliwe jest przeprowadzenie operacji lotniczych związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, znajdują się w miejscowościach Kobylnica i Bednary, a pozostałe lotniska i lądowiska w wymaganym obszarze są zbyt małe lub niedostępne ze względu na swój charakter (lotnisko komunikacyjne lub wojskowe). Użytkownikiem i zarządzającym lotniskami w Kobylnicy i Bednarach jest Aeroklub Poznański, który jest wykonawcą zrzutu szczepionki w województwie wielkopolskim od wielu lat. Bez zgody zarządzającego z w/w lotnisk/lądowisk nie będzie możliwe wykonywanie operacji lotniczych w skali wymaganej do realizacji przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, warunek dotyczący odległości lotniska od siedziby Zamawiającego narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie z ogłoszenia oraz SIWZ warunku dotyczącego dysponowania lotniskiem/lądowiskiem bazowym lub operacyjnym oddalonym maksymalnie do 50 km od siedziby Zamawiającego.

W dniu 8 marca 2012 r. Aeroklub Poznański im. Wandy Modlibowskiej zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący podniósł, że Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ustawy Pzp, a kwestionowany warunek jest zgodny z ustawą. Zdaniem Przystępującego, realizacja akcji szczepień z lotnisk oddalonych ponad 50 km od siedziby Zamawiającego znacznie utrudniłaby wykonanie zamówienia i byłaby niezasadne z punktu widzenia interesu publicznego, zasad gospodarności i doświadczenia życiowego.

Przystępujący wskazał, że ze względu na znaczną powierzchnię roboczą województwa wielkopolskiego (27 637,66 km²), przy jednoczesnym ograniczeniu przez Zamawiającego czasu trwania akcji wiosennej i jesiennej do niezbędnego minimum (10 dni) starty samolotów odbywają się w dwóch turach: porannej i południowej. Zgodnie z wieloletnią praktyką, przedstawiciele Zamawiającego podczas akcji dokonują przed każdym wylotem samolotu codziennej kontroli wydawanej do samolotów szczepionki oraz uczestniczą w lotach. W przypadku niestabilnych warunków pogodowych, określenie przez wykonawcę z jednodniowym wyprzedzeniem dokładnej godziny startu samolotów w dniu następnym niejednokrotnie nie jest możliwe. W takich sytuacjach tylko bieżące uzgodnienia między Zamawiającym a Wykonawcą godziny przyjazdu przedstawicieli Zamawiającego pozwalają na realizację przez nich zadań kontrolnych. Z kolei opóźnienia w przyjeździe na lotnisko przedstawicieli Zamawiającego mogą prowadzić do destabilizacji planu całej akcji, niemożliwości skoordynowania lotów z Ośrodkiem Zarządzania Przestrzenią Powietrzną Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej lub służbami kontroli ruchu lotniczego w rejonach kontrolowanych lotnisk (CTR, MCTR), a w efekcie do wykonania usługi w sposób nierzetelny i niezgodny ze specyfikacją.

Przystępujący zakwestionował twierdzenie Odwołującego, że w promieniu 50 km w linii prostej od siedziby Zamawiającego znajdowały się tylko dwa lotniska, z których możliwe jest przeprowadzenie operacji lotniczych związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Wg oficjalnych publikacji Urzędu Lotnictwa Cywilnego oraz wiedzy Przystępującego lotnisk lub lądowisk takich na wskazanym obszarze jest co najmniej osiem, tj.: Jaryszewo (37,7 km), Oborniki Wlkp. (31,5 km), Poznań-Bednary (30 km), Poznań-Ławica (4 km), Poznań-Kobylnica (14,3 km), Sowiniec (17,2 km), Zborowo (14,6 km), Żerniki (15 km). Lotniska / lądowiska te spełniają wszystkie wymogi bezpieczeństwa, a długość pasów startowych jest zgodna z wymaganiami instrukcji użytkowania w locie statków powietrznych o maksymalnej masie startowej do 5700 kg, w tym samolotów typu AN-2, czyli takich jakich używa przy realizacji usług lotniczych Odwołujący. Obiekty te stanowią własność innych podmiotów lub osób fizycznych i są dostępne dla innych podmiotów na warunkach ustalonych z zarządzającym. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, by zarządzający którymkolwiek z lotnisk czy lądowisk zlokalizowanych we wskazanej strefie odmówił mu możliwości wykonywania operacji lotniczych na potrzeby ww. usługi.

Zdaniem Odwołującego, nieprawdą jest, że położone we wskazanym obszarze lotnisko komunikacyjne (Poznań-Ławica), ze względu na swój charakter nie jest dostępne dla Odwołującego. Lotnisko komunikacyjne w myśl Prawa lotniczego jest lotniskiem użytku publicznego i jest otwarte dla wszystkich statków powietrznych w terminach i godzinach ustalonych przez zarządzającego tym lotniskiem i podanych do publicznej wiadomości. Tym samym twierdzenie Odwołującego, że lotnisko to nie jest dla niego dostępne, nie znajduje potwierdzenia.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

W punkcie VIII SIWZ (*Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*) Zamawiający postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. 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,
- 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.

