

Sygn. akt: KIO 1209/13

WYROK
z dnia 6 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Mlącka**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 czerwca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2013 r. przez **Odwołującego** – Polskie Linie Lotnicze LOT S.A., ul. 17 Stycznia 39, 00-906 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - " Polskie Linie Lotnicze LOT S.A., ul. 17 Stycznia 39, 00-906 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Polskie Linie Lotnicze LOT S.A., ul. 17 Stycznia 39, 00-906 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** - Polskie Linie Lotnicze LOT S.A., ul. 17 Stycznia 39, 00-906 Warszawa, na rzecz **Zamawiającego** - Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Poczta Polska S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w ramach zamówień sektorowych na świadczenie dla Poczty Polskiej S.A. usług przewozu ładunków pocztowych drogą lotniczą. Odwołujący PLL LOT S.A. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia zmienionego w dniu 20 maja 2013 r. w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp oraz kodeksu cywilnego. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp - poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję polegającym na umieszczeniu w Załączniku nr 1 do SIWZ zawierającym Opis Przedmiot Zamówienia zapisów pkt.3 ust. 4 i 6, pkt. 8 ust. 1 lit a i pkt. 8 ust. 2, pkt. 7 ust. 4 i 6 które są niejasne i przez to naruszają zasadę równego traktowania Wykonawców, art. 29 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą nie dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, co może mieć wpływ na sporządzenie oferty polegającego na umieszczeniu w Załączniku nr 1 do SIWZ zawierającego Opis Przedmiot Zamówienia niejednoznacznych i niejasnych zapisów pkt.6 ust. 1, pkt. 7 i pkt. 7 ust. 4 i 6, art. 471 kc w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 Pzp poprzez wprowadzenie do postanowień Umowy, stanowiącej Załącznik nr 4 do SIWZ zapisu par. 9 ust 6 oraz par. 10 ust 1 ustanawiających odpowiedzialność Wykonawcy za skutki działania Siły Wyższej w postaci warunków atmosferycznych uniemożliwiających wykonanie lotu oraz obowiązek zapłaty przez Wykonawcę kary umownej z tego tytułu. Wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmian treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ poprzez doprecyzowanie zapisu pkt. 6 ust 1 Załącznika nr 1 do SIWZ polegającego na podaniu wymiarów worków, doprecyzowanie zapisu pkt. 7 ust 1,2,3,4,5 i 6 Załącznika nr 1 do SIWZ polegającego na wskazaniu czy podana minimalna ładowność statków powietrznych określona na poziomie ton oraz 1,6 ton dotyczy całej powierzchni samolotu tj. luków bagażowych łącznie z powierzchnią pasażerską czy wyłącznie luków bagażowych, doprecyzowanie zapisu pkt. 7 ust 4 i 6 Załącznika nr 1 do SIWZ polegającego na wskazaniu czy podana minimalna ładowność statków powietrznych określona na poziomie ton dotyczy całej trasy czy jej poszczególnych odcinków, zmianę zapisu pkt. 8 ust. 1 lit. a Załącznika nr 1 do SIWZ polegającą na umożliwieniu udziału w przetargu Wykonawców, którzy dysponują samolotami, w których odległość pomiędzy dolną krawędzią luku ładunkowego a płytą lotniska jest większa niż 1,60 metra, zmianę zapisu pkt. 3 ust. 4 i 6 Załącznika nr 1 do SIWZ polegającą na umożliwieniu udziału w przetargu

Wykonawców, którzy oferują wykonanie usług lotniczych rejsiem bezpośrednim na trasie Poznań Ławica-Warszawa Okęcie, Kraków Balice-Warszawa Okęcie, Rzeszów Jasionka-Warszawa Okęcie i Szczecin Goleniów-Warszawa Okęcie jak również przy wykorzystaniu transportu kołowego na odcinku ze Szczecina do Poznania Ławicy oraz Rzeszowa do Krakowa Balice i dalej transportem lotniczym do Warszawy, uzupełnienie postanowień SIWZ o informację na temat dziennego wolumenu ładunków pocztowych na określonych trasach, zmianę treści Umowy stanowiącej Załącznik nr 4 do SIWZ poprzez usunięcie par. 9 ust.6 Umowy oraz zmianę par. 10 ust. 1 Umowy poprzez usunięcie zapisu o obowiązku zapłaty kary umownej w przypadku odwołania lub opóźnienia lotu z powodu zaistnienia warunków atmosferycznych tj. usunięcia następującego fragmentu: „jak również w przypadku niepowiadomienia lub opóźnienia w powiadomieniu Zamawiającego zgodnie z par. 9 ust 6 Umowy, przyznanie od Zamawiającego na rzecz Odwołującej kosztów niniejszego postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niedostatecznie jasny, co jest niezgodnie z art. 29 ust 1 ustawy Pzp, gdyż może wywołać wątpliwości interpretacyjne niektórych zapisów SIWZ i co za tym idzie trudności w sformułowaniu prawidłowej oferty (również w zakresie wyceny), która będzie spełniała wymagania SIWZ.

Odwołujący wskazał, że w punkcie 7 Załącznika nr 1 do SIWZ zatytułowanym opis przedmiotu zamówienia Zamawiający określił wymagania statków powietrznych w zakresie ich minimalnej ładowności na poszczególnych trasach na 3,6 ton oraz w przypadku trasy Bydgoszcz Szwedowo-Warszawa Okęcie -Bydgoszcz Szwedowo na 1,6 ton. Zdaniem Odwołującego, użyte przez Zamawiającego sformułowanie „*minimalna ładowność statków powietrznych*” jest zbyt ogólne i niewystarczające dla prawidłowego sformułowania oferty w ww. zakresie. Nie ma bowiem pewności czy ww. sformułowanie odnosi się wyłącznie do przestrzeni bagażowej samolotu tj. luków bagażowych czy też do luków bagażowych łącznie z przestrzenią pasażerską, która także może być wykorzystywana do przewożenia przesyłek. Powyższa wątpliwość ma istotne znaczenie dla prawidłowego sformułowania oferty przez tych Wykonawców, którzy z uwagi na to, że dysponują określonymi typami samolotów będą mogli spełnić wskazany przez Zamawiającego wymóg ładowności samolotów tylko w przypadku możliwości wykorzystania przestrzeni pasażerskiej. Ponadto, w odniesieniu do pkt. 7 ust. 4 tj. trasy Szczecin Goleniów- Poznań Ławica- Warszawa Okęcie- Poznań Ławica-Szczecin Goleniów oraz pkt. 7 ust. 6 tj. trasy Rzeszów Jasionka-Kraków Balice-Warszawa Okęcie-Kraków Balice-Rzeszów Jasionka zapisy SIWZ nie

określają jednoznacznie czy wymóg minimalnej ładowności samolotu na poziomie 3,6 ton odnosi się do ładowności samolotu na całej trasie czy też na poszczególnych jej odcinkach. Powyższa wątpliwość ma kardynalne znaczenie dla prawidłowego sformułowania oferty oraz zapewnienia wykonania usług lotniczych przez Wykonawców, którzy dysponują samolotami o minimalnej ładowności 3,6 ton. Gdyby bowiem uznać, że użyte w ww. zapisie SIWZ sformułowanie nakłada na Wykonawcę obowiązek zapewnienia ładowności samolotu na poziomie 3,6 ton na całej trasie, Wykonawca dysponujący samolotem o udźwigu wyłącznie 3,6 ton w przypadku maksymalnego obciążenia samolotu ładunkiem pocztowym w porcie początkowym tj. do 3,6 ton nie byłby w stanie zrealizować usługi na kolejnym odcinku z uwagi na zbyt duży ciężar przesyłki pocztowej mimo spełnionego warunku wymaganego udźwigu samolotu na poziomie 3,6 ton. Jednym słowem załadowanie samolotu o udźwigu 3,6 ton w porcie początkowym tj. Szczecin Goleniów ładunkiem pocztowym o łącznej masie 3,6 ton uniemożliwia dołożenie do samolotu jakiegokolwiek ładunku w kolejnym porcie na trasie tj. w Poznaniu Ławica.

Zamawiający w punkcie 6 Załącznika nr 1 do SIWZ zdefiniował ładunek pocztowy wskazując, iż tworzą go pojedyncze przesyłki i worki, a także wskazał maksymalny ciężar worków określając go na 15 kg. Odwołujący podniósł, że dokonany przez Zamawiającego opis parametrów technicznych ładunku pocztowego w postaci worków jest niewystarczający dla prawidłowego oszacowania przez Wykonawcę możliwości wykonania usługi przy jednoczesnym obowiązku spełnienia wymogów SIWZ w zakresie ładowności samolotu. Wykonawca by mógł dokonać koniecznych obliczeń w zakresie ilości worków jakie mogą być przewiezione w danym samolocie o określonej ładowności i co za tym idzie by mógł oszacować możliwości danego samolotu w zakresie przewożonej ilości ładunku pocztowego powinien, oprócz ciężaru worków dysponować także informacją o jego jednostkowych wymiarach.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie określił, jaki wolumen tj. ilość ładunku pocztowego planuje przewozić na poszczególnych trasach. Odwołujący stwierdził, że brak przedmiotowej informacji uniemożliwia Wykonawcy oszacowanie oferty w zakresie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 29 ust 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że w Załączniku nr 1 do SIWZ w pkt. 3 ust. 4 i 6 oraz pkt.7 ust. 4 i 6 oraz pkt. 8 ust 1 lit a i ust 2 Zamawiający zawarł szereg niejasnych postanowień, które utrudniają przygotowanie prawidłowej oferty. Odwołujący wskazał okoliczność, że świadczenie usług przewozu lotniczego w ramach umowy na trasie Szczecin Goleniów-Poznań Ławica-Warszawa Okęcie-Poznań Ławica-Szczecin Goleniów oraz Rzeszów

Jasionka-Kraków Balice-Warszawa Okęcie-Kraków Balice- Rzeszów Jasionka powinno odbywać się z tzw. międzylądowaniem na lotniskach w Poznaniu Ławicy Krakowie Balicach. W ocenie Odwołującego, wskazany przez Zamawiającego wymóg międzylądowania samolotu na ww. lotniskach nie jest warunkiem koniecznym prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia w postaci transportu ładunku pocztowego na trasie Rzeszów Jasionka-Kraków Balice-Warszawa Okęcie i Szczecin Goleniów-Poznań Ławica-Warszawa Okęcie. Operacja międzylądowania zwiększa, w stosunku do połączenia wykonywanego bezpośrednio, koszt samego rejsu i przez to całej usługi. Powyższy zapis wyklucza więc z udziału w przetargu tych Wykonawców, którzy z uwagi na ułożenie własnej siatki połączeń nie będą mogli zapewnić międzylądowania w ww. lotniskach mimo, iż byliby w stanie wykonać przedmiot zamówienia na ww. trasach tj. przewozić ładunek pocztowy we wskazanym przedziale czasowym na wskazanych trasach np. rejsiem bezpośrednim na trasie Poznań Ławica-Warszawa Okęcie, Kraków Balice-Warszawa Okęcie, Rzeszów Jasionka-Warszawa Okęcie i Szczecin Goleniów-Warszawa Okęcie jak również przy wykorzystaniu transportu kołowego na odcinku ze Szczecina do Poznania Ławicy oraz Rzeszowa do Krakowa Balice i dalej transportem lotniczym do Warszawy. Wymóg międzylądowania samolotu w ocenie Odwołującego stanowi naruszenie zasady równego traktowania Wykonawców, gdyż uniemożliwia udział w przetargu Wykonawców, którzy pomimo możliwości wykonania przedmiotu zamówienia we wskazanym przedziale czasowym na wskazanych trasach nie będą spełniali wymogu zapewnienia międzylądowania.

W pkt. 8 ust. 1 lit. a Załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający określił wymagania techniczne samolotu i wskazał, iż dolna krawędź luku załadunkowego samolotu powinna znajdować się na wysokości nie wyższej niż 1,60 metra od poziomu płyty lotniska. Jednocześnie w ust. 2 tego samego punktu 8 wskazał, iż Wykonawca jest zobowiązany zapewnić urządzenia ułatwiające wymianę ładunku pocztowego, jeśli wysokość od poziomu płyty lotniska do luku bagażowego jest zbyt duża. Odwołujący wskazał, że jedynie odległość nie wyższa niż 1,60 metra zapewnia możliwość ręcznego załadunku i rozładunku poczty tj. bez użycia specjalnych urządzeń, o których mowa w pkt. 8 ust 2. Podniósł, że zapisy Załącznika nr 1 do SIWZ wzajemnie się wykluczają - Zamawiający z jednej strony nakłada bowiem na Wykonawcę obowiązek zapewnienia samolotu z lukiem bagażowym umiejscowionym w odległości nie większej niż 1,60 metra od płyty lotniska a z drugiej dopuszcza możliwość umiejscowienia luku bagażowego wyżej niż 1,60 metra pod warunkiem zapewnienia specjalnych urządzeń. Takie brzmienie postanowień Załącznika nr 1 do SIWZ, zdaniem Odwołującego, stwarza ryzyko odrzucenia oferty Wykonawcy, który będzie dysponował samolotem z lukiem bagażowym umiejscowionym w odległości większej niż 1,60 metra od

płyty lotniska jako niezgodnej z punktem 8 ust. 1 lit a Załącznika nr 1 do SIWZ, pomimo spełnienia wymogu pkt. 8 ust 2 tj. zapewnienia urządzeń ułatwiających załadunek i rozładunek.

Naruszenie art. 471 kc w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 Pzp

Zamawiający w par. 9 Umowy stanowiącej Załącznik nr 4 do SIWZ uregulował kwestię odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu odwołania lub opóźnienia lotu z powodu zaistnienia Siły Wyższej. Ustęp 3 par. 9 stanowi, iż Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za odwołanie lub opóźnienie lotu z powodu zaistnienia Siły Wyższej. W ustępie 4 par. 9 znajduje się definicja Siły Wyższej, która obejmuje swym zakresem także warunki atmosferyczne uniemożliwiające odbywanie lotów. Wykonawca w świetle powyżej wymienionych postanowień umowy nie ponosi odpowiedzialności za odwołanie lub opóźnienie lotu wywołane działaniem Siły Wyższej, w tym warunków atmosferycznych uniemożliwiających wykonanie lotu. Paragraf 9 ustęp 6, zdaniem Odwołującego, wprowadza odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu odwołania lub opóźnienia lotu z powodu warunków atmosferycznych, które Wykonawca mógł przewidzieć lub o których miał wiedzę w przypadku, gdy nie poinformował o nich Zamawiającego w stosowny czasie. Paragraf 10 ustęp 1 Umowy nakłada na Wykonawcę w takim przypadku obowiązek zapłaty kary umownej.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający był niekonsekwentny w formułowaniu zapisów dotyczących odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu odwołania lub opóźnienia lotu wskutek warunków atmosferycznych. Skoro bowiem zgodnie z zapisem par. 9 ust. 4 Umowy warunki atmosferyczne uniemożliwiające wykonanie lotu stanowią przypadek działania Siły Wyższej tj. okoliczności niezależnej od Wykonawcy, która zwalnia go z odpowiedzialności za niewykonanie lub nieprawidłowe wykonania Umowy, to nieuzasadnione jest nakładanie na Wykonawcę odpowiedzialności z tytułu odwołania lub opóźnienia lotu wskutek warunków atmosferycznych uniemożliwiających wykonanie lotu, zakładając jednocześnie, że wystąpią przypadki warunków atmosferycznych uniemożliwiających wykonanie lotu możliwych do przewidzenia przez Wykonawcę. Przede wszystkim należy podnieść, iż zapis par. 9 ust 6 i par 10 ust. 1 Umowy jest sprzeczny z art. 471 kodeksu cywilnego, gdyż zgodnie z przywołanym przepisem kodeksu cywilnego dłużnik nie ponosi odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, które nastąpiło wskutek okoliczności od dłużnika niezależnych. Nie ulega wątpliwości, iż Siła Wyższa stanowi okoliczność niezależną tj. wyłączającą odpowiedzialność stron stosunku prawnego za szkody powstałe wskutek okoliczności stanowiących Siłę Wyższą.

A zatem skoro warunki atmosferyczne uniemożliwiające wykonanie lotu zostały uznane w par. 9 ust. 6 Umowy za przypadek działania Siły Wyższej Wykonawca nie ponosi

odpowiedzialności za niewykonanie umowy wskutek wystąpienia przeszkody w postaci warunków atmosferycznych uniemożliwiających wykonanie lotu i nie może być zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej z tego tytułu.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Uznając część wniosków odwołania za zasadne, zmienił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia w dniu 4 czerwca 2013 roku. Zmiany opublikował na stronie internetowej przekazując jednocześnie informację o zmianie SIWZ Odwołującemu. W odpowiedzi na odwołanie przedstawił wniosek o oddalenie odwołania w pozostałej części.

Dodatkowo wskazał, że zmienił pkt. 6 Załącznika nr 1 do SIWZ, oraz pkt. 6 Załącznika nr 3 do wzorca umowy, który otrzymał brzmienie następujące: Przez ładunek pocztowy rozumie się: worki o masie do 15 kg; pojedyncze przesyłki o masie do 30 kg, o wymiarach maksymalnych 600 mm x 500 mm x 300 mm. Maksymalny wymiar worka wynosi 75 cm x 130 cm, przy czym stopień wypełnienia worków ładunkiem pocztowym jest zróżnicowany. Masa konwojentów wliczana jest do całkowitej masy ładunku pocztowego.

Zamawiający zmienił pkt. 7, Załącznika nr 1 do SIWZ oraz pkt. 7 Załącznika nr 3 do wzorca umowy, poprzez określenie minimalnych ładowności na poszczególnych trasach (tj. Katowice Pyrzowice - Warszawa Okęcie - Katowice Pyrzowice - 3,6 tony; Gdańsk Rębiechowo- Warszawa Okęcie - Gdańsk Rębiechowo - 3,6 tony; Wrocław Strachowice - Warszawa Okęcie - Wrocław Strachowice - 3,6 tony; Szczecin Goleniów - Poznań Ławica - Warszawa Okęcie - Poznań Ławica -Szczecin Goleniów - 3,6 tony; Bydgoszcz Szwederowo - Warszawa Okęcie - Bydgoszcz Szwederowo -1,6 tony; Rzeszów Jasionka - Kraków Balice - Warszawa Okęcie - Kraków Balice - Rzeszów Jasionka - 3,6 tony. Zamawiający określił także wymaganie, że: „Wymienione powyżej minimalne ładowności statków powietrznych dotyczą całej powierzchni samolotu, na całej trasie przelotu. Wolumen przewożonych ładunków może się zmieniać każdego dnia. Maksymalna objętość ładunku dla samolotów o ładowności 3,6 tony wynosi ok. 30 m³, natomiast dla samolotu o ładowności 1,6 tony wynosi ok. 12 m³.”

Zamawiający dokonał także zmiany zapisu pkt. 8 ust. 1 lit. a Załącznika nr 1 do SIWZ polegającej na umożliwieniu udziału w przetargu Wykonawców, którzy dysponują samolotami, w których odległość pomiędzy dolną krawędzią luku załadunkowego a płytą lotniska jest większa niż 1,60 metra.

Zamawiający zmienił pkt. 8 ust. 1 lit. a), Załącznika nr 1 do SIWZ oraz pkt. 8 ust. 1 lit. a) Załącznika nr 3 do wzorca umowy: „Obowiązki Wykonawcy. Wykonawca jest zobowiązany do: 1) zapewnienia sprawnych technicznie, ubezpieczonych samolotów, przystosowanych do wykonywania przewozów ładunków pocztowych, spełniających wszelkie aktualne

wymagania (techniczne i operacyjne) według obowiązujących przepisów, posiadających: a) przestrzeń ładunkową zapewniającą bezkolizyjny do niej dostęp oraz luki towarowe umożliwiające łatwy załadunek i rozładunek ręczny (pożądana tylna burta ładunkowa). Dolna krawędź luku ładunkowego samolotu powinna znajdować się na wysokości nie wyższej niż 1,60 m od poziomu płyty lotniska. Dopuszcza się także aby wysokość dolnej krawędzi luku ładunkowego od poziomu płyty lotniska była wyższa, z zastrzeżeniem pkt 8.

Zamawiający za bezzasadny uznał zarzut Odwołującego, w wyniku którego Odwołujący wnosił o zmianę pkt. 3 ust. 4 i 6 Załącznika nr 1 do SIWZ polegającą na umożliwieniu udziału w przetargu Wykonawców, którzy oferują wykonanie usług lotniczych rejsiem bezpośrednim na trasie Poznań Ławica - Warszawa Okęcie, Kraków Balice -Warszawa Okęcie, Rzeszów Jasionka - Warszawa Okęcie i Szczecin Goleniów -Warszawa Okęcie jak również przy wykorzystaniu transportu kołowego na odcinku ze Szczecina do Poznania Ławicy oraz Rzeszowa do Krakowa Balice i dalej transportem lotniczym do Warszawy oraz o zmianę treści Umowy stanowiącej Załącznik nr 4 do SIWZ poprzez usunięcie par. 9 ust. 6 Umowy oraz zmianę par. 10 ust. 1 Umowy poprzez usunięcie zapisu o obowiązku zapłaty kary umownej w przypadku odwołania lub opóźnienia lotu z powodu zaistnienia warunków atmosferycznych tj. usunięcia następującego fragmentu: Jak również w przypadku niepowiadomienia lub opóźnienia w powiadomieniu Zamawiającego zgodnie z par. 9 ust. 6 Umowy".

W ocenie Zamawiającego oczekiwanie Wykonawcy co do możliwości zastąpienia transportu lotniczego na części tras „transportem kołowym” stoi w oczywistej sprzeczności z istotą tego postępowania i charakterem przedmiotu zamówienia którym jest świadczenie usług przewozów przesyłek pocztowych drogą lotniczą. Zamawiający dysponuje flotą samochodów przystosowanych do przewozu poczty w tym więc zakresie mogłaby wykonywać taką usługę samodzielnie, nie udzielając jakiegokolwiek zamówienia podmiotowi zewnętrznemu.

Transport przesyłek samochodem ciężarowym z ładunkiem kilkuset kilogramów nie może być uznany przez Zamawiającego za alternatywę wobec transportu lotniczego albowiem odbywa się znacznie wolniej. Zastosowanie transportu samochodowego oznaczałoby więc w istocie dwukrotne spowolnienie na trasie przesyłki co powodowałoby opóźnienia w dostarczeniu przesyłki adresatowi, do czego Zamawiający nie może dopuścić.

Zamawiający podkreślał, że ma prawo dostosować przedmiot zamówienia do swoich potrzeb i wymogów. Zgodnie z przepisami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 9 stycznia 2004 r. w sprawie warunków wykonywania powszechnych usług pocztowych (Dz.U. z 2004r., Nr 5 poz. 34 z p. zm.) obowiązującą w działalności operatora pocztowego zasadą doręczania dla przesyłek Priorytetowych , przesyłek Pocztex, przesyłek typu EMS jest D+1, zgodnie z

którą od operatora wymaga się aby przesyłka dostarczona była do adresata następnego dnia po jej nadaniu. W przeciwnym wypadku operator pocztowy naraża się na odpowiedzialność odszkodowawczą.

Poczta decydując się na transport lotniczy pomiędzy miastami musi dbać o to, aby sposób jego wykonywania był optymalny ekonomicznie a jednocześnie zapewniający możliwość efektywnego wykorzystania samolotów do przewożenia przesyłek w ramach obsługiwanych połączeń. W tym kontekście połączenia lotnicze z międzylądowaniem mają swoje uzasadnienie technologiczne i ekonomiczne, wynikające ze specyfiki działania operatora pocztowego.

Zamawiający wyjaśnił, że: „Poczta bada i analizuje przeciętne wolumeny ładunków pocztowych przesyłanych z poszczególnych miast - portów lotniczych. W niniejszym postępowaniu Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia określił wymóg w zakresie ładowności samolotu dostosowany właśnie do wolumenu przewożonych obecnie przesyłek z każdego lotniska. Połączenia lotnicze na trasach Szczecin - Warszawa i Rzeszów - Warszawa same nie tworzą takiego wolumenu przesyłek który zapełniłby samolot o przeciętnej ładowności samolotów transportowych. Jednocześnie, z uwagi na odległość pomiędzy Szczecinem a Warszawą oraz Rzeszowem a Warszawą, niezbędne jest zapewnienie komunikacji lotniczej, mając na względzie konieczność zachowania wymogu jakościowego D + 1 dla przesyłek z okręgu Szczecina i Rzeszowa. Portem lotniczym położonym najbliżej trasy przelotu Szczecin - Warszawa jest właśnie Poznań. W przypadku Rzeszowa z którego nadawane są przesyłki z regionu południowo - wschodniego Polski portem lotniczym zbliżonym do trasy przelotu jest zaś Kraków. Racjonalnym ekonomicznie jest zatem aby połączyć w ramach jednego lotu przesyłki z Poznania i Szczecina oraz Rzeszowa i Krakowa, które razem uzyskują wolumen mieszczący się w ładowności osiąganey przez samoloty transportowe wymagane przez Zamawiającego.

Ponadto, gdyby dopuścić możliwość połączeń bezpośrednich wszystkich lotnisk z lotniskiem Warszawa - Okęcie (tak jak chce Wykonawca) Zamawiający musiałby liczyć się ze zwiększonymi kosztami usługi, wynikającymi nie tylko ze zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy, ale także wzrostem kosztów ponoszonych przez Zamawiającego. Obsługa rozładunkowa i załadunkowa ośmiu samolotów (zamiast sześciu) oznacza bowiem konieczność operowania przez służby Zamawiającego na większej powierzchni lotniska Warszawa - Okęcie. To pociąga za sobą niebagatelne koszty z tytułu korzystania z powierzchni i infrastruktury lotniskowej. Dodatkowo niesłoby to za sobą konieczność zwiększenia środków obsługi technicznej rozładunku i załadunku przesyłek, takich jak wózki bagażowe, ciągniki do wózków itp. oraz konieczność zapewnienia większej obsady pracowników. Zamawiający, mając na względzie fakt, że koszty przewozów przesyłek drogą lotniczą i tak są wysokie, kieruje się w swoich działaniach zasadą oszczędnego

dysponowania posiadanymi środkami finansowymi. Dlatego też nie możliwa jest akceptacja dla innych wariantów świadczenia usługi postulowanych przez Wykonawcę.

Kolejnym argumentem na rzecz utrzymania w opisie przedmiotu zamówienia warunku wykonywania dwóch tras lotniczych z międzylądowaniem jest zapewnienie należytej i sprawnej obsługi wyładunkowej i rozładunkowej w Centralnym Punkcie Wymiany Ładunku w Porcie Lotniczym Warszawa Okęcie. Dla Zamawiającego niezmiernie istotne jest aby rozładunek przesyłek na lotnisku Warszawa - Okęcie przebiegał sprawnie i szybko. Sześć samolotów przewożących ładunki pocztowe przebywa bowiem wspólnie w nocy na lotnisku Warszawa - Okęcie tylko przez krótki czas ok. 40 minut. W tym czasie dochodzi do wymiany pomiędzy tymi samolotami od 15 do 18 ton przesyłek pocztowych. Operacja ta musi przebiegać niezwykle precyzyjnie albowiem samoloty muszą jak najszybciej dotrzeć z powrotem do swych portów macierzystych z ładunkiem pocztowym. Obsługa rozładunkowa i załadunkowa dwóch samolotów więcej zaburza całkowicie rytm pracy służb pracujących na lotnisku. Z dużym prawdopodobieństwem można wówczas założyć, iż schemat czasowy odlotów samolotów nie mógłby być dochowany. Zamawiający nie może zaś naruszyć schematu czasowego przylotów i odlotów samolotów z przesyłkami pocztowymi, albowiem Poczta musi dbać o należyte funkcjonowanie całego łańcucha logistycznego dostawy przesyłek. Transport lotniczy przesyłek to zaś zaledwie jedno z kilku ogniw tego łańcucha. Odbierane z samolotów przesyłki pocztowe są bowiem przekazywane bezpośrednio do sortowni przesyłek. Następnie transportem samochodowym kierowane są do mniejszych węzłów (dla lotniska Warszawa - Okęcie to m.in. tak daleko oddalone regiony jak: obszary obsługiwane przez węzły Białystok, Elk, Olsztyn, Lublin, Łódź, Jędrzejów). Przesyłki trafiające do tych placówek pocztowych muszą po kolejnej segregacji trafić do listonoszów właściwych rejonów skąd dostarczane są do adresatów. Listonosze odbierają korespondencję przed godziną siódmą rano. W tym schemacie każde ogniwo łańcucha dostaw (w tym sprawne i szybkie rozładowanie i załadowanie samolotów) bezpośrednio wpływa na wszystkie kolejne, stąd musi być wykonane w Założonym przedziale czasowym bez jakichkolwiek możliwości przesunięć. Nie jest więc obiektywnie możliwe wydłużenie czasu obsługi rozładunkowej i załadunkowej przesyłek na lotnisku Warszawa - Okęcie (do czego doszłoby w wypadku konieczności obsługi dwóch samolotów więcej) bo zaburzyłoby to tok pozostałych czynności i doprowadziło do nieterminowego doręczania przesyłek adresatom.

Dodatkowo, część przesyłek pocztowych która wypływa ze Szczecina jest rozładowana bezpośrednio w Poznaniu (analogicznie na trasie Rzeszów - Kraków). Przesyłki bezpośrednie na trasie Szczecin - Poznań to obecnie ładunki o przeciętnym wolumenie 300 kg. O tyle zatem mniejsze jest obciążenie samolotu na dalszej trasie Poznań - Warszawa. Niesie to także dodatkową korzyść albowiem kluczowe ogniwo w łańcuchu dostaw a więc

rozładunek i załadunek przesyłek w Centralnym Punkcie Wymiany Ładunku w Porcie Lotniczym Warszawa Okęcie przebiega szybciej i sprawniej.”

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego postanowień wzoru umowy (§9 i10) Zamawiający wskazał, że nie przewiduje odpowiedzialności wykonawcy za skutki działania siły wyższej. Zamawiający podniósł, że nałożenie kary umownej za „niepowiadomienie lub opóźnione powiadomienie” o złych warunkach atmosferycznych nie jest tożsame z nałożeniem kary umownej za przypadki niewykonania świadczenia przez wykonawcę na skutek siły wyższej. Paragraf 9 ust. 3 wzorca umowy stanowi, iż: „Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za odwołanie lub opóźnienie lotu z powodu zaistnienia siły wyższej”. Zamawiający wyjaśnił, że kara umowna, o której mowa w paragrafie 10 ust. 1 wzorca umowy, a która kwestionowana jest przez Wykonawcę, odnosi się do: „przypadku niepowiadomienia lub opóźnienia w powiadomieniu Zamawiającego zgodnie z § 9 ust. 6 Umowy”. Zgodnie z przewidzianą w tym ustępie procedurą powiadomienie musi zostać przekazane odpowiednim służbom Zamawiającego do godziny 18:00. Zamawiający wyjaśnił, że każde lotnisko w Polsce wyposażone jest w instalacje meteorologiczne pozwalające z kilkugodzinnym wyprzedzeniem określić z dużym prawdopodobieństwem możliwość startu lub lądowania określonego samolotu. Tymi informacjami dysponują także przewoźnicy (otrzymujący komunikaty lub poprzez informacje zamieszczane na stronach internetowych lotniska). Zamawiający wskazał, że jest niezwykle istotne aby do godziny 18:00 dysponować informacją odnośnie odwołania lub opóźnienia startu samolotu (o ile przewoźnik posiada już taką informację). Jak wyjaśnił Zamawiający: Wyznaczenie godziny 18.00 jest nieprzypadkowe. Otóż aby zapewnić starty samolotów z przesyłkami pocztowymi zgodnie z planem lotów należy wcześniej wyekspediować samochody pocztowe z przesyłkami z poszczególnych poczty z całego kraju. Gdy wiadomo, że samolot nie może wykonać lotu, niezwłocznie uruchamia się transport zastępczy - samochodowy, przy użyciu pojazdów Poczty. Samochody pocztowe nie jadą wówczas w ogóle na lotnisko, ale kierowane są do od razu do właściwych im miejsc przeznaczenia, tak aby choć część przesyłek pocztowych dotarła do adresatów zgodnie z zasadą D+1. Gdyby zaś stało się tak, iż przewoźnik uzyskał informację od lotniskowych służb meteo o niemożliwości startu samolotu i niezwłocznie nie przekazał tej informacji Poczcie, samochody pocztowe dowiozłyby niepotrzebnie ładunki pocztowe na lotniska w całym kraju narażając Zamawiającego na niemożliwą do nadrobienia stratę czasu w procesie rozwózki przesyłek, zamieszanie organizacyjne, dodatkową pracę obsługujących pojazdy pocztowe (konieczność zawrócenia i organizacji transportu zastępczego) a w konsekwencji roszczenia odszkodowawcze i kary administracyjne z tytułu opóźnienia w dostawie przesyłek do adresatów.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest jednym z wykonawców, którzy są zainteresowani wzięciem udziału w postępowaniu. Dokonanie zmian przez Zamawiającego w SIWZ wpływało będzie na treść złożonej przez wykonawcę oferty.

Na wstępie, Izba stwierdziła że Zamawiający dokonał częściowej zmiany postanowień siwz powodującą uznanie przez Zamawiającego szeregu zarzutów podniesionych w odwołaniu. Ustalenia tego dokonano opierając się o oświadczenie Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, ze wskazaniem jego strony internetowej, z których wynika że w dniu poprzedzającym rozprawę, Zamawiający dokonał modyfikacji zapisów siwz. Odwołujący przed otwarciem rozprawy oświadczył, że zapoznał się z treścią zmian SIWZ. Powyższa sytuacja ma zasadniczy wpływ na proces orzekania Izby, gdyż Izba uznaje za niezasadne przyjęcie do orzekania stanu faktycznego nieistniejącego w czasie orzekania przez Izbę, gdyż na tę chwilę nie istnieją już w części uznanej przez Zamawiającego kwestionowane przez Odwołującego zapisy siwz, a dokonana zmiana, według oświadczenia Odwołującego jest w pełni przez niego akceptowana. Izba podziela dotychczas wyrażane stanowisko, w tym także zawarte w wyroku KIO 707/11, zgodnie z którym: „Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą zgodnie z art. 190 ust.1 jest postępowaniem kontradyktoryjnym, polegającym na rozstrzygnięciu sporu pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym. W sytuacji kiedy co do części podniesionych zarzutów spór nie występuje, to prowadzenie w tym zakresie postępowania staje się bezprzedmiotowe. Przyjęciu takiego stanowiska nie stoi na przeszkodzie przepis art. 186 ust. 2 ustawy pzp zgodnie z którym „w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie.....”. W przypadku częściowego uwzględnienia zarzutów Izba nie może dokonać częściowego umorzenia postępowania, gdyż przepisy ustawy pzp takiej możliwości nie przewidują, jednakże biorąc pod uwagę fakt ,że ustawa prawo zamówień publicznych nie nakazuje zamawiającemu powstrzymania się z dokonaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegających na uwzględnieniu części zarzutów podniesionych w odwołaniu, to należy uznać że takie uwzględnienie jest skuteczne i

następuje ono z chwilą opublikowania tej zmiany, w sposób umożliwiający zapoznanie się z nią wykonawców.”

Przyjmowanie za podstawę orzeczenia Izby zarzutów nie istniejących w chwili orzekania (uwzględnionych przed rozprawą przez Zamawiającego), w ocenie Izby jest sprzeczne z celem art. 191 ust.2 ustawy pzp. Izba ocenia sprawę mając na uwadze stan sprawy, a więc istniejące okoliczności faktyczne i stan prawny obowiązujący na dzień zamknięcia rozprawy. Z tego też względu, wobec braku sporu stron postępowania odwoławczego co do zmienionych w dniu 4 czerwca 2013 roku postanowień SIWZ, Izba przyjęła za podstawę orzekania stan faktyczny nieobjęty zmianą. Odwołujący w trakcie posiedzenia i rozprawy oświadczył, że podtrzymuje zarzuty w zakresie podniesionym w odwołaniu i nieobjętym przez Zamawiającego modyfikacją treści SIWZ, a więc podtrzymuje zarzuty dotyczące zmiany pkt. 3 ust. 4 i 6 Załącznika nr 1 do SIWZ polegającej na umożliwieniu udziału w przetargu Wykonawców, którzy oferują wykonanie usług lotniczych rejssem bezpośrednim na trasie Poznań Ławica - Warszawa Okęcie, Kraków Balice -Warszawa Okęcie, Rzeszów Jasionka - Warszawa Okęcie i Szczecin Goleniów -Warszawa Okęcie jak również przy wykorzystaniu transportu kołowego na odcinku ze Szczecina do Poznania Ławicy oraz Rzeszowa do Krakowa Balice i dalej transportem lotniczym do Warszawy oraz zmiany treści Umowy stanowiącej Załącznik nr 4 do SIWZ poprzez usunięcie par. 9 ust. 6 Umowy oraz zmianę par. 10 ust. 1 Umowy poprzez usunięcie zapisu o obowiązku zapłaty kary umownej w przypadku odwołania lub opóźnienia lotu z powodu zaistnienia warunków atmosferycznych tj. usunięcia następującego fragmentu: Jak również w przypadku niepowiadomienia lub opóźnienia w powiadomieniu Zamawiającego zgodnie z par. 9 ust. 6 Umowy.

Izba nie dopatrzyła się podnoszonej jako zarzut sprzeczności w treści wzoru umowy (stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ). Definicja siły wyższej zawarta w § 9 ust. 4 wzoru umowy zawiera kilka elementów opisujących siłę wyższą, w tym jej nieprzewidywalność. W ustępie tym zostało uszczegółowione, że w takim rozumieniu siła wyższa dotyczy warunków atmosferycznych uniemożliwiających odbycie lotów. Oznacza to, że siła wyższa dotyczy wystąpienia warunków atmosferycznych, które są nieprzewidywalne. § 9 ust. 6 wzoru umowy stanowi, że „Wykonawca ponosi odpowiedzialność za odwołanie lub opóźnienie lotu w przypadku przewidywania lub wiedzy o występowaniu warunków atmosferycznych uniemożliwiających wykonanie lotu, chyba że niezwłocznie uprzedzi Centralnego Dyspozytora Zamawiającego o braku możliwości wykonania lotu z tych przyczyn (...) nie później niż do godziny 18:00 w dniu planowanego rozpoczęcia przewozu ładunków pocztowych.” Zatem cytowany ust. 6 dotyczy sytuacji występowania warunków atmosferycznych uniemożliwiających wykonanie lotu, które można było przewidzieć lub o których wykonawca wiedział (Wykonawca ponosi odpowiedzialność za odwołanie lub

opóźnienie lotu w przypadku przewidywania lub wiedzy o występowaniu warunków atmosferycznych uniemożliwiających wykonanie lotu). Należy podkreślić, że Zamawiający przewidział w § 10 ust. 1 wzoru umowy odpowiedzialność wykonawcy w postaci obowiązku zapłaty kary umownej za opóźnienie lotu oraz niepowiadomienie lub opóźnienie w powiadomieniu Zamawiającego o występowaniu warunków atmosferycznych uniemożliwiających wykonanie lotu. Zamawiający w tym samym ustępie wyłączył odpowiedzialność Wykonawcy za okoliczności określone w § 9 ust. 3 i 4, a więc za okoliczności zdefiniowane jako siła wyższa.

Z powyższego wyraźnie wynika, że Zamawiający wyłączył w treści wzoru umowy (będącej załącznikiem nr 4 do SIWZ) odpowiedzialność Wykonawcy za okoliczność siły wyższej, tj. także za wystąpienie warunków atmosferycznych, które były nieprzewidywalne, a które uniemożliwiły wykonanie lotu lub powodowały opóźnienie lotu. Z tego też względu Izba uznała, że niezasadny jest zarzut Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego art. 471 kodeksu cywilnego, gdyż Zamawiający wyłączył odpowiedzialność Wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy (w tym przypadku niewykonanie lotu bądź opóźnienie lotu), które nastąpiło wskutek okoliczności niezależnych od wykonawcy (w tym przypadku siły wyższej – m.in. warunków atmosferycznych, których nie można było przewidzieć). Zamawiający przewidział odpowiedzialność wykonawcy za brak poinformowania Zamawiającego o okolicznościach powodujących odwołanie lub opóźnienie lotu, które to okoliczności wykonawca przewidywał lub miał o nich wiedzę. To postanowienie umowy nie stoi w sprzeczności z postanowieniem umowy wyłączającym odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu okoliczności – siły wyższej. Nałożenie kary umownej za „niepowiadomienie lub opóźnione powiadomienie” o złych warunkach atmosferycznych nie jest tożsame z nałożeniem kary umownej za przypadki niewykonania świadczenia przez wykonawcę na skutek siły wyższej.

W świetle powyższego Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 471 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w trakcie rozprawy zaproponował czytelniejsze sformułowanie postanowienia § 9 ust. 6 wzoru umowy, przy zachowaniu dotychczasowych zasad odpowiedzialności wykonawcy, co oznacza, że Zamawiający wyszedł w ten sposób naprzeciw oczekiwaniom wykonawców. Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest uczynić zadość wymaganiom ustawowym, aby przedmiot zamówienia opisany był w sposób jasny, zrozumiały. Nie oznacza to (zaproponowanie czytelniejszego sformułowania zapisu wzoru umowy) w ocenie Izby, że pierwotne postanowienia wzoru umowy były nieczytelne lub zawierały sprzeczności, a ewentualna zaproponowana zmiana

konstrukcyjna §9 ust. 6 zapisu wzoru umowy nie prowadzi do zmiany podstawowych uregulowań umowy.

Izba uznała także za bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający ma prawo dostosować przedmiot zamówienia do swoich potrzeb i wymagań. Zamawiający w ocenie Izby wykazał, że siatka połączeń, jaką opisał w treści SIWZ, jest dla niego niezbędna. Wskazał, że proponowane przez Odwołującego zastąpienie transportu lotniczego na części tras „transportem kołowym” stoi w oczywistej sprzeczności z istotą tego postępowania i charakterem przedmiotu zamówienia, którym jest świadczenie usług przewozów przesyłek pocztowych drogą lotniczą. Potrzebą Zamawiającego jest szybkie dostarczenie przesyłek (stąd transport przesyłek drogą lotniczą stanowi przedmiot zamówienia). Zamawiający podkreślił, że dysponuje flotą samochodów przystosowanych do przewozu poczty, w tym więc zakresie mogłaby wykonywać taką usługę samodzielnie, nie udzielając jakiegokolwiek zamówienia podmiotowi zewnętrznemu. W tym miejscu należy zauważyć, że Zamawiający określa warunki postępowania i opis przedmiotu zamówienia. Nie jest w żaden sposób zobowiązany do zmiany swoich potrzeb i wymagań na mniej korzystne dla siebie tylko i wyłącznie dlatego, aby umożliwić wykonawcy złożenie oferty w postępowaniu. W tym postępowaniu Zamawiający określił jako swoje wymaganie i podstawową usługę transport lotniczy przesyłek pocztowych, zatem brak dopuszczenia przez Zamawiającego w opisie zamówienia możliwości zaoferowania innego transportu (nawet w kombinacji mieszanej z transportem lotniczym) nie stanowi o naruszeniu zasad zachowania konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ponadto, Zamawiający w ocenie Izby ma prawo do wyznaczenia trasy przewozu rzeczy w sposób dostosowany do swoich potrzeb. Zamawiający nie jest zobligowany uwzględniać postulatów Odwołującego, a w szczególności tak opisać przedmiot zamówienia iż byłby on dostosowany do systemu przelotów realizowanych obecnie przez Odwołującego. Izba wzięła także pod uwagę fakt, że Odwołujący nie wykazał, aby nie był w stanie zrealizować zamówienia. To Zamawiający ustala sposób, w jaki jest dla niego najbardziej odpowiednie wykonywanie usługi i to wykonawcy są zobowiązani dostosować się do potrzeb Zamawiającego, nie zaś odwrotnie. Podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający wykazał, że istnieje szereg czynników, dla których wymagany przez Zamawiającego układ połączeń lotniczych (Szczecin - Poznań - Warszawa oraz Rzeszów - Kraków - Warszawa) z międzyładowaniem jest rozwiązaniem optymalnym, a wręcz niezbędnym w kontekście funkcjonującego u Zamawiającego schematu doręczania przesyłek pocztowych. Wskazał w

tym zakresie szereg czynników technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych, które potwierdzają, że opisał przedmiot zamówienia stosowanie do swoich potrzeb wynikających z czynników obiektywnych, nie zaś celem ograniczenia konkurencji.

Zamawiający wykazał, że argumentem na rzecz utrzymania w opisie przedmiotu zamówienia warunku wykonywania dwóch tras lotniczych z międzylądowaniem jest zapewnienie należytej i sprawnej obsługi wyładunkowej i rozładunkowej w Centralnym Punkcie Wymiany Ładunku w Porcie Lotniczym Warszawa Okęcie. Dla Zamawiającego niezmiernie istotne jest, aby rozładunek przesyłek na lotnisku Warszawa - Okęcie przebiegał sprawnie i szybko. Sześć samolotów przewożących ładunki pocztowe przebywa bowiem wspólnie w nocy na lotnisku Warszawa - Okęcie tylko przez krótki czas ok. 40 minut. W tym czasie dochodzi do wymiany pomiędzy tymi samolotami od 15 do 18 ton przesyłek pocztowych. Odwołujący nie wykazał, żadnego innego schematu, który mógłby pozwolić na zrealizowanie zamówienia w sposób sprawniejszy. Wszystkie połączenia prowadzą do portu Warszawa Okęcie i Odwołujący nie wykazał, aby taki opis przedmiotu zamówienia naruszał konkurencję. Fakt, że w porcie lotniczym Warszawa Okęcie obsługiwanych jest sześć zamiast ośmiu samolotów, wpływa na ekonomię i szybkość obsługi, która ma znaczenie (co podkreślono powyżej). Zamawiający wskazał, że w przypadku większej liczby samolotów w porcie Warszawa Okęcie, musiałby liczyć się ze zwiększonymi kosztami usługi, wynikającymi nie tylko ze zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy, ale także wzrostem kosztów ponoszonych przez Zamawiającego. Obsługa rozładunkowa i załadunkowa ośmiu samolotów (zamiast sześciu) oznacza bowiem konieczność operowania przez służby Zamawiającego na większej powierzchni lotniska Warszawa - Okęcie. To pociąga za sobą niebagatelne koszty z tytułu korzystania z powierzchni i infrastruktury lotniskowej. Dodatkowo niesłoby to za sobą konieczność zwiększenia środków obsługi technicznej rozładunku i załadunku przesyłek, takich jak wózki bagażowe, ciągnarki do wózków itp. oraz konieczność zapewnienia większej obsady pracowników. Istotne jest, że Odwołujący nie wykazał innego schematu zapewnienia równie ekonomicznego czasowo wykonania zamówienia, ograniczając się jedynie do kwestionowania schematu wymaganego przez Zamawiającego. Podkreślić ponownie należy, że zastąpienie transportem kołowym niektórych połączeń jest całkowitą zmianą przedmiotu zamówienia (jak zaproponował w odwołaniu Odwołujący) i nie pokrywa potrzeb Zamawiającego związanych z szybką obsługą i dystrybucją przesyłek pocztowych. Co więcej, Zamawiający mógłby samodzielnie realizować połączenia, dokonywane transportem kołowym.

Należy także zauważyć, że Zamawiający wielokrotnie w trakcie rozprawy podkreślał, że połączenie lotnicze ze Szczecina do Poznania i z Rzeszowa do Krakowa jest dla niego istotne również ze względów organizacyjnych, jakie zostały ustanowione i obowiązują u Zamawiającego. Zamawiający podkreślał, że zmiana połączeń wiązałaby się z ogromnymi

zmianami w organizacji dotychczas ustalonych zasad i rozkładów ruchu transportu kołowego Zamawiającego, dowożącego przesyłki do wyznaczonych punktów, zmianami logistycznymi i związanymi z rozmieszczeniem pracowników.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że zawarty w opisie przedmiotu zamówienia wymóg w zakresie ładowności samolotu dostosowany jest do wolumenu przewożonych obecnie przesyłek z każdego lotniska. Połączenia lotnicze na trasach Szczecin - Warszawa i Rzeszów - Warszawa same nie tworzą takiego wolumenu przesyłek, który zapełniłby samolot o przeciętnej ładowności samolotów transportowych. Jednocześnie, z uwagi na odległość pomiędzy Szczecinem a Warszawą oraz Rzeszowem a Warszawą, niezbędne jest zapewnienie komunikacji lotniczej, mając na względzie konieczność zachowania wymogu jakościowego D + 1 dla przesyłek z okręgu Szczecina i Rzeszowa. Portem lotniczym położonym najbliżej trasy przelotu Szczecin - Warszawa jest Poznań. W przypadku Rzeszowa, z którego nadawane są przesyłki z regionu południowo - wschodniego Polski, portem lotniczym zbliżonym do trasy przelotu jest zaś Kraków. Racjonalnym ekonomicznie jest zatem, aby połączyć w ramach jednego lotu przesyłki z Poznania i Szczecina oraz Rzeszowa i Krakowa, które razem uzyskują wolumen mieszczący się w ładowności osiągananej przez samoloty transportowe wymagane przez Zamawiającego.

Z powyższych okoliczności wynika, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany przez Zamawiającego w sposób wynikający z jego potrzeb, które są racjonalnie uzasadnione. W żaden sposób nie wykazano, aby opis przedmiotu zamówienia naruszał uczciwą konkurencję.

Przedstawiony przez Odwołującego w trakcie rozprawy wydruk ze strony internetowej przewoźnika SprintAir nie stanowi w ocenie Izby dowodu na okoliczność naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie oznacza, że inni wykonawcy nie mają możliwości złożenia oferty, a więc, że ograniczona została konkurencja.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....