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ (*Opis techniczny*), przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na wyłożeniu z samolotów doustnej szczepionki przeciwko wściekliźnie lisów wolno żyjących w akcji wiosennej w ilości 552 753 dawek, w akcji jesiennej w ilości 552 753 dawek, na obszarze województwa wielkopolskiego. Szczepieniem zostanie objętych 27 637,66 km² powierzchni roboczej województwa. 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 w sposób ustalony z zamawiającym. Wymagany termin realizacji zamówienia: akcja wiosenna – w ciągu 10 dni wskazanych przez zamawiającego na przełomie kwietnia/maja 2012 r., akcja jesienna: w ciągu 10 dni wskazanych przez zamawiającego we wrześniu 2012

r. Realizacja przedmiotu zamówienia w każdej akcji (wiosna, jesień) nie powinna trwać dłużej niż 10 dni. Zamawiający zastrzegł, że terminy wykonania przedmiotu zamówienia mogą ulec zmianie w przypadku zaistnienia warunków pogodowych uniemożliwiających loty samolotów. Ponadto Zamawiający określił prędkość przelotową lotów, wymagane wyposażenie samolotów, odległość między liniami przelotu oraz wysokość, z jakiej należy wykladać szczepionkę.

Zgodnie z *Opisem technicznym*, po zakończeniu każdej z akcji szczepień Wykonawca zobowiązany jest do zutylizowania, zgodnie z obowiązującymi przepisami, opakowań po szczepionce na swój koszt. Ponadto Wykonawca zobowiązany jest do załadowania szczepionki bezpośrednio z chłodni do samolotu. Do obowiązków wykonawcy należy również sporządzenie zbiorczej dokumentacji lotniczej z wykonania każdej akcji (wiosna, jesień) obejmującej: szczegółowe sprawozdanie z realizacji nawigacyjnego planu lotów, szczegółowe sprawozdanie z realizacji planu wyłożenia szczepionki, wydruk z odbiornika GPS potwierdzający rzeczywiste trasy wykonanych lotów, wydruk z rejestratora zrzutu szczepionki potwierdzający ilość i miejsce zrzuconej szczepionki na poszczególnych trasach.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący, który złożył najkorzystniejszą ofertę, spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu opis ten, w zakresie dysponowania potencjałem technicznym, w sposób nieuzasadniony ogranicza wykonawcom możliwość ubiegania się o zamówienie. Należy jednak stwierdzić, że twierdzenia Odwołującego nie zostały poparte żadnymi dowodami.

Zgodnie z art. 6 KC oraz art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tej stronie postępowania, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Odwołujący, który twierdzi, że warunek w zakresie dysponowania potencjałem technicznym został ustalony niezgodnie z art. 22 ustawy Pzp i narusza zasadę uczciwej konkurencji

i równego traktowania wykonawców, powinien wskazać dowody na poparcie swoich twierdzeń.

Tymczasem Odwołujący nie poparł swoich twierdzeń żadnymi dowodami. Nie wykazał, że sporny wymóg jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nieuzasadniony z punktu widzenia jego prawidłowego wykonania. Nie udowodnił też, że niezasadnie ogranicza on krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Odwołujący poprzestał jedynie na gołosłownych twierdzeniach, bazujących na jego dotychczasowym doświadczeniu i przypuszczeniach, że odległość lotniska od siedziby Zamawiającego nie ma znaczenia dla prawidłowego wykonania zamówienia oraz że we wskazanym w SIWZ obszarze jedyne lotniska, z których można wykonać loty, to lotniska zarządzane przez Przystępującego (sugerując tym samym, jakoby opisane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu umożliwiały ubieganie się o zamówienie tylko jednemu podmiotowi). Odwołujący nie uprawdopodobnił nawet tezę, na które się powoływał, nie zwrócił się do żadnego z zarządzających lotniskami położonymi w określonym przez Zamawiającego obszarze, z pytaniem o możliwość skorzystania z nich w celu wykonania przedmiotu zamówienia. Nie przedstawił również logicznego uzasadnienia tezy, że odległość od lotniska nie ma znaczenia dla prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia.

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 wścieklicznie (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. Odwołujący natomiast nie przedstawił dowodu przeciwnego.

Dodatkowo, Zamawiający podniósł, że odległość lotniska wpływa na koszty transportu szczepionki z siedziby Zamawiającego do miejsca startu samolotu. Należy jednak stwierdzić, że Zamawiający w SIWZ nie uregulował kwestii związanych z dostarczaniem szczepionki, wyjaśnił również, że w postępowaniu na dostawę szczepionek nie określił miejsca wykonania dostawy, a jedynie postanowił, że szczepionki będą dostarczane do miejsca wskazanego przez Zamawiającego. Nie ma więc obecnie pewności, czy szczepionki będą dostarczane przez dostawcę bezpośrednio na lotnisko, czy też do siedziby Zamawiającego, a następnie transportowane na lotnisko. Zamawiający twierdzi, że rozważy przechowywanie szczepionek w swojej siedzibie, z uwagi na potrzebę ich odpowiedniego zabezpieczenia, jednakże twierdzenia te nie mają oparcia w dokumentacji z postępowania.

Na marginesie Izba zauważa, że Zamawiający nie zamieścił w specyfikacji również postanowień dostatecznie szczegółowo określających sposób przeprowadzania akcji szczepień, w tym kwestii obecności przedstawicieli Zamawiającego i sposobu pełnienia przez nich nadzoru nad prawidłowością akcji. Zaniechanie określenia w specyfikacji wskazanych kwestii należy uznać za nieprawidłowe, niemniej jednak nie wpływa to na ocenę zarzutów odwołania.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania, odwołanie zostało oddalone.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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).

Przewodniczący: