

Sygn. akt: KIO 1944/14

WYROK
z dnia 3 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2014 r. przez **Odwołującego - Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy, ul. Podleśna 61, 01-673 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Polską Agencję Żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa**,

przy udziale: **IBCOL Polska Sp. z o.o., ul. Łowicka 35, 02-502 Warszawa** - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Odwołującego**,

orzeka:

1. **oddala odwołanie**,

2. kosztami postępowania obciąża **Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy**, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 – Polska Agencja Żeglugi Powietrznej w Warszawie – prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Zapewnienie służby meteorologicznej w zakresie dostarczania danych i informacji meteorologicznych w celu realizacji przez Polską Agencję Żeglugi Powietrznej Służb Żeglugi Powietrznej na lotniskach w FIR EPWW”, nr postępowania AWZ-2225-9/76/2014.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 sierpnia 2014 r., pod poz. 2014/S 159-286095.

W dniu 12 września 2014 r. Zamawiający poinformował o zmianie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz zamieścił informację o zmianie na swojej stronie internetowej.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 22 września 2014 r., Odwołujący – Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na zmianie SIWZ, opublikowanej w dniu 12 września 2014 r., zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 127 ust. 1 ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze (Dz. U. z 2013 r., poz. 1393 ze zm.), § 4 ust. 1 pkt 13 lit. c i § 5 ust. 2 rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 marca 2013 r. w sprawie certyfikacji działalności w lotnictwie cywilnym (Dz. U. z 2013 r., poz. 421), poprzez wprowadzenie warunku udziału w przetargu, iż wykonawca musi posiadać Certyfikat instytucji zapewniającej służby żeglugi powietrznej, wraz ze Specyfikacją operacyjną obejmującą określony w warunku zakres;
- 2) art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 2 Pzp poprzez określenie w przedmiocie zamówienia prawa opcji w sposób niepełny, na skutek:
 - a. niewprowadzenia odpowiednich zmian w załączniku nr 3 do Opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) i w Załączniku nr 3 do Istotnych postanowień umowy (IPU) polegających na określeniu Przedmiotu umowy zgodnie z modyfikacją tego zakresu,

b. niewprowadzenia zmiany w punkcie XII SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny, i utrzymania wymogu obliczenia ceny w Załączniku nr 5a do SIWZ i w Załączniku nr 8 do IPU łącznie za zakres gwarantowany usług odpowiadający przedmiotowi umowy oraz zakres dodatkowy objęty prawem opcji, wraz z usługami na Lotnisku Radom (EPRA),

co w konsekwencji powoduje oparcie kryteriów wyboru najkorzystniejszej ceny nie na cenie za przedmiot zamówienia, lecz za przedmiot ten powiększony o usługi objęte opcją,

- 3) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 i art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 14 Pzp w związku z art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego poprzez sformułowanie w sposób naruszający prawo Opisu przedmiotu zamówienia,
- 4) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 i art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 14 Pzp w związku z art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz stanowiący nadużycie prawa do kształtowania postanowień SIWZ i umowy.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu, w sposób wskazany w odwołaniu, zmodyfikowania wymienionych w odwołaniu postanowień SIWZ dotyczących:

- a. specyfikacji do Certyfikatu,
- b. określenia Przedmiotu umowy i Opisu sposobu obliczenia ceny, zgodnie ze zmianami wynikającymi z modyfikacji prawa opcji,
- c. nieskonkretyzowanych zapisów dotyczących zagwarantowania wykonawcy odpowiedniej obniżki wynagrodzenia za dane z systemów AWOS za okres nienabywania przez Zamawiającego produktów od wykonawcy,
- d. ustalonych kar umownych za niedostarczenie danych z AWOS na poziomie adekwatnych do kar umownych za nienależyte wykonanie umowy przez wykonawcę,
- e. nadmiernych procentowych kar umownych za nienależyte wykonanie umowy przez wykonawcę.

Dla uzasadnienia zarzutu z pkt 1) odwołania wskazano, że zgodnie z art. 22 ust. 1 Pzp 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. Do prowadzenia osłony meteorologicznej lotnictwa cywilnego przez służby meteorologiczne (MET – Meteorological Services), zgodnie z obowiązującymi przepisami – art. 127 ust. 1 Prawa lotniczego, § 4 ust.

1 pkt 13 lit. c oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 marca 2013 r. w sprawie certyfikacji działalności w lotnictwie cywilnym – wymagane jest posiadanie certyfikatu instytucji zapewniającej służby żeglugi powietrznej (ANSP – Air Navigation Service Provider). Jak wynika z powołanego § 5 ust. 2 ww. rozporządzenia, „nieodłączną część certyfikatu mogą stanowić specyfikacje albo zakresy zatwierdzenia, w których określa się szczególne uprawnienia albo warunki lub ograniczenia nałożone na posiadacza certyfikatu w związku z korzystaniem z udzielonych w nim uprawnień”.

W pierwotnej wersji SIWZ w pkt V.2. Zamawiający wprowadził dla oferentów warunek posiadania certyfikatu służby meteorologicznej bez dookreślenia jego zakresu. Ponieważ w praktyce zakres przedmiotowy certyfikatów może być różny, i w związku z tym nieadekwatny do zakresu przedmiotu zamówienia, w dniu 12 września 2014 r., Zamawiający zmienił pkt V.2. w ten sposób, że nakazał oferentom legitymowanie się certyfikatem zapewniającej służby żeglugi powietrznej wraz ze specyfikacją operacyjną, obejmującą co najmniej wykonywanie pomiarów i obserwacji meteorologicznych, przygotowanie prognoz meteorologicznych, opracowanie ostrzeżeń meteorologicznych oraz informowanie o warunkach meteorologicznych w zakresie przedmiotowego postępowania. Równocześnie, wykonawca przedstawić winien ważny na dzień składania ofert Certyfikat instytucji zapewniającej służby żeglugi powietrznej wraz ze Specyfikacją operacyjną.

Odwołujący podniósł w tym zakresie, że za niedopuszczalne należy uznać wymaganie przez Zamawiającego bliżej nieokreślonej specyfikacji operacyjnej, a wymaganie takie narusza ww. przepisy prawa i równocześnie godzi w zasadę, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wskazano, że powołane przepisy prawa (ani inne przepisy) nie przewidują wydania certyfikatu wraz ze specyfikacją operacyjną, a jedynie certyfikatu ze specyfikacją, na którą to okoliczność Odwołujący złożył przykładowe posiadane certyfikaty wraz ze specyfikacjami. Jednocześnie podkreślono, że jedynym wykonawcą w Polsce, oprócz Odwołującego, posiadającym certyfikat wydany przez Urząd Lotnictwa Cywilnego jest Ibcol Polska Sp. z o.o., który to podmiot dysponuje dokumentem określonym mianem „specyfikacji operacyjnej”, będącym częścią certyfikatu. Na okoliczność tą Odwołujący wniósł o zobowiązanie ww. spółki do przedłożenia oryginału specyfikacji operacyjnej, wskazując jednocześnie, że dokument ten został złożony i potwierdzony „za zgodność”, do akt sprawy o sygn. KIO 1807/14. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że Zamawiający wykraczając poza obowiązujące ramy prawne, sformułował warunek w sposób możliwy do spełnienia jedynie przez spółkę Ibcol.

W odniesieniu do powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania punkt 2 w rozdziale V SIWZ oraz w innych częściach SIWZ oraz Ogłoszeniu o zamówieniu, poprzez zastąpienie określenia „Specyfikacja operacyjna” określeniem „Specyfikacja”.

Dla uzasadnienia zarzutu z pkt 2) odwołania – dotyczącego określenia w przedmiocie zamówienia prawa opcji w sposób niespójny – Odwołujący wskazał, że Zamawiający w punkcie III.11. SIWZ w pierwotnej wersji przewidział prawo opcji polegające na zastrzeżeniu sobie przez Zamawiającego możliwości obniżenia ilości usług określonych w Załączniku nr 3 do OPZ (odpowiednio w Załączniku nr 6 do IPU), o maksymalnie 30 % w okresie obowiązywania umowy bez podawania przyczyn, w drodze jednostronnych oświadczeń woli składanych z co najmniej 7-dniowym wyprzedzeniem. Zamawiający określił to mianem prawa opcji. Podobnie prawem opcji Zamawiający objął świadczenie usług będących przedmiotem zamówienia na Lotnisku w Radomiu (EPRA).

Wskazano następnie, że z uwagi na to, iż tak określone prawo opcji naruszało obowiązujące prawo, Zamawiający w dniu 12 września 2014 r., na skutek odwołania od SIWZ wprowadził zmianę co do określenia przedmiotu zamówienia w kontekście prawa opcji, poprzez zmianę jego formuły. W punkcie III ust. 11.1. Zamawiający określił, że

„11.1. Zamawiający gwarantuje minimalną ilość usług lotniskowej osłony meteorologicznej dla każdego z lotnisk (z wyłączeniem Lotniska Radom (EPRA) w ujęciu procentowym wskazanym w Załączniku nr 7 do Opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający będzie informował Wykonawcę o zmianie zakresu usług z co najmniej 14-dniowym wyprzedzeniem. Zmiana ilości zamawianych usług może nastąpić w przypadkach określonych w § 3 ust. 9 Istotnych Postanowień Umowy, a Wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie z tytułu niezlecenia przez Zamawiającego żadnych usług.

11.2. Świadczenie usług będących przedmiotem zamówienia wykraczające ponad minimalne ilości usług lotniskowej osłony meteorologicznej dla każdego z lotnisk wskazane w Załączniku nr 1 do Opisu przedmiotu zamówienia stanowić będzie prawo opcji.”

Odwołujący podniósł, że w wyniku wprowadzonej zmiany, zakres usług objętych przedmiotem zamówienia Zamawiający określił jako:

- podstawowy, a więc ten, który jest gwarantowany i odpowiada maksymalnemu zakresowi (z opcją), wymienionego w Załączniku nr 3 do OPZ i Załączniku nr 3 do IPU pt. *Formularz ilościowy dla zapewnienia służby meteorologicznej w zakresie danych i informacji meteorologicznych dla lotniskowej osłony meteorologicznej*, pomniejszonych do poziomu dla poszczególnych lotnisk (50 %, 70 % i 95 % oraz 100 %) określonego w Załączniku nr 7 do OPZ i Załączniku nr 8 do IPU pt. *Minimalna*

gwarantowana ilość usług osłony meteorologicznej stanowiących przedmiot zamówienia w ujęciu procentowym, oraz

- objęty prawem opcji - przekraczający zakres podstawowy.

Odwołujący podniósł następnie, że w przypadku zastosowania prawa opcji Zamawiający gwarantuje sobie na mocy jednostronnej czynności rozszerzenie zakresu usług objętych przedmiotem zamówienia w granicach określonych opcją.

Odwołujący przywołał także wyrok z 16 grudnia 1975 r. (TS 40/73 ECR 1975/10/01663), w którym Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że „W zakresie, w jakim prawo opcji działa w umowie zawartej przez zamawiającego stanowi klauzulę umożliwiającą zakup dodatkowych ilości za cenę już ustaloną”. Ponadto, przywołano, iż jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 maja 2013 r. KIO 1024/13, „prawo opcji przyznaje zamawiającemu uprawnienie odmiennego kształtowania zakresu zamówienia oraz - co najważniejsze - do jednostronnego kształtowania zamówienia, szczególnie jego rozszerzenia w trakcie trwania umowy.

Odwołujący stwierdził, iż za przedmiot zamówienia uznać więc należy w niniejszej sprawie zakres gwarantowany usług. Tym samym, skoro poprzez zmodyfikowanie prawa opcji Zamawiający zmniejszył zakres przedmiotu zamówienia, to dla zachowania spójności pomiędzy warunkami przetargu określonymi w SIWZ Zamawiający winien był również:

- 1) zmodyfikować treść załącznika nr 3 do OPZ i Załącznika nr 3 do IPU tak, aby w załączniku tym wymienione zostały ilości produktów dla poszczególnych grup lotnisk, odpowiadające zakresowi przedmiotu zamówienia po zmianie formuły prawa opcji,
- 2) dostosować zakres usług w formularzu cenowym, stanowiącym Załączniki nr 3a do SIWZ i Załącznik nr 8 do IPU do nowego zakresu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący argumentował, że niewprowadzenie tej modyfikacji prowadzi do sytuacji, gdy gwarantowana jest jedynie pewna część przedmiotu zamówienia, zaś oferenci zobowiązani są do sporządzenia kalkulacji cenowej dla bliżej nieokreślonego zakresu, mieszczącego się pomiędzy zakresem gwarantowanym a maksymalnym. W sytuacji, gdy z góry wiadomym jest, że prawo opcji nie zostanie w całości wykorzystane (niektóre lotniska nie pracują całą dobę, co jest faktem notoryjnym), żaden oferent w warunkach przedmiotowego przetargu, nie zdecyduje się przyporządkować kosztów do 100 % usług, bowiem przyporządkowanie do nich kosztów stałych, które w obszarze osłony meteorologicznej lotnictwa cywilnego stanowią znaczącą część, prowadziłyby do ryzyka poniesienia strat. Równocześnie wykonawcy nie będą w stanie w sposób miarodajny przewidzieć poziomu zamówień w ramach opcji. W rezultacie oferty cenowe będą zapewne formułowane przez wykonawców w odniesieniu do zróżnicowanych zakresów zamówień. Stawiać to będzie ich w sytuacji nierównoprawnej, niekonkurencyjnej. Konkurencja nie dozna

uszczerbku wówczas, gdy zakres przedmiotu zamówienia, stanowiący podstawę do złożenia oferty cenowej, będzie w ww. załącznikach określony na poziomie gwarantowanym, a więc realnie jednolitym dla wszystkich oferentów.

Wskazano następnie, że zasadność przyjęcia za podstawę do określenia przedmiotu umowy dla potrzeb sporządzenia oferty zamówienia podstawowego (tu: gwarantowanego) potwierdza orzecznictwo. Odwołujący przywołał w tym zakresie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2011 r. KIO 2398/11 (LexPolonica nr 3026730), w którym Izba stwierdziła, że skoro z art. 32 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika obowiązek doliczenia do wartości szacunkowej zamówienia podstawowego wartości przewidywanych zamówień uzupełniających, a w kwocie podawanej przez zamawiającego przy otwarciu ofert nie uwzględnia się wartości zamówień uzupełniających, to analogicznie, uwzględniając w wartości szacunkowej zamówienia z prawem opcji - wartości etapu opcjonalnego, kwota przewidziana przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia nie obejmuje wydatków na ewentualny zakres opcjonalny, a powinna zabezpieczać wydatki wyłącznie na zakres obligatoryjny zamówienia.

Odwołujący podniósł, że niewątpliwie teza tego wyroku jest trafna również dla określenia zakresu zamówienia publicznego dla potrzeb sporządzania oferty cenowej przez wykonawców. Wykonawcy bowiem, przystępując do postępowania przetargowego, dokonują analizy kosztów, która następnie wpływa na wysokość ceny, a ta z kolei jest jednym z podstawowych kryteriów oceny ofert. Muszą mieć zatem pewność, że zrealizują w przyszłości zamówienie w pewnym minimalnym zakresie. Dostawca - zgodnie z zasadą pewności obrotu - winien mieć możliwość zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie (wyrok SO w Warszawie z 13 września 2005 sygn. akt V Ca 1110/04).

Podniesiono także, że zastosowane przez Zamawiającego uregulowanie uniemożliwia Odwołującemu i każdemu innemu potencjalnemu oferentowi sporządzenie oferty adekwatnej do kosztów i nieobciążonej nadmiernym ryzykiem gospodarczym. W rezultacie na wykonawców przerzucone zostało całe ryzyko gospodarcze przedsięwzięcia, którego przetarg dotyczy. Wskazano przy tym, że istotnym składnikiem kosztów pełnienia osłony meteorologicznej lotnictwa cywilnego są koszty stałe wykonawcy, niezależne od ilości przekazywanych danych meteorologicznych.

Odwołujący zwrócił także uwagę na to, iż maksymalna kwota przeznaczona na wykonanie zamówienia jest znana wszystkim zainteresowanym. Jest ona zapisana w krajowym planie skuteczności działania na drugi okres referencyjny (RP2, 2015 - 2019, w rozbiciu na poszczególne lata). Zatem Wykonawca, który wygra przetarg przy obecnych uwarunkowaniach (formularz cenowe są na 100 %) ma zapewnione pokrycie wszystkich kosztów. Tym bardziej niezrozumiałe jest, dlaczego w przypadku zmniejszenia zamówienia Zamawiający chce przenieść skutki na Wykonawcę, który będzie musiał ponieść straty.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do modyfikacji SIWZ w sposób wskazany powyżej.

Dla uzasadnienia zarzutu z pkt 3) odwołania – dotyczącego sformułowania Opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający prawo – Odwołujący wskazał, że w Załączniku nr 5 do OPZ pkt 3, Zamawiający w pierwotnej wersji SIWZ w punkcie 14 OPZ wprowadził regulację, że *„dla realizacji lotniskowej usługi osłony meteorologicznej odpłatnie udostępni wykonawcy dane z automatycznych systemów pomiarowych parametrów meteorologicznych AWOS. (...) Zasady odnoszące się do wnoszenia i wysokości odpłat za udostępnienie wykonawcy danych z ww. systemów zawarte są w Załączniku nr 5”*. Zgodnie z Załącznikiem nr 5 do OPZ Wykonawca zobowiązany został do wnoszenia na rzecz Zamawiającego opłat za udostępnienie na jego rzecz danych z automatycznych systemów pomiarów parametrów meteorologicznych, przy czym - pomimo wprowadzenia prawa opcji - nie zostało uregulowane, że za okres niepobierania danych ze względu na niezamawianie usług przez Zamawiającego wynagrodzenie należne mu za dane zostanie odpowiednio zmniejszone.

W dniu 12.09.2014 r., Zamawiający zmienił SIWZ w tym zakresie poprzez dodanie w Załączniku nr 5 do OPZ punktu 3 w brzmieniu: *„Zamawiający dopuszcza zmniejszenie miesięcznej opłaty za udostępnianie danych z systemów AWOS, w przypadku ograniczenia zakresu usług lotniskowej osłony meteorologicznej w lokalizacjach wymienionych w pozycjach 1-10 powyższej tabeli, jednakże w zakresie nie niższym niż gwarantowane minimalne ilości usług lotniskowej osłony meteorologicznej określone dla poszczególnych lotnisk w Załączniku nr 7 do OPZ”*.

Wprowadzone uregulowanie nie realizuje zasady równości stron kontraktu i niezgodne jest z zasadami współżycia społecznego. Wprowadzony zapis nie daje bowiem gwarancji Wykonawcy, że Zamawiający, który przecież będzie jednostronnie kształtować zakres zamawianych usług (w ramach prawa opcji), nie będzie domagać się za dane meteorologiczne z systemów AWOS należących do niego, konieczne do świadczenia tych usług wynagrodzenia za okres ich niepobierania przez Wykonawcę. Wprowadzone sformułowanie, że *„Zamawiający dopuszcza ...”* nie stanowi gwarancji, że wynagrodzenie za dane zostanie zmniejszone, i że to zmniejszenie będzie odpowiednie do narzuconych przez Zamawiającego warunków (czasu trwania i zakresu) usługi osłony meteorologicznej lotnictwa. Tym samym wprowadzony zapis narusza zasady współżycia społecznego i jest przejawem nadużycia prawa. Równocześnie, wobec niedookreśloności wynagrodzenia, jakie będzie musiało być uiszczane przez wykonawcę, oferenci pozbawieni są możliwości adekwatnego uwzględnienia przedmiotowych kosztów dla celów sporządzenia oferty.

W związku z wyżej umówionym naruszeniem prawa Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do modyfikacji SIWZ poprzez doprecyzowanie, że wynagrodzenie określone w pozycjach 1-10 Tabeli w Załączniku nr 5 do OPZ, będzie zmniejszone odpowiednio do zakresu zamawianych przez Zamawiającego usług na osłonę meteorologiczną świadczoną przez Wykonawcę.

Odwołujący wskazał następnie, w odniesieniu do Załącznika nr 5 do OPZ, pkt 8 części inne istotne warunki udostępniania danych z systemów Zamawiającego, że w zmianie SIWZ z dnia 12 września 2014 r., Zamawiający dodał część pt. *Inne istotne warunki udostępniania danych z systemów Zamawiającego*. Punkt 8 w tej części ma brzmienie „*W przypadku niewykonania obowiązków, o których mowa w pkt. 2 i 6, Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 0,01 % miesięcznego wynagrodzenia brutto dla lokalizacji, w której wystąpiło niewykonanie, za udostępnienie błędnych informacji proporcjonalnie do liczby produktów pozyskiwanych w danej lokalizacji.*”.

W odniesieniu do powyższego Odwołujący podniósł, że wprowadzona przez Zamawiającego kara umowna jest nieproporcjonalna i nierównoprawna w stosunku do kar, jakie w IPU w § 2, ust. 2, pkt. 2.2. Zamawiający przewidział, jako należne jemu, w przypadku nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę, tj. w wysokości 0,4% miesięcznego wynagrodzenia brutto dla lokalizacji. Kara, którą Zamawiający przywidział dla siebie, jako beneficjenta, jest 40-krotnie wyższa aniżeli kara, jaką przewidział dla Wykonawcy.

Dodatkowo, kara umowna płacona ma być przez Zamawiającego za niewykonanie obowiązku, o którym mowa w punkcie 2 w brzmieniu „*Zamawiający zobowiązuje się udostępniać Wykonawcy dane z systemów AWOS w celu ich wykorzystania dla potrzeb osłony meteorologicznej lotnictwa cywilnego oraz dla opracowywania przez Wykonawcę informacji klimatologicznych dla lotnisk wymienionych w powyższej tabeli.*”. Nie jest jasne, czy ma to być kara za każdy niedostarczony parametr meteorologiczny, czy za każdy dzień niedostarczania danych z systemu, czy według innego klucza. W tym miejscu Odwołujący dodał, że kary płacone mają być za każdy pojedynczy parametr. Takie zaś różnice w uregulowaniu naruszają wskazane w petitum odwołania przepisy prawne.

W odniesieniu do powyższego Odwołujący wskazał, iż domaga się ukształtowania w punkcie 8 kar umownych z zachowaniem proporcjonalności i równości stron umowy.

Dla uzasadnienia zarzutu z pkt 4) odwołania – dotyczącego sporządzenia wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz stanowiący nadużycie prawa do kształtowania postanowień SIWZ i umowy – wskazano, że w § 2 ust 2 pkt. 2.2. i 2.3. IPU – wprowadzone zostały nadmiernie wygórowane kary umowne. Zamawiający w IPU w § 2 w

pierwotnej wersji wprowadził procentowe kary umowne w wysokości 0,03% miesięcznego wynagrodzenia brutto ogółem (za wszystkie lotniska), wyliczonego na podstawie zamówionych przez Zamawiającego w danym miesiącu rozliczeniowym usług będących Przedmiotem Umowy, za każdy parametr, dla którego nie osiągnięto zakładanych parametrów w danym miesiącu rozliczeniowym oraz za każdy przypadek przekazania sprzecznych danych meteorologicznych w odniesieniu do danego rodzaju parametru i danego miejsca i czasu, o których mowa w § 1 ust. 24 Umowy.

Na skutek wniesionego odwołania Zamawiający w dniu 12 września 2014 r. wprowadził do IPU zmianę w dotychczasowej regulacji, poprzez ustalenie kary umownej w wysokości 0,4% miesięcznego wynagrodzenia brutto za lotniska, na którym parametr był wadliwy.

Wobec powyższej zmiany Odwołujący podniósł, że kara umowna na wprowadzonym poziomie jest nadmierna, a Zamawiający ukształtował ją w wysokości naruszającej zasadę proporcjonalności oraz równorzędności stron. Podkreślono, że w okresie rozliczeniowym miesiąca, jak wynika z Załącznika nr 3 do OPZ, może być nawet kilka tysięcy parametrów, co sprawia, że kary umowne teoretycznie mogą przekraczać wielokrotnie wartość umowy, bowiem Zamawiający nie wprowadził żadnego limitu kar. Dodatkowo kary te nie są związane z przypadkami nieświadczenia osłony przez wykonawcę w ogóle, lecz odchyłeń od kryteriów ustalonych przez Zamawiającego w sposób arbitralny.

Równocześnie poziom jednostkowej kary umownej został podwyższony z dniem 12.09.2014 r. w stosunku do poziomu pierwotnego o około 10 % (przy założeniu działania osłony meteo na 14 lotniskach i przyjęciu uśrednionego wynagrodzenia za każde lotnisko).

Ponadto podniesiono, że kara, którą Zamawiający przywidział dla siebie jako beneficjenta jest 40-krotnie wyższa aniżeli kara, jaką przewidział dla Wykonawcy w odniesieniu do przypadków nienależytego wykonania umowy o dostarczanie danych z systemów AWOS, należących do Zamawiającego.

W odniesieniu do powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu ukształtowanie kar umownych na niższym poziomie (0,01 %) i na poziomie porównywalnym z karami za udostępniania przez Zamawiającego danych z systemów AWOS.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosiła spółka IBCOL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Strony nie wniosły opozycji w tym zakresie. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. spółkę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Zamawiający złożył w toku postępowania odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu wskazano, że treść SIWZ jest jednoznaczna dla wszystkich wykonawców i nie ogranicza możliwości udziału w postępowaniu, któregośkolwiek wykonawcy posiadającego uprawnienia do zapewnienia służby meteorologicznej w zakresie dostarczania danych i informacji meteorologicznych zgodnie z obowiązującymi przepisami. Przyjęte zaś postanowienia gwarantują pełną konkurencyjność, a w przypadku wątpliwości wykonawców, co do zapisów SIWZ, Zamawiający każdorazowo udzielał wyjaśnień, które jednoznacznie wskazywały na brak ograniczenia konkurencyjności i praw wykonawców.

Podniesiono także, że Zamawiający określił w przedmiocie zamówienia prawo opcji w sposób jednoznaczny i identyczny dla wszystkich potencjalnych wykonawców oraz warunki przyszłej umowy wraz z wyraźnymi uregulowaniami dotyczącymi tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjnie określoną część zamówienia, dla której realizacja będzie poddana uznaniu Zamawiającego, wraz z zamkniętym katalogiem okoliczności mogących mieć wpływ na realizację prawa opcji.

Wskazano również, że zapisy SIWZ dla przedmiotowego postępowania są ukształtowane w sposób uzasadniony przedmiotem zamówienia z zachowaniem obowiązujących przepisów, tak by ich treść nie sprzeciwiała się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego, a zarazem służyły celowi zagwarantowania bezpieczeństwa, któremu przedmiotowe zamówienie ma służyć.

Odnosząc się zaś szczegółowo do poszczególnych zarzutów Zamawiający wskazał:

W zakresie zarzutu z pkt 1) odwołania wskazano m.in., że przyjęty przez Zamawiającego zwrot „specyfikacji operacyjnej” nie stanowi nazwy własnej dokumentu „specyfikacji”, zaś podmiot Odwołujący, jako profesjonalista nie ma podstaw do nadinterpretacji obecnego brzmienia warunku. Niezależnie od przyjętego nazewnictwa specyfikacje definiują zakres służb żeglugi powietrznej, warunki lub ograniczenia bądź szczególne uprawnienia certyfikowanej instytucji i zawsze stanowią integralną część Certyfikatu. Obecnie, zgodnie z wydanymi przez Urząd Lotnictwa Cywilnego i ważnymi Certyfikatami, dwa podmioty certyfikowane mogące świadczyć usługę posiadają odpowiednio: „Specyfikację” i „Specyfikację operacyjną”. Dokumenty te są dokumentami równoważnymi obejmującymi zakres, o którym mowa w warunku nr 1 udziału w postępowaniu. Istotą tego warunku nie jest nazwa specyfikacji, a jej zakres doprecyzowany przez Zamawiającego w treści warunku. Niezależnie od tego podniesiono, że Zamawiający w odpowiedziach skierowanych do wykonawców w dniu 25 września 2014 r., wyjaśnił m.in. że na etapie badania ofert uzna warunek za spełniony zarówno w przypadku przedłożenia przez wykonawcę certyfikatu wraz ze specyfikacją albo zakresem zatwierdzenia, jak i certyfikatu wraz ze specyfikacją operacyjną, o ile uprawnienia z nich wynikające wypełnią zakres uszczegółowiony w treści warunku nr 1. Istotą warunku nie jest bowiem nazwa dokumentu stanowiącego nieodłączną część certyfikatu, a jego zakres.

Zamawiający podniósł ponadto, że zapisy SIWZ w tym zakresie były zrozumiałe dla wykonawców jeszcze przed wyjaśnieniami przekazanymi przez Zamawiającego, na okoliczność którą przywołał stanowisko Przystępującego wyrażone w piśmie z dnia 19 września 2014 r. włączone do akt sprawy o sygn. KIO 1807/14. Dodatkowo, podkreślono że mając na uwadze treść art. 65 Kc w zw. z art. 14 Pzp wolą Zamawiającego jest honorowanie zarówno dokumentu o nazwie „Specyfikacja”, jak i „Specyfikacja operacyjna”.

W odniesieniu do zarzut nr 2) odwołania Zamawiający wskazał, że przywołane okoliczności przez Odwołującego nie mają oparcia w stanie faktycznym, a obowiązująca doktryna orzecznicza w analogicznych przypadkach wprost wskazuje na brak naruszenia przepisów przez Zamawiającego.

Zamawiający argumentował, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnej pojęcia „prawo opcji”. Definicji takiej nie zawierają również dyrektywy dotyczące udzielania zamówień publicznych. Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zwana dalej „dyrektywą klasyczną”, wskazuje jedynie, że podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą, przy czym w obliczeniu takim uwzględnia się całkowitą kwotę szacunkową, obejmującą także wszelkie opcje lub wznowienia zamówienia (art. 9 ust. 1 dyrektywy klasycznej). Polski ustawodawca, implementując powyższy przepis dyrektywy klasycznej w odniesieniu do instytucji prawa opcji również skupił się na zagadnieniu szacowania wartości zamówienia, wskazując w art. 34 ust. 5 ustawy Pzp, że *„Jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji”*. Zamawiający przewidując prawo opcji, jest więc zobowiązany do określenia maksymalnego poziomu zamówienia wskazując, iż pewien zakres tego zamówienia, z góry przewidziany i określony, będzie przez niego realizowany jedynie w określonych sytuacjach. A zatem instytucja prawa opcji zakłada, że zamawiający każdorazowo określa minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w kontrakcie okoliczności i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi on skorzystać.

Zamawiający podkreślił jednocześnie, że dla interpretacji prawa opcji istotna jest wykładnia jak i orzecznictwo w przedmiotowym zakresie. W tym zakresie wskazano, iż zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych przedmiot zamówienia odzwierciedlający

zakres zamówienia udzielanego z wykorzystaniem instytucji prawa opcji oraz jego wartość powinny być określone przez zamawiającego już na etapie przygotowania postępowania. W konsekwencji, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, wzór czy warunki przyszłej umowy powinny zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie poddana uznaniu zamawiającego. Wyszczególnione w ten sposób części wchodzą w zakres tego samego zamówienia, są elementem ściśle określonego zakresu przedmiotowego zamówienia o ustalonej łącznie wartości szacunkowej zamówienia, na które zamawiający przewidział określone środki finansowe. W orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 22/07) Izba wskazała, że niedopuszczalną praktyką jest określenie przez zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości, czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. *„Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny”*. Izba uznała ponadto w tym przypadku, że *„zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy”*.

Instytucja prawa opcji pozwala zatem na określenie zamówienia z uwzględnieniem zakresu gwarantowanego wraz z opcjonalnym, który przy skorzystaniu przez zamawiającego z opcji zostanie zrealizowany, co pozwala wykonawcom na prawidłowe dokonanie wyceny oferty (por. wyrok KIO z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1447/10, wyrok KIO z dnia, sygn. akt KIO/UZP 2376/10).

Odnosząc powyższe do niniejszego postępowania Zamawiający wskazał, że nie sposób zgodzić się z Odwołującym, by Zamawiający poprzez opisanie przedmiotu zamówienia naruszył art. 29 oraz inne przepisy, zwłaszcza iż opis przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny określa zakres podstawowy jak i na równi precyzyjny zakres opcjonalny. Chybnym jest pogląd Odwołującego jakoby Zamawiający poprzez modyfikację opisu przedmiotu zamówienia z dnia 12 września 2014 r. zmniejszył zakres przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga fakt, że przedmiotem postępowania jest pełen zakres, zarówno gwarantowany jak i opcjonalny, wobec powyższego uwzględniając cały przedmiot objęty niniejszym postępowaniem Wykonawcy w identycznym zakresie zobowiązani są zapisami SIWZ do wyceny w ofercie pełnego zakresu przedmiotu tj. gwarantowanego i opcjonalnego zgodnie z zapisami zarówno Załącznika nr 3 do OPZ jak i Załącznika nr 2 do

IPU (błędnie przywołany przez Odwołującego Załącznik nr 3 do IPU) oraz formularza cenowego.

Za nieuzasadnione należy uznać zarzuty Odwołującego co do rzekomych naruszeń przepisów prawa jak i żądań w przedmiotowym zakresie, zwłaszcza w świetle doktryny orzeczniczej KIO, w tym orzeczeń przywołanych również przez samego Odwołującego.

Zgodnie z orzeczeniem o sygn. akt KIO 2398/11, na które powołał się Odwołujący, a także orzeczeniem o sygn. akt KIO 827/13, Izba jednoznacznie wskazała, że *„W przypadku zamówienia z prawem opcji przedmiot zamówienia jest określony jednoznacznie w całym zakresie w specyfikacji, następnie w ofercie, a ostatecznie w umowie, z tym tylko zastrzeżeniem, że określona jego część nie jest gwarantowana. Mamy tu zatem do czynienia z przedmiotem zamówienia (umowy), który musi być uwzględniony w umowie w takim samym zakresie jak wynika to ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w konsekwencji z oferty wykonawcy. Zgodnie z art. 140 ust. 1 Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.”*

Jak słusznie zauważyła Izba w orzeczeniu o sygn. akt KIO 827/13 przy prawie opcji jej realizacja mieści się w zakresie udzielonego zamówienia i o ile na zamawiającym spoczywa jedynie uprawnienie do skorzystania z opcji, to na wykonawcy, w chwili oświadczenia przez zamawiającego, że z opcji korzysta, ciąży obowiązek wykonania zamówienia także w opcjonalnym zakresie. Nie jest to nowe zamówienie publiczne, ale element przedmiotu zamówienia pierwotnego.

Powyższe stanowiska jednoznacznie wskazują na obowiązek uwzględnienia przez Wykonawców przy kalkulowaniu wartości ofert pełnego zakresu obejmującego przedmiot zamówienia, którym w przypadku postępowań z zastosowaniem prawa opcji jest zakres gwarantowany wraz z zakresem wynikającym z prawa opcji.

Zamawiający wskazał następnie, że Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu o sygn. akt KIO 1168/13 jednoznacznie wskazała, że *„obowiązkiem wykonawcy jest wycena oferty z uwzględnieniem maksymalnego zakresu opcji, który jest wykonawcom znany i został przez zamawiającego określony. Prawo opcji jest to bowiem instytucja, która stwarza po stronie zamawiającego zobowiązanie do realizacji zamówienia jedynie w zakresie zadeklarowanym, natomiast uprawnieniem zamawiającego jest żądanie realizacji zamówienia w zakresie poszerzonym, natomiast obowiązkiem wykonawcy jest realizacja zamówienia w całości, to jest w zakresie zadeklarowanym i poszerzonym. Wykonawcy nie przysługuje natomiast prawo domagania się realizacji zamówienia w zakresie poszerzonym, jeśli zamawiający nie skorzysta ze swego uprawnienia do opcji w toku realizacji umowy. Z tego zatem względu Izba stoi na stanowisku, że brak określenia przez zamawiającego w jakich okolicznościach i na jakich warunkach będzie zmniejszał zakres opcji nie stoi na przeszkodzie dla wyceny oferty, bo wykonawca musi wycenić cały zakres zamówienia, w tym poszerzony i nie utrudnia*

uczciwej konkurencji, gdyż wszyscy wykonawcy w analogiczny sposób obowiązani są dokonać swojej kalkulacji".

W odniesieniu do zarzutu z pkt 3) odwołania Zamawiający podniósł, że przedmiotem zamówienia nie jest pozyskiwanie informacji z systemów AWOS, lecz zapewnienie służby meteorologicznej w zakresie dostarczania danych i informacji meteorologicznych dla Zamawiającego. Powyższe jednoznacznie wynika również z Istotnych Postanowień Umowy, zgodnie z którymi przedmiotem będzie zapewnienie służby meteorologicznej nie zaś pozyskanie informacji z systemów AWOS. Dodatkowo należy wskazać, że do zawarcia umowy z Zamawiającym w zakresie informacji z systemów AWOS nie mają zastosowania przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym w żadnym razie nie sposób wywodzić by przyjęte ewentualne regulacje w zakresie umów nie objętych stosowaniem ustawy Pzp naruszały jej przepisy.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał, że mając na względzie celowość przedmiotowego postępowania, jaką jest zapewnienie osłony meteorologicznej wymaganej dla bezpieczeństwa w przestrzeni powietrznej, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom zarówno Odwołującego jak i Przystępującego w dniu 02.10.2014 r. dokonał zgodnie z żądaniem Odwołującego zmiany zapisów SIWZ w zakresie:

- Pkt. 3 części „Zasady płatności za dane z systemów AWOS należących do Zamawiającego” Załącznika nr 5 do OPZ przyjmując zapis „Zamawiający obniży wysokość miesięcznej opłaty za udostępnianie danych z systemów AWOS w przypadku ograniczenia zakresu usług lotniskowej osłony meteorologicznej w lokalizacjach wymienionych w pozycjach 1-10 powyższej tabeli odpowiednio do zakresu zamawianych przez Zamawiającego usług na osłonę meteorologiczną świadczoną przez Wykonawcę, jednakże w zakresie nie niższym niż gwarantowane minimalne ilości usług lotniskowej osłony meteorologicznej określone dla poszczególnych lotnisk w Załączniku nr 7 do OPZ".
- Pkt. 8 części „Inne istotne warunki udostępniania danych z systemów Zamawiającego” Załącznika nr 5 do OPZ przyjmując zapis „W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków, o których mowa w pkt. 2 i 6, Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 0,4% miesięcznego wynagrodzenia brutto dla danej lokalizacji, za każdy dzień w którym wystąpiło powyższe niewykonanie lub nienależyte wykonanie".

W związku z powyższym Zamawiający argumentował, że w świetle stanu faktycznego na dzień 03 października 2014 r. bezprzedmiotowym jest rozpatrywanie przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów w zakresie, w jakim Zamawiający dokonał modyfikacji zgodnie z żądaniem Odwołującego. Potwierdzeniem powyższego jest stanowisko KIO z

orzeczenia o sygn. akt KIO 2438/12, w którym Izba wskazała, iż należy uznać, że orzekanie w zakresie już nieistniejącego przedmiotu sporu jest naruszeniem ratio legis Ustawy, które to ratio legis wyklucza prowadzenie sporu pomimo braku jego faktycznego przedmiotu, tym bardziej w sytuacji dokonania przez Zamawiającego zmiany zapisów w zakresie uszczegółowienia elementów de facto nie będących przedmiotem zamówienia.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał, że zarzuty dotyczące odpłatnego przekazywania danych z systemów AWOS były przedmiotem rozpoznania Izby. W ustnych motywach rozstrzygnięcia podanych na odczytaniu wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 1807/14 w dniu 24 września 2014 r., Izba wskazała, iż pomimo że Zamawiający dokonał w tym zakresie modyfikacji, to została ona dokonana w niewielkim zakresie i Izba postanowiła niniejsze zarzuty rozpatrzeć. Izba wskazała, że Zamawiający doprecyzował kwestie związane z odpłatnym udostępnianiem danych, dopuścił zmniejszenie miesięcznej opłaty za udostępnianie danych w przypadku ograniczenia zakresu usługi, wprowadził kary umowne za przekazanie danych nienależytej jakości. Biorąc pod uwagę powyższe Izba oddaliła zarzut Odwołującego wskazując, iż Załącznik nr 5 do OPZ doprecyzowuje zasady udostępniania danych, które pozwalają na prawidłowe sporządzenie oferty i kalkulację ceny.

Podkreślono dodatkowo, że niniejsze postanowienia są jednakowe dla wszystkich wykonawców w sposób zachowujący uczciwą konkurencję, a wykonawcy kalkulując ofertę uprawnieni są do wkalkulowania w cenę wszelkich kosztów jakie poniosą w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym koszty pozyskania informacji z systemów AWOS niezależnie czy pozyskiwanych od Zamawiającego czy też innych właścicieli systemów.

Odnosząc się do zarzutu z pkt 4) odwołania Zamawiający wskazał, że przedmiotowego zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu tj. zapewnienia bezpieczeństwa w ruchu lotniczym. Nie sposób kwestionować znaczenia danych meteorologicznych dla bezpieczeństwa ruchu lotniczego, czemu wyraz stanowi ustawowy obowiązek nałożony na Zamawiającego do ich zapewnienia. Zarówno brak danych ich nieprawidłowość lub nieterminowe zapewnienie może stanowić ogromne zagrożenie dla bezpieczeństwa w ruchu powietrznym. W związku z tym kształtowanie poszczególnych warunków kontraktu ma swoje uzasadnienie i nie jest działaniem dowolnym, a ich treść ma uzasadnienie w istniejących potrzebach Zamawiającego. Zamawiający przyjmując zapisy odnośnie kar umownych uwzględnił szereg okoliczności, zwłaszcza znaczenie prawidłowości wykonywanej usługi dla bezpieczeństwa ruchu lotniczego a także relację między wysokością kary umownej i wartością umowy, przyjmując by jej wysokość stanowiła nie tylko surogat odszkodowania, ale również stanowiła czynnik zmotywowania wykonawcy do prawidłowego wykonania tak istotnego dla bezpieczeństwa zobowiązania.

Podkreślono przy tym, że takie działanie Zamawiającego jest zgodne z przepisami na co wskazuje m. in. orzecznictwo KIO w sprawach o sygn. akt: KIO/UZP 1431/08, KIO/UZP 1189/10 KIO 291/12;KIO 779/13.

Zamawiający argumentował następnie, że niewątpliwym jest również to, iż w przypadku postępowań przetargowych zasady swobody umów w zakresie kształtowania jej treści doznają ograniczenia, szczególnie po stronie wykonawcy, który praktycznie przystępuje do umowy, a nie ją kształtuje, co również odnajduje potwierdzenie w orzecznictwie. Mając na względzie powyższe trudno nie odnieść wrażenia, że Odwołujący poprzez wniesione odwołanie nadużywa środków ochrony prawnej do kształtowania postanowień przyszłej umowy w sposób korzystny dla siebie.

Kary umowne, mechanizmy ich stosowania oraz miarkowanie zostały szczegółowo określone w Kodeksie cywilnym. Strona niezadowolona z wysokości nałożonej kary umownej, ma zawsze ustawowe prawo do domagania się ich miarkowania. Określenie kar umownych na danym poziomie nie oznacza automatycznie, iż taka kara zostanie zastosowana. Przede wszystkim muszą zaistnieć przewidziane w umowie okoliczności do jej naliczenia przez Zamawiającego (w przedmiotowym przypadku są to kary przewidziane z tytułu nieprawidłowej realizacji umowy).

Zamawiający podniósł ponadto, że przepisy Kodeksu cywilnego doznają istotnych ograniczeń w postępowaniu o zamówienie publiczne. Wynika to zarówno z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, który odsyła do stosowania Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, jak i następnym przepisów działu IV Ustawy. Przepis art. 36 ust. 1 pkt 16 Ustawy stanowi, że SIWZ zawiera istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Z przepisu wynika uprawnienie zamawiającego do jednostronnego przygotowania, np. wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga by wykonawca zawarł z nim umowę na przedstawionych warunkach. Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353 Kc), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy (na podstawie wyroku Izby z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1189/10).

Zamawiający przywołał także stanowisko KIO wyrażone w orzeczeniu z dnia 21 maja 2013 r., sygn. akt. KIO 1024/2013, w którym Izba również nie zgodziła się ze stanowiskiem odwołującego jakoby Zamawiający poprzez zapisy SIWZ, w tym wzoru umowy dopuścił się poprzez przyjęte postanowienia naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez jego sporządzenie. Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii* przygotowując własną SIWZ. Izba wskazała, iż zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona - przed terminem złożenia ofert Wykonawca może składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które Zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego - co jest jego fundamentalnym uprawnieniem - w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia. Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. art. 473 § 1 stanowi, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależnić od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Oczywiście realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych KC. Powyższe dotyczy zarówno postanowień dotyczących *stricte* przedmiotu zamówienia oraz przewidzianych przez Zamawiającego kar umownych.

Zamawiający podniósł również, że przedstawione powyżej stanowisko znajduje swoje oparcie w ustalonej linii orzecznictwa. Jak słusznie zauważyła Izba w wyroku o sygn. akt KIO 1758/11 „w polskim prawie nie istnieją przepisy zakazujące stanowienia jakiejś wielkości kar umownych czy zakazujących odnoszenia tych kar do jakiejś podstawy”. Dodatkowo zgodnie ze stanowiskiem Izby zawartym w uzasadnieniu do wyroku o sygn. akt KIO 1238/13 „przepis art. 483 k.c. ma charakter dyspozytywny i nie wynika z niego obowiązek określonego ukształtowania kary, jako proporcjonalnej do wysokości poniesionej szkody, nieuciążliwej czy

ograniczonej. Jedynym limitem, jaki ustawodawca przewiduje to rażąco wygórowanie kary umownej, przyznając jednocześnie obciążonemu karą prawo do kwestionowania jej wysokości. W ocenie Izby, zatem z tych postanowień trudno wywieść jest naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych przez zamawiającego. Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, to słuszność ma zamawiający, że zasada równości występuje w stosunkach horyzontalnych pomiędzy wykonawcami i przejawia się w jednakowym, nie dyskryminującym traktowaniu wykonawców, zaś zasada uczciwej konkurencji, to zasada stworzenia takiego dostępu do zamówienia, aby ubiegać się o nie mogli wykonawcy zdolni do jego należytego wykonania także w zakresie efektywności i doświadczenia. Nie oznacza to zatem, że o dane zamówienie mogą ubiegać się wszyscy potencjalni wykonawcy na danym rynku, ale m.in. ci, których sytuacja finansowa i ekonomiczna na to pozwala. Co do zastrzeżenia przez zamawiającego kar za opóźnienie, to w ocenie Izby wobec faktu podwyższonej odpowiedzialności wynikającej z paragrafu 5 wzoru umowy stanowiącego m.in. o odpowiedzialności wykonawcy za terminowość i wysoką jakość przedmiotu świadczenia, dopuszczalne było ukształtowanie kar umownych w sposób adekwatny do tej odpowiedzialności."

Odnosząc się szczegółowo do zarzutu odwołania Zamawiający argumentował następnie, że ustalając wysokość kar umownych kierował się zawartymi wytycznymi, by wysokość kar kalkulować według spodziewanych następstw majątkowych uchybień. Dodatkowo trafnie orzekła Izba w wyrokach o sygn. akt KIO 2111/11, KIO 2130/11, KIO 2131/11 oraz KIO/UZP 1547/09, iż zasadniczą podstawą oceny zasadności kar umownych winno być znaczenie danej czynności w kontekście należytego wykonywania zamówienia, jednakże rozmiar zamówienia oraz jego znaczenie dla interesu publicznego stanowią dodatkowe przesłanki uzasadniające tak ustalenie kar umownych, jak i ich wysokość. W tym miejscu Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 8 grudnia 2006 r. o Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej na Zamawiającym ciąży obowiązek dostarczania użytkownikom przestrzeni powietrznej informacji meteorologicznych. Nienależyte wywiązywanie się przez Wykonawcę z powyższych obowiązków może w ekstremalnych przypadkach sparaliżować ruch lotniczy nad przestrzenią powietrzną RP oraz pociągnąć za sobą szkody o wielkich rozmiarach, za które Zamawiający mógłby zostać pociągnięty do odpowiedzialności. Z tego względu mechanizm kar umownych i to nawet o znacznej wysokości jest jak najbardziej usprawiedliwiony.

Przystępujący w złożonym piśmie procesowym wniósł o uwzględnienie odwołania w zakresie zarzut z pkt 2 i 4. Wskazano m.in., że za obarczone błędem należy zatem uznać zapisy SIWZ, w których Zamawiający będzie przy ocenie ofert zobowiązany do wzięcia pod uwagę ceny ofert za realizację maksymalnego zakresu zamówienia, obejmującego zarówno

część gwarantowaną, jak i objęta prawem opcji. To właśnie cena za gwarantowany zakres zamówienia powinna być porównywana przez zamawiającego w toku badania i oceny ofert, nie zaś cena obejmująca zakres pewny i dodatkowo fakultatywny, czyli taki, który może, ale wcale nie musi zostać zrealizowany. Powyższe znajduje również uzasadnienie w tym, że sformułowany w SIWZ sposób obliczenia ceny, tj. konieczność podania cen za 100% zakres realizacji zamówienia obejmujący również część opcjonalną, powoduje, że wykonawcy mogą różnie podejść do kalkulowania ceny ofertowej. Jedni bowiem skalkulują jedynie zakres pewny, mając świadomość, że prawdopodobieństwo skorzystania z prawa opcji na lotniskach, na których ruch lotniczy jest ograniczony jest bliskie zeru, inni zaś uwzględniają największy możliwy zakres, pomimo faktu, że opcja może, ale nie musi być wykorzystana. Powyższe prowadzi de facto do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Argumentowano także, że Odwołujący zasadnie wywodzi, że kary umowne mogą potencjalnie przekroczyć wielokrotnie wartość miesięcznego wynagrodzenia, za świadczenie usług na danym lotnisku, nawet w sytuacji, gdy osłona meteo (czyli usługa będąca przedmiotem postępowania) będzie świadczona przez wykonawcę, ale będą w niej występować choćby drobne odchylenia od parametrów.

Na posiedzeniu Odwołujący oświadczył, że w związku ze zmianą specyfikacji dokonaną w dniu 2 października 2014 r. wnosi o nie orzekanie przez Izbę w zakresie zarzutu z pkt 3) odwołania. W odniesieniu do zarzutu z pkt 4) odwołania, w toku rozprawy Odwołujący oświadczył, iż wycofuje z podstawy prawnej zarzutu art. 7 ust. 1 Pzp i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

W pozostałym zakresie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Niewątpliwie cechuje go przesłanka posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. W kwestii zaś kolejnej przesłanki określonej w powołanym przepisie – w postaci poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp – należy uznać, że na etapie ogłoszenia o zamówieniu i ogłoszenia treści SIWZ wystarczające jest jedynie hipotetyczne wykazanie szkody.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania Izba – mając na uwadze stan sprawy ustalony w toku postępowania, uwzględniając jednocześnie skutki wynikające z rozkładu ciężaru dowodowego (art. 190 ust. 1 Pzp) – uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba w pełni podzieliła wywody i argumentację prawną przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz w trakcie rozprawy, uznając je w konsekwencji za własne.

W odniesieniu do zarzutu z pkt 1) odwołania należy wskazać, że w pierwotnej wersji SIWZ z dnia 21 sierpnia 2014 r., w ramach warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, dotyczących posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, Zamawiający zastrzegł, że *„Wykonawca musi posiadać uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, tj. musi posiadać Certyfikat instytucji zapewniającej służby żeglugi powietrznej, świadczący o spełnieniu wymagań przepisów Rzeczypospolitej Polskiej ustalonych dla jego wydania w Dziale VII Rozdział 2 ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. Prawo Lotnicze oraz wymagań rozporządzenia (WE) nr 550/2004 w sprawie zapewniania służb żeglugi powietrznej oraz rozporządzenia (WE) nr 1035/2011 z dnia 17 października 2011 r. ustanawiającego wspólne wymogi dotyczące zapewniania służb żeglugi powietrznej”* (Rozdział V pkt 2 SIWZ).

W dniu 12 września 2014 r., Zamawiający dokonał w tym zakresie modyfikacji treści SIWZ nadając powyższemu zapisowi następujące brzmienie: *„Wykonawca musi posiadać uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, tj. musi posiadać Certyfikat instytucji zapewniającej służby żeglugi powietrznej wraz ze specyfikacją operacyjną obejmującą co najmniej: wykonywanie pomiarów i obserwacji meteorologicznych, przygotowanie prognoz meteorologicznych, opracowywanie ostrzeżeń meteorologicznych oraz informowanie o warunkach meteorologicznych w zakresie przedmiotowego postępowania, świadczący o spełnieniu wymagań przepisów Rzeczypospolitej Polskiej ustalonych dla jego wydania w Dziale VII Rozdział 2 ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. Prawo Lotnicze oraz wymagań rozporządzenia (WE) nr 550/2004 w sprawie zapewniania służb żeglugi powietrznej oraz rozporządzenia (WE) nr 1035/2011 z dnia 17 października 2011 r. ustanawiającego wspólne wymogi dotyczące zapewniania służb żeglugi powietrznej”*. W ramach opisu sposobu dokonania spełnienia tego warunku Zamawiający wskazał na obowiązek przedstawienia ważnego na dzień składania ofert Certyfikatu instytucji zapewniającej służby żeglugi powietrznej wraz ze specyfikacją operacyjną obejmującą co

najmniej: wykonywanie pomiarów i obserwacji meteorologicznych, przygotowanie prognoz meteorologicznych, opracowywanie ostrzeżeń meteorologicznych oraz informowanie o warunkach meteorologicznych w zakresie przedmiotowego postępowania, świadczący o spełnieniu wymagań przepisów Rzeczypospolitej Polskiej ustalonych dla jego wydania w Dziale VII Rozdział 2 ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. Prawo Lotnicze oraz wymagań rozporządzenia (WE) nr 550/2004 w sprawie zapewniania służb żeglugi powietrznej oraz rozporządzenia (WE) nr 1035/2011 z dnia 17 października 2011 r. ustanawiającego wspólne wymogi dotyczące zapewniania służb żeglugi powietrznej.

Powyższy zapis nie był przedmiotem dalszych modyfikacji – ani w ramach zmiany treści SIWZ z dnia 17 września 2014 r., ani z dnia 2 października 2014 r.

W ramach wyjaśnień dotyczących treści SIWZ, udzielonych w dniu 25 września 2014 r., na pytania wykonawców, Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 51 wskazał, że: *„z zapisów rozporządzenia z dnia 25.03.2013 r. w sprawie certyfikacji działalności w lotnictwie cywilnym z § 54 wynika wprost, że certyfikaty wydane na podstawie przepisów dotychczasowych od dnia 18.09.2011 r. do dnia wejście w życie niniejszego rozporządzenia zachowują ważność przez okres, na jaki zostały wydane. W związku z tym pojęcia „specyfikacja operacyjna” i „specyfikacja” dotyczą tego samego zakresu pojęciowego zawartego w certyfikatach i zarówno certyfikaty posługujące się pojęciem „specyfikacja operacyjna”, jak i „specyfikacja” są równoważne i skuteczne. Zamawiający informuję, że zgodnie z § 5 ust. 2 rozporządzenia MTBIGM z dnia 25.03.2013 r. w sprawie certyfikacji działalności w lotnictwie cywilnym nieodłączną część certyfikatu mogą stanowić specyfikacje albo zakresy zatwierdzenia, w których określa się szczególne uprawnienia albo warunki lub ograniczenia nałożone na posiadacza certyfikatu w związku z korzystaniem z udzielonych uprawnień. Zamawiający na etapie badania ofert uzna warunek za spełniony zarówno w przypadku przedłożenia przez Wykonawcę Certyfikatu wraz ze specyfikacją albo zakresem zatwierdzenia, jak i Certyfikatu wraz ze specyfikacją operacyjną, o ile uprawnienia z nich wynikające wypełnią zakres uszczegółowiony w treści warunku nr 1. Istotą warunku nr 1 nie jest nazwa dokumentu stanowiącego nieodłączną część Certyfikatu, a jego zakres”.*

Mając na uwadze stan sprawy ustalony na chwilę zamknięcia rozprawy, w ocenie Izby, nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty Odwołującego odnoszące się do treści ww. warunku oraz opisu sposobu dokonania oceny spełniania przedmiotowego warunku. Przede wszystkim nie sposób uznać, by – w kontekście wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w dniu 25 września 2014 r. – doszło w tym zakresie do naruszenia obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp). Wbrew twierdzeniom Odwołującego przyjęte zapisy SIWZ nie pozbawiają możliwości udziału w postępowaniu wykonawcy, który posiada Certyfikat wraz ze specyfikacją, a nie Certyfikat

wraz ze specyfikacją operacyjną – o ile treść tej specyfikacji wskazuje na posiadanie uprawnień wyspecyfikowanych w treści warunku. Należy zwrócić uwagę, że zakres wymaganych uprawnień nie był kwestionowany przez Odwołującego, a dokonana w tym zakresie modyfikacja treści SIWZ nawiązywała do postulatów Odwołującego podnoszonych wcześniej w toku postępowania. Zarzuty Odwołującego skoncentrowane zostały w istocie na przyjętym przez Zamawiającego nazewnictwie, tj. posłużeniu się określeniem „specyfikacja operacyjna”, a nie „specyfikacja”, którym to terminem operuje § 5 ust. 2 rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 marca 2013 r. w sprawie certyfikacji działalności w lotnictwie cywilnym (Dz.U.2013.421). Terminologia zastosowana przez Zamawiającego nie oznacza jednak, że dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie jest dopuszczalne przedstawienie Certyfikatu wraz ze specyfikacją. Przeczą temu wyjaśnienia treści SIWZ udzielone przez Zamawiającego, w których jednoznacznie wskazano, że istotą warunku nie jest nazwa dokumentu, a Zamawiający uzna warunek za spełniony niezależnie od przedłożenia Certyfikatu wraz ze specyfikacją czy Certyfikatu wraz ze specyfikacją operacyjną, o ile uprawnienia z nich wynikające wypełnią zakres uszczegółowiony w treści warunku nr 1 (który to zakres, jak wskazano wcześniej nie był kwestionowany). Udzielone wyjaśnienia stanowią rodzaj wiążącej – Zamawiającego oraz uczestników postępowania – wykładni autentycznej. W konsekwencji dokonanych wyjaśnień, w niniejszej sprawie treść warunku nr 1, jak i opis sposobu dokonania oceny jego spełnienia, należy rozumieć w ten sposób, że dopuszczalne jest przedstawienie zarówno Certyfikatu wraz ze specyfikacją, jak i Certyfikatu wraz ze specyfikacją operacyjną. Zamawiający nie warunkuje możliwości udziału w postępowaniu z uwagi na nazwę dokumentu i nie blokuje dostępu do postępowania wykonawcom posiadającym Certyfikat wraz ze specyfikacją. W tej materii nie zaistniały żadne przesłanki do uznania, by działanie Zamawiającego stanowiło naruszenie zasady równego traktowania wykonawców lub, by pozostawało w opozycji do wymogu zapewnienia uczciwej konkurencji między potencjalnymi uczestnikami postępowania w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji całkowicie niezasadnym i nieuprawnionym było twierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający sformułował warunek w sposób możliwy do spełnienia jedynie przez spółkę Ibcol.

Nie zasługiwały na uwzględnienie także zarzuty dotyczące naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 127 ust. 1 ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze (Dz. U. z 2013 r., poz. 1393 ze zm.), § 4 ust. 1 pkt 13 lit. c i § 5 ust. 2 rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 marca 2013 r. w sprawie certyfikacji działalności w lotnictwie cywilnym (Dz. U. z 2013 r., poz. 421). Zamawiający, poprzez przyjęte nazewnictwo w zakresie wymaganych dokumentów nie dopuścił się naruszenia ww. przepisów, w szczególności nie wyłączył, jako dopuszczalnych i akceptowanych dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dokumentów

odpowiadających swoją nazwą terminologii przyjętej w powołanym rozporządzeniu. Jak wynika z postanowień SIWZ, przy uwzględnieniu treści i istotny udzielonych wyjaśnień, wykonawca może przedłożyć Certyfikat wraz ze specyfikacją, a więc dokument, o którym mowa w § 5 ust. 2 ww. rozporządzenia. W konsekwencji nie sposób uznać, by postanowienia SIWZ naruszały przedmiotową regulację, jak również przepisy ustawy Prawo lotnicze. W istocie zarzuty, jak i argumentacja Odwołującego, nakierowane zostały na doprowadzenie do zmiany nazwy dokumentu na tę, którą posługuje się ww. rozporządzenie. Zamawiający w sposób rzeczowy wskazał jednak, że przyjętą nazwę dokumentu nie należy traktować, jako nazwę własną, a pojęcia „specyfikacja operacyjna” i „specyfikacja” dotyczą tego samego zakresu pojęciowego. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem, by z samego faktu braku tożsamości terminologicznej w zakresie nazwy dokumentu przyjętej w SIWZ (nie będącej nazwą własną) z określeniem, którym dla tego dokumentu posługuje się przepis rozporządzenia, można wywieść naruszenie przepisów prawa, zwłaszcza gdy – co wskazano już wcześniej – nie sama nazwa stanowi istotę warunku, a Zamawiający w sposób tożsamy odnosi się do dokumentu z nazwą „specyfikacja operacyjna”, jak i „specyfikacja”, wymagając w zasadzie wyłącznie tego, by dokument ten potwierdzał posiadanie uprawnień uszczegółowionych w treści warunku.

Niezależnie od powyższego, należy wskazać, że zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W omawianym zakresie nie występuje tego rodzaju skutek, gdyż zarówno wykonawca posiadający certyfikat wraz ze specyfikacją operacyjną, jak i certyfikat wraz ze specyfikacją, które to dokumenty wskazują na posiadanie wymaganych uprawnień, może ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut określenia przez Zamawiającego w przedmiocie zamówienia prawa opcji w sposób niepełny, co w konsekwencji powoduje, w ocenie Odwołującego, oparcie kryteriów wyboru najkorzystniejszej ceny nie na cenie za przedmiot zamówienia, lecz za przedmiot ten powiększony o usługi objęte opcją,

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (OPZ) został zamieszczony w załączniku nr 1 do SIWZ. Zgodnie z treścią przedmiotowego załącznika: *„Przedmiotem zamówienia jest zapewnienie służby meteorologicznej w zakresie dostarczania danych i informacji meteorologicznych w celu realizacji przez PAŻP służb żeglugi powietrznej zgodnie z delegacją ustawową wynikającą z art. 133 ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. Prawo lotnicze (Dz. U. z 2012 r. poz. 933 z późniejszymi zmianami) oraz postanowieniami rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 3 października 2013 roku w sprawie osłony meteorologicznej lotnictwa cywilnego (Dz. U. z 2013r. poz. 1202) a także - z*

uregulowaniami Aneksu nr 3 i 11 do Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym (Chicagowska) polegająca na:

1. Realizacji usługi na lotniskach określonych w Załączniku nr 1 pkt. 2 (poniżej) obejmującej zakres określony w Załączniku nr 1 pkt. 1 (poniżej) z uwzględnieniem zapisów Istotnych Postanowień Umowy.
2. Dokonywaniu systematycznej oceny sprawdzalności prognoz meteorologicznych (TAF i TREND) zgodnie z zapisami Aneksu nr 3 ICAO i SLA (Załącznik nr 4) oraz przedstawianiu miesięcznych raportów /tabela nr 1 Załącznik nr 4/.
3. Realizacji ciągłego monitoringu usługi osłony meteorologicznej według wskaźników KPI tzn. dostępności, poprawności i terminowości oraz przedstawianiu miesięcznych raportów /tabela nr 2 Załącznik nr 4/.
4. Dostępie do danych i informacji meteorologicznych – produktów światowego systemu prognoz obszarowych (WAFS) i międzynarodowych banków danych (OPMET).
5. Prowadzeniu konsultacji dla użytkowników PAŻP (m.in. służb ruchu lotniczego i AIS) /podstawowy język polski/.
6. Dostarczaniu danych meteorologicznych przedstawionych w Załączniku nr 1 pkt. 1 (poniżej) w postaci tekstowej z uwzględnieniem redundancji.
7. Dostarczaniu danych i informacji meteorologicznych do Meteorologicznego Biura Nadzoru (ośrodek wymiany danych, dalej „MBN”) funkcjonującego w strukturach Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowego Instytutu Badawczego, który zgodnie z decyzją Ministra Infrastruktury i Rozwoju (pismo DL 1-Ic-020-38/14 NK:106656 z 17.04.2014r.) odpowiada za realizację krajowej i międzynarodowej wymiany danych meteorologicznych. Wykonawca zobowiązany jest do uzgodnienia z MBN (ośrodek wymiany danych) zasad przekazywania danych i informacji meteorologicznych na wymianę krajową i międzynarodową.
8. Dostarczaniu lotniskowych informacji klimatologicznych dla użytkowników przestrzeni powietrznej.
9. Gotowości do podpisania Porozumień operacyjnych pomiędzy jednostkami organizacyjnymi dostawcy usługi a PAŻP odnośnie wzajemnej współpracy.
10. Dokonywaniu analiz wpływu na pracę służb ruchu lotniczego dokonywanych zmian w osłonie meteorologicznej lotnictwa oraz przyczyn obniżenia jakości świadczeń na rzecz PAŻP.
11. Wdrożeniu w uzgodnieniu z PAŻP procedur awaryjnych dla potrzeb osłony meteorologicznej służb ruchu lotniczego zgodnie z Załącznikiem nr 2 (poniżej) z uwzględnieniem zapisów Istotnych Postanowień Umowy. Odpowiednie zapisy zostaną zawarte w Porozumieniach operacyjnych. Za sytuację awaryjną należy rozumieć brak możliwości właściwego funkcjonowania jednostki organizacyjnej

usługi meteorologicznej na danym lotnisku polegającego na realizacji zadań określonych w umowie (m.in. sytuacji niesprawności podstawowych systemów pomiarowych AWOS, przerwy w komunikacji pomiędzy jednostką organizacyjną służby meteorologicznej a organami ATS (TWR, APP), przerwy w funkcjonowaniu kanałów łączności wykorzystywanych do transmisji danych meteorologicznych do MBN (ośrodka wymiany danych)).

Ponadto (m.in.):

(...)

22. Zamawiający w ramach prawa opcji zawartego w ustawie Pzp, przewiduje realizację zamówienia usług osłony meteorologicznej dla PL Radom.
23. Minimalne gwarantowane ilości usług lotniskowej osłony meteorologicznej w ujęciu procentowym w odniesieniu do poszczególnych lokalizacji lotnisk wskazanych w załączniku nr 1 pkt. 2 przedstawia Załącznik nr 7”.

W załączniku nr 1 pkt 2 do OPZ zawarty został wykaz lotnisk kontrolowanych objętych przedmiotem zamówienia, wg poniższej tabeli:

Lp.	Nazwa lotniska	Lokalizacja i kod lotniska
1.	PL Warszawa	Warszawa - Okęcie (EPWA)
2.	PL Gdańsk	Gdańsk (EPGD)
3.	PL Poznań	Poznań - Ławica (EPPO)
4.	PL Kraków	Kraków - Balice (EPKK)
5.	PL Rzeszów	Rzeszów - Jasionka (EPRZ)
6.	PL Wrocław	Wrocław - Strachowice (EPWR)
7.	PL Szczecin	Szczecin - Goleniów (EPSC)
8.	PL Katowice	Katowice - Pyrzowice (EPKT)
9.	PL Zielona Góra	Zielona Góra - Babimost (EPZG)
10.	PL Bydgoszcz	Bydgoszcz - Szwederowo (EPBY)
11.	PL Łódź	Łódź - Lublinek (EPLL)
12.	PL Lublin	Lublin (EPLB)
13.	PL Modlin	Warszawa/Modlin (EPMO)
14.	PL Radom	Radom (EPRA)

W pierwotnej wersji SIWZ z dnia 21 sierpnia 2014 r., w Rozdziale III pkt 11 Zamawiający wskazał, że: przewiduje prawo opcji:

„11.1. Świadczenie usług będących przedmiotem zamówienia na Lotnisku Radom (EPRA), którego uruchomienie może nastąpić w terminie realizacji zamówienia stanowi prawo opcji, a Wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie z tytułu niezlecenia przez Zamawiającego żadnych usług na Lotnisku Radom (EPRA);

11.2. Określony w Opisie przedmiotu zamówienia zakres usług jest zakresem maksymalnym, ale nie gwarantowanym. Zamawiający zastrzega sobie możliwość obniżenia ilości usług określonych w Załączniku nr 3 do OPZ (odpowiednio Załącznik nr 6 do IPU), z zastrzeżeniem prawa opcji opisanego w pkt 1.1. powyżej, o maksymalnie 30 % w okresie obowiązywania Umowy bez podawania przyczyn, w drodze jednostronnych oświadczeń woli składanych z co najmniej 7-dniowym wyprzedzeniem. W takim przypadku należne Wykonawcy wynagrodzenie ulegać będzie każdorazowo odpowiedniemu obniżeniu. Z tytułu skorzystania przez Zamawiającego z niniejszego prawa opcji Wykonawcy nie będą przysługiwały względem Zamawiającego jakiegokolwiek roszczenia”.

W następnej modyfikacji treści SIWZ w dniu 12 września 2014 r., Zamawiający określił, że przewiduje prawo opcji:

„11.1. Zamawiający gwarantuje minimalną ilość usług lotniskowej osłony meteorologicznej dla każdego z lotnisk (z wyłączeniem Lotniska Radom (EPRA)) w ujęciu procentowym wskazanym w Załączniku nr 7 do Opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający będzie informował Wykonawcę o zmianie zakresu usług z co najmniej 14-dniowym wyprzedzeniem. Zmiana ilości zamawianych usług może nastąpić w przypadkach określonych w § 3 ust. 9 Istotnych Postanowień Umowy, a Wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie z tytułu niezlecenia przez Zamawiającego żadnych usług.

11.2. Świadczenie usług będących przedmiotem zamówienia wykraczające ponad minimalne ilości usług lotniskowej osłony meteorologicznej dla każdego z lotnisk wskazane w Załączniku nr 7 do Opisu przedmiotu zamówienia stanowić będzie prawo opcji.

11.3. Świadczenie usług będących przedmiotem zamówienia na Lotnisku Radom (EPRA), którego uruchomienie może nastąpić w terminie realizacji zamówienia stanowi prawo opcji, a Wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie z tytułu niezlecenia przez Zamawiającego żadnych usług na Lotnisku Radom (EPRA).

11.4. Realizacja usług na Lotnisku Radom rozpoczęta zostanie w terminie wskazanym przez Zamawiającego w informacji przekazanej Wykonawcy nie później niż na 60 dni przed planowanym uruchomieniem służb kontroli ruchu lotniczego Zamawiającego na tym lotnisku. Zamawiający na 14 dni przed uruchomieniem służb poinformuje o ilości wymaganych informacji i danych meteorologicznych niezbędnych do zapewnienia służby MET i ATC, zgodnie z wymaganiami Załącznika nr 3 do Konwencji Międzynarodowej Organizacji Lotnictwa Cywilnego ICAO.

Przewidywany termin uruchomienia Lotniska Radom – kwiecień 2015 r.”

Powyższy zapis nie podlegał dalszym modyfikacjom – ani w ramach zmiany SIWZ z dnia 17 września 2014 r., ani zmiany z dnia 2 października 2014 r.

W wyniku dokonanej modyfikacji Zamawiający zapewnił wykonawcom minimalną ilość usług lotniskowej osłony meteorologicznej dla każdego z funkcjonujących lotnisk. Zmienił bowiem zapis stanowiący o tym, że zawarty w OPZ zakres usług jest zakresem maksymalnym, ale nie gwarantowanym, na zapis stanowiący o tym, że ilości przedstawione w Załączniku nr 7 w ujęciu procentowym są gwarantowaną minimalną ilością usług. W toku rozprawy Zamawiający podniósł, że wskutek dokonanej modyfikacji wziął na siebie ryzyko, że nawet w przypadku zmniejszenia usług poniżej ilości gwarantowanych zapłaci wykonawcy wynagrodzenie.

Zgodnie z Załącznikiem nr 7 do OPZ w brzmieniu obowiązującym od dnia 12 września 2014 r., Zamawiający ustalił poniższe minimalne gwarantowane ilości usług stanowiących przedmiot zamówienia w odniesieniu do poszczególnych lokalizacji lotnisk wskazanych w SIWZ:

Lotnisko	Gwarantowana minimalna ilość usług lotniskowej osłony meteorologicznej*
EPWA	min. 95 %
EPGD	
EPKK	
EPKT	
EPRZ	
EPPO	
EPWR	
EPLL	min. 70 %
EPSC	
EPMO	
EPBY	
EPZG	min. 50 %
EPLB	
EPRA	min. 0% Rozliczenie nastąpi na podstawie faktycznej ilości wykonanych usług zgodnie z zapisami IPU.

* Dla rozliczeń dokonywanych na koniec każdego roku kalendarzowego

Załącznik nr 3 do OPZ stanowi Formularz ilościowy dla zapewnienia służby meteorologicznej w zakresie danych i informacji meteorologicznych dla lotniskowej osłony meteorologicznej, wg poniższej tabeli:

L.p.	Nazwa Usługi	Ilość dobowa	Ilość miesięczna	Ilość za cały okres umowy
------	--------------	-----------------	---------------------	------------------------------

1.	Autoryzacja danych wychodzących z automatycznych systemów pomiarowych parametrów meteorologicznych dla potrzeb opracowania komunikatów regularnych obserwacji meteorologicznych (METAR) i lokalnych komunikatów meteorologicznych oraz włączenie własnych obserwacji niezbędnych do opracowania powyższych informacji. W przypadku awarii ww. systemów edycja komunikatów w oparciu o własne pomiary i obserwacje (w okresie pracy TWR i lotniska, jednostka miary godzina)	24 godziny	dla 28 dni – 672 dla 29 dni – 696 dla 30 dni – 720 dla 31 dni - 744	Ilość godzin w okresie umowy – 26304
2.	Dostarczanie niezbędnych informacji meteorologicznych dla potrzeb operacji startu i lądowania (w okresie pracy TWR i lotniska, jednostka miary godzina)	24 godziny	dla 28 dni – 672 dla 29 dni – 696 dla 30 dni – 720 dla 31 dni – 744	Ilość godzin w okresie umowy - 26304
3.	Dostarczanie danych do audycji ATIS w części dotyczącej warunków meteorologicznych (w okresie pracy TWR i lotniska, jednostka miary godzina)	24 godziny	dla 28 dni – 672 dla 29 dni – 696 dla 30 dni – 720 dla 31 dni – 744	Ilość godzin w okresie umowy - 26304
4.	Dostarczanie prognozy „trend” do komunikatu ATIS według ustalonych kryteriów (dla lotniska EPWA) (w okresie pracy TWR i lotniska, jednostka miary godzina)	24 godziny	dla 28 dni – 672 dla 29 dni – 696 dla 30 dni – 720 dla 31 dni – 744	Ilość godzin w okresie umowy - 26304
5.	Dostarczanie komunikatów meteorologicznych METAR dla poszczególnych lotnisk oraz ich udostępnienie w systemie wymiany danych. Podane dane odnoszą się do jednej lokalizacji	48 depesze	dla 28 dni – 1344 dla 29 dni - 1392 dla 30 dni – 1440 dla 31 dni – 1488	52608 depesz
6	Dostarczanie komunikatów meteorologicznych TAF FC	8 depesze	dla 28 dni – 224 dla 29 dni – 232	8768 depesz

	w tym zmian do nich dla poszczególnych lotnisk oraz ich udostępnienie w systemie wymiany danych. Podane dane odnoszą się do jednej lokalizacji		dla 30 dni – 240 dla 31 dni – 248	
7	Dostarczanie komunikatów meteorologicznych TAF FT w tym zmian do nich dla poszczególnych lotnisk oraz ich udostępnienie w systemie wymiany danych. Podane dane odnoszą się do jednej lokalizacji	4 depesze	dla 28 dni – 112 dla 29 dni – 116 dla 30 dni – 120 dla 31 dni – 124	4384 depesz
8	Dostarczanie ostrzeżeń lotniskowych według ustalonych kryteriów dla poszczególnych lotniska oraz ich udostępnienie w systemie wymiany danych (w okresie pracy TWR i lotniska, jednostka miary godzina)	24 godziny	dla 28 dni – 672 dla 29 dni – 696 dla 30 dni – 720 dla 31 dni – 744	Ilość godzin w okresie umowy - 26304
9	Dostarczanie lotniskowych informacji klimatologicznych poszczególnych lotnisk	Ryczałt miesięczny		
10	Realizacja odprawy meteorologicznej, konsultacji oraz przygotowanie i dostarczenie dokumentacji meteorologiczno-lotniczej dla potrzeb użytkowników i członków załóg lotniczych (w okresie pracy TWR i lotniska, jednostka miary godzina).	24 godziny	dla 28 dni – 672 dla 29 dni – 696 dla 30 dni – 720 dla 31 dni – 744	Ilość godzin w okresie umowy - 26304
11	Dostarczanie innych informacji meteorologicznych o które zwrócą się organy ATS na wniosek pilotów (w okresie pracy TWR i lotniska, jednostka miary godzina).	24 godziny	dla 28 dni – 672 dla 29 dni – 696 dla 30 dni – 720 dla 31 dni – 744	Ilość godzin w okresie umowy - 26304

Podane dane odnoszą się do jednego lotniska.

Powyższe dane zostały odzwierciedlone w Formularzu cenowym (Załącznik nr 3a do SIWZ). Zamawiający na mocy zmian do SIWZ z dnia 12 i 17 września 2014 r. dokonał podziału Formularzy cenowych na poszczególne lotniska i wprowadził formularze dla każdego z lotnisk odrębnie (tabele od a) do m)).

Zgodnie z Opiszem sposobu obliczenia ceny (Rozdział XII SIWZ) Zamawiający wskazał, że:

1. *„Wykonawca w przedstawionej ofercie winien zaoferować cenę kompletną za realizację przedmiotu zamówienia w przewidywanym okresie obejmującą maksymalne ilości produktów przewidziane do realizacji w tym okresie.*
2. *Wykonawca oblicza cenę oferty (zgodnie z drukiem Formularz cenowy, który stanowi Załącznik nr 3a do SIWZ) w oparciu o maksymalną liczbę i rodzaje usług wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia. Cena oferty stanowi sumę wartości poszczególnych tabel Formularza cenowego [suma sum z tabel od a) do m) Formularza cenowego]”.*

Zmiany wprowadzone w zakresie Opisu sposobu obliczenia ceny w stosunku do pierwotnego brzmienia SIWZ dotyczyły jedynie wskazania zakresu tabel („od a) do e)” według SIWZ z dnia 21 sierpnia 2014 r., do zmiany polegającej na określeniu: od „a) do m)” na mocy modyfikacji SIWZ z dnia 17 września 2014 r. Modyfikacja z dnia 2 października 2014 r. nie objęła przedmiotowych zapisów.

W załączniku nr 2 do SIWZ – Istotne Postanowienia Umowy – Zamawiający określił w § 3 ust. 9, że:

„Zamawiający zastrzega minimalną ilość dostarczonych usług lotniskowej osłony meteorologicznej w ujęciu procentowym określoną w Załączniku nr 8 do Umowy. Zgodnie z § 6 ust. 3 o jakichkolwiek zmianach w zakresie ilości zamawianych usług Zamawiający poinformuje pisemnie Wykonawcę. Zmiana zakresu usług może być spowodowana zmianą liczby godzin pracy służb ruchu lotniczego (TWR), wynikających z: utraty lub zawieszenia certyfikatu lotniska, zamknięcia lotniska, braku zapotrzebowania zarządzającego portem na służby kontroli ruchu lotniczego, zawieszenia pracy służb kontroli ruchu lotniczego. W przypadku, jeżeli zakres pobranych przez ZAMAWIAJĄCEGO usług w okresie obowiązywania Umowy będzie mniejszy od określonych w § 1 ust. 1, i nie mniejszy niż określony w Załączniku nr 8 do Umowy, WYKONAWCY nie przysługują z tego tytułu jakiegokolwiek roszczenia względem ZAMAWIAJĄCEGO”.

Załącznik nr 8 do IPU zawiera minimalne ilości usług lotniskowej osłony meteorologicznej w ujęciu procentowym – tożsame, jak w Załączniku nr 7 do OPZ.

Zgodnie z § 1 ust. 1 IPU: *„WYKONAWCA zobowiązuje się dostarczać ZAMAWIAJĄCEMU dane i informacje meteorologiczne określone w Załączniku nr 1 i Załączniku nr 2 do Umowy w celu realizacji przez ZAMAWIAJĄCEGO jego zadań zgodnie z delegacją ustawową wynikającą z art. 133 ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. Prawo lotnicze (Dz.*

U. z 2012 r. poz. 933 z późniejszymi zmianami) oraz postanowieniami rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 3 października 2013 roku w sprawie osłony meteorologicznej lotnictwa cywilnego (Dz. U. z 2013r. poz. 1202), a także zgodnie z przepisami zawartymi w Załączniku 3 do Konwencji Międzynarodowej Organizacji Lotnictwa Cywilnego (ICAO). WYKONAWCA zobowiązuje się świadczyć powyższe usługi w ilości wskazanej w Załączniku nr 8 do Umowy z zastrzeżeniem możliwości skorzystania przez ZAMAWIAJĄCEGO z prawa opcji o którym mowa w § 3 ust. 9 Umowy”.

W § 3 ust. 1 IPU Zamawiający określił, że: „Strony ustalają, że przy założeniu maksymalnego wykorzystania przez Zamawiającego Prawa opcji, o której mowa w ust. 9 poniżej, maksymalne wynagrodzenie za usługi świadczone przez WYKONAWCĘ na rzecz ZAMAWIAJĄCEGO, w okresie obowiązywania Umowy, określone w Załączniku nr 6 do Umowy wyniesie: zł netto (słownie:) powiększone o podatek VAT naliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami, co daje cenę brutto w wysokości (słownie:) zwane dalej Ceną Umowy”.

Załącznik nr 6 do IPU stanowi Formularz cenowy wykonawcy – tożsamy z Załącznikiem 3a do SIWZ.

Izba oceniając treść SIWZ, z uwzględnieniem dokonanych przez Zamawiającego modyfikacji, w kontekście postawionych w odwołaniu zarzutów, nie znalazła podstaw do uznania, by Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, utrudniający uczciwą konkurencję, czy naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, w szczególności co do określenia prawa opcji. Przeciwnie, Zamawiający w sposób precyzyjny określił gwarantowaną minimalną ilość usług, co pozwala wykonawcom zminimalizować ryzyko przy kalkulowaniu swojej oferty. Zamawiający w sposób szczegółowy i identyczny dla wszystkich potencjalnych wykonawców określił także warunki przyszłej umowy wraz z podaniem tej części zamówienia, której realizacja jest zagwarantowana, jak również części zamówienia, objętej prawem opcji, przy jednoczesnym określeniu sytuacji mogących mieć wpływ na realizację tego prawa (por. wyrok KIO z dnia 14 października 2013 r., sygn. akt KIO 2172/13; KIO 2177/13).

Z istoty prawa opcji wynika dopuszczalność nałożenia na wykonawców obowiązku wycenienia i przewidzenia w ramach ich ofert pewnego zakresu ryzyk związanego z niepewnością, co do kształtu przyszłego przedmiotu zamówienia. Prawo opcji jest to bowiem instytucja, która stwarza po stronie zamawiającego zobowiązanie do realizacji zamówienia jedynie w zakresie zadeklarowanym, natomiast uprawnieniem zamawiającego jest żądanie

realizacji zamówienia w zakresie poszerzonym, natomiast obowiązkiem wykonawcy jest realizacja zamówienia w całości, to jest w zakresie zadeklarowanym i poszerzonym. Wykonawcy nie przysługuje natomiast prawo domagania się realizacji zamówienia w zakresie poszerzonym, jeśli zamawiający nie skorzysta ze swego uprawnienia do opcji w toku realizacji umowy (por. wyrok KIO z dnia 28 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1168/13; wyrok KIO z dnia 14 października 2013 r., sygn. akt KIO 2172/13; KIO 2177/13). Jednocześnie, w niniejszym postępowaniu Zamawiający, odpowiednio do specyfiki przedmiotu zamówienia oraz własnych uzasadnionych potrzeb, podjął działania w celu zminimalizowania owej niepewności, co do kształtu przedmiotu zamówienia i zobowiązań wykonawców. Określił bowiem precyzyjnie minimalny zakres gwarantowanych usług, jak również enumeratywnie wymienił okoliczności mogące mieć wpływ na realizację prawa opcji.

Prawo opcji jest w sposób integralny związane z przedmiotem zamówienia, a tym samym musi zostać opisane z uwzględnieniem dyrektyw wynikających z art. 29 Pzp. W niniejszej sprawie, w ocenie Izby, Zamawiający nie uchybił tym dyrektywom, w szczególności brak było podstaw do przyjęcia, że przyjęty sposób opisu przedmiotu zamówienia, w tym prawa opcji, może utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 Pzp). W toku rozprawy Odwołujący wskazał m.in., że pomimo formalnej równości, każdy oferent musi sporządzić kalkulację na 100%, w tym kalkulację kosztów stałych, podczas gdy wiadomo, że 100% usług nie będzie wykorzystane. Utrudnienia uczciwej konkurencji Odwołujący upatrywał w istocie w tym, że to wykonawcy muszą sami dokonać szacunków i symulacji, jaki zakres będzie faktycznie świadczony. W ocenie Odwołującego równość i uczciwą konkurencję może zapewnić jedynie przyjęcie, że oferta ma być sporządzona na gwarantowaną ilość usług.

Izba nie znalazła żadnych podstaw do uwzględnienia wywodów i argumentacji Odwołującego, jak również Przystępującego. Przedmiotem niniejszego postępowania jest pełen zakres, zarówno gwarantowany, jak i opcjonalny. Zasadnie podnosił Zamawiający, że wykonawcy w identycznym zakresie zobowiązani są do wyceny swojej oferty z uwzględnieniem pełnego zakresu przedmiotu zamówienia. Izba w swoim orzecznictwie wskazuje, że cena oferty jest ceną za cały zakres zamówienia – łącznie z opcją (por. wyrok KIO z dnia 28 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1168/13). Przyjęcie wyceny oferty jedynie na część gwarantowaną powodowałoby, że wyceną nie zostałyby objęta pozostała część zamawianego zadania, stanowiąca element tego samego zamówienia, która brana jest pod uwagę przy ustalaniu łącznej wartości szacunkowej i która – w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji – musi zostać wykonana przez wykonawcę. W konsekwencji, Izba nie uznała zasadności żądań zmierzających do nakazania Zamawiającemu zmiany przedmiotu zamówienia i opisu sposobu obliczenia ceny w ten sposób, by w odpowiednich formularzach (m.in. Załącznik nr 3 do OPZ, Załącznik nr 3a do SIWZ, Załącznik nr 8 do IPU)

zostały podane jedynie ilości dostosowane do minimalnej ilości gwarantowanej (obecne wielkości pomniejszone odpowiednio według procentowych wielkości wskazanych w ramach minimalnej ilości gwarantowanej), ani by w Rozdziale XII SIWZ przyjęte zostało, iż wyliczenie ceny będzie oparte o gwarantowaną liczbę i rodzaj usług. Zamawiający zasadnie przy tym argumentował, że Odwołujący błędnie wywodzi, iż w skutek zmiany prawa opcji nastąpiło zmniejszenie przedmiotu zamówienia. Jest nim bowiem pełen zakres, zarówno gwarantowany, jak i opcjonalny i zakres ten powinien zostać wyceniony przez wykonawców starających się o uzyskanie zamówienia. W obowiązku tym nie sposób dopatrywać się możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji.

Odwołujący oparł swoje zarzuty także na tezie, że powszechną zasadą jest, iż usługi nie są wykorzystywane na 100%, a na niektórych lotniskach opcje w ogóle nie zostaną wykorzystane. Twierdzenie takie nie może jednak stanowić argumentu dla wykazania zarzucanych Zamawiającemu naruszeń. Zasadnie podnosił w tym zakresie Zamawiający, że Odwołujący nie przedstawił dowodów, ani rzeczowych argumentów, które pozwoliłyby przyjąć w sposób nie budzący wątpliwości, że w tym przypadku nie będzie realizowany cały zakres zamówienia. Jednocześnie, Zamawiający przedłożył dowód w postaci pisma Zarządzającego lotniskiem Warszawa Modlin z dnia 18 września 2014 r., którym w sposób wiarygodny wykazał, okoliczność, że zakres zamówienia może przekraczać zakresy gwarantowane. W przedmiotowym piśmie Zarządca zwrócił się do PAŻP o całodobowe zapewnienie służby kontroli ruchu lotniczego. Izba w pełni uznała wartość dowodową przedmiotowego pisma.

W myśl art. 34 ust. 5 Pzp, jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Obowiązek precyzyjnego opisanie zakresu, jakiego prawo opcji dotyczy nie oznacza, że Zamawiający musi kalkulować i określać na etapie tworzenia specyfikacji, jaki procent z zakresu objętego prawem opcji może nie zostać wykorzystany. Prawem zamawiającego jest przyjęcie założenia, że realizacja zamówienia będzie wymagała konieczności wykorzystania pełnego zakresu prawa opcji. Dla zapewnienia uczciwej konkurencji przy kalkulowaniu ceny oferty konieczne jest określenie w sposób precyzyjny zakresu, jakiego prawo opcji dotyczy oraz wskazanie tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz tej części, której realizacja będzie uzależniona od decyzji zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji, co w tym postępowaniu zostało przez Zamawiającego uczynione. Jak wskazano wcześniej zamawiający uprawniony jest do żądania otrzymania wyceny oferty na cały zakres przedmiotu zamówienia. To w jaki sposób zostanie to uczynione przez oferenta, w szczególności, czy wykonawca kalkulując swoją

ofertę przyjmie – według posiadanego doświadczenia, znajomości rynku, etc. – iż pewien zakres może nie zostać w ostateczności zrealizowany, stanowi własną decyzję wykonawcy, wynik jego strategii kalkulowania oferty, budowania ceny i przyjęcia zgody na poniesienie ryzyk wynikających z tego rodzaju założeń. Nie zasługuje natomiast na aprobatę próba przeniesienia na Zamawiającego ryzyk gospodarczych, które w naturalny sposób obciążają wykonawcę przy kalkulowaniu swojej oferty, w dodatku gdy wynikają one z istoty prawa opcji. Okoliczność podnoszona w tym zakresie przez Przystępującego, że w tym postępowaniu na rynku jest tylko dwóch potencjalnych wykonawców, a żaden z nich nie będzie chciał kalkulować oferty na 100%, tylko na to, co jest rzeczywiste, nie może świadczyć o tym, by Zamawiającemu można było przypisać naruszenie wskazanych w odwołaniu regulacji Prawa zamówień publicznych. Zamawiający wskazując wykonawcom zakres gwarantowany, zakres objęty prawem opcji i okoliczności mogące mieć wpływ na jego realizację, zapewnił możliwość skalkulowania oferty w ramach uczciwej konkurencji między przedsiębiorcami, przy jednoczesnym zminimalizowaniu ryzyk wynikających z zastosowania prawa opcji. To, że wykonawcy w ramach własnej decyzji i strategii kalkulacji ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia przyjmują założenie, że w praktyce ostatecznie „rzeczywisty” zakres może być mniejszy, nie stanowi argumentu przemawiającego za tezą o utrudnieniu uczciwej konkurencji. Tym bardziej, jeżeli zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego i Przystępującego – z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, ograniczenia i bariery o charakterze organizacyjnym – o udzielenie zamówienia będą ubiegały się tylko te dwa podmioty, posiadające odpowiednie certyfikaty wraz ze specyfikacjami. Muszą więc one znać specyfikę tego sektora usług, w tym posiadać wiedzę, co do ilości wykorzystywanych usług, wynikającą z dotychczasowego doświadczenia i praktyki. To, w jaki sposób zasoby w postaci tej wiedzy zostaną wykorzystane i jakie ryzyka zostaną wkalkulowane w cenę oferty należy do własnej decyzji wykonawców, dla których Zamawiający określił przedmiot zamówienia, w tym prawo opcji w sposób jednoznaczny i identyczny.

Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów Prawa zamówień publicznych. Zarzuty podniesione w tym zakresie zmierzały, w ocenie Izby, nie tyle do wyeliminowania niezgodności działań Zamawiającego z przepisami prawa, co do ukształtowania jak najkorzystniejszych z punktu widzenia wykonawcy warunków realizacji zamówienia. Izba podkreśla, że środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie Pzp służą ochronie wykonawców przed niezgodnymi z prawem działaniami lub zaniechaniami zamawiających (art. 180 ust. 1, art. 192 ust. 2 ustawy Pzp), nie mogą one natomiast stanowić narzędzia kształtowania przez wykonawców korzystnych dla siebie postanowień. Takie dążenia wykonawców nie są objęte ochroną prawną i nie mogą stanowić podstawy uwzględnienia odwołania.

W odniesieniu do zarzut z pkt 3) odwołania, Odwołujący ze względu na zmianę SIWZ dokonaną w dniu 2 października 2014 r., wniósł o nie orzekanie przez Izbę w zakresie tego zarzutu. W istocie należało uznać, że Odwołujący cofnął przedmiotowy zarzut odwołania, gdyż nie można inaczej rozumieć wniosku, by Izba nie rozstrzygała o nim w rozstrzygnięciu końcowym. Jedynie dodatkowo należy wskazać, że zgodnie z orzecznictwem Izby, w sytuacji kiedy, co do części podniesionych zarzutów spór nie występuje, uznać należy, iż prowadzenie w tym zakresie postępowania staje się bezprzedmiotowe (por. wyrok KIO z dnia 22 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2438/12; wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 766/13; KIO 767/13). W niniejszej sprawie Zamawiający podkreślił jednocześnie, że dokonane zmiany stanowią spełnienie oczekiwań wykonawców, które uwzględnione zostały z uwagi na celowość tego postępowania, a więc zapewnienie osłony meteorologicznej. Nie można w tym stanowisku upatrywać przyznania do dopuszczenia się naruszeń, a w dodatku nie zaistniałaby w tym przypadku, wobec dokonanej modyfikacji, przesłanka z art. 192 ust. 2 Pzp.

Nie zasługiwał na uwzględnienie także zarzut z pkt 4) odwołania.

W pierwotnej wersji SIWZ z dnia 21 sierpnia 2014 r., Zamawiający w treści Załącznika nr 2 do SIWZ – Istotne Postanowienia Umowy – przewidział w § 2 ust. 2 wzoru umowy prawo naliczenia wykonawcy kary umownej:

„(...)

2.2. za każdy parametr, w przypadku nieosiągnięcia zakładanych parametrów w danym miesiącu rozliczeniowym, określonych w Załączniku 5 do Umowy, w wysokości 0,03% miesięcznego wynagrodzenia brutto, wyliczonego na podstawie zamówionych przez Zamawiającego w danym miesiącu rozliczeniowym usług będących Przedmiotem Umowy.

2.3. za każdy przypadek przekazania sprzecznych danych meteorologicznych w odniesieniu do danego rodzaju parametru i danego miejsca i czasu, o których mowa w § 1 ust. 24 Umowy w wysokości 0,03% miesięcznego wynagrodzenia brutto, wyliczonego na podstawie zamówionych przez Zamawiającego w danym miesiącu rozliczeniowym usług będących Przedmiotem Umowy”.

W następstwie modyfikacji treści SIWZ z dnia 12 września 2014 r., kara umowna została zastrzeżona w następujący sposób:

„2.2. za każdy parametr, w przypadku nieosiągnięcia zakładanych parametrów w danym miesiącu rozliczeniowym, określonych w Załączniku 5 do Umowy z wyjątkiem sprawdzalności prognoz TAF i TREND, w wysokości 0,4% miesięcznego wynagrodzenia brutto w części dotyczącej lotniska, na którym nastąpiło obniżenie parametru, wyliczonego

na podstawie zamówionych przez Zamawiającego w danym miesiącu rozliczeniowym usług będących Przedmiotem Umowy.

2.3. za każdy przypadek przekazania sprzecznych danych meteorologicznych rozpowszechnianych przez MBN (ośrodek wymiany danych) w stosunku do informacji przesyłanych przez Wykonawcę poprzez dedykowany serwis INTRNETOWY w odniesieniu do danego rodzaju parametru i danego miejsca i czasu, o których mowa w § 1 ust. 24 Umowy w wysokości 0,4% miesięcznego wynagrodzenia brutto w części dotyczącej lotniska, na którym nastąpiło przekazanie sprzecznych danych , wyliczonego na podstawie zamówionych przez Zamawiającego w danym miesiącu rozliczeniowym usług będących Przedmiotem Umowy”.

W Załączniku nr 5 do IPU Zamawiający uregulował gwarancję jakości świadczonej usługi meteorologicznej. Przedmiotowym dokumentem określono zasady gwarantowania przez dostawcę usługi osłony meteorologicznej wartości mierników dla jakości świadczonej usługi osłony meteorologicznej w odniesieniu do poszczególnych produktów. Dokument ten zawiera także charakterystykę produktów usługi oraz mierników odnoszących się do poziomu zapewnianej usługi. W pkt 3 Załącznika Zamawiający wskazał mierniki poziomu świadczonej usługi, w tym m.in. charakterystykę metodyk sprawdzalności prognoz w ujęciu miesięcznym oraz szczegółowe zastosowanie mierników do produktów usługi. Zamawiający określił także charakterystykę prowadzenia monitoringu usługi (pkt 4), wskazując m.in., że wykonawca przedstawia comiesięcznie (do 10 każdego miesiąca) zestawienia w postaci tabelarycznej mierników sprawdzalności. W postanowieniach końcowych (pkt 6) Zamawiający wskazał m.in., że brak realizacji przyjętego poziomu zapewnianej usługi należy rozumieć jako sumę zdarzeń niezależnych.

Istota zarzutu dotyczyła wysokości kar umownych z § 2 ust. 2 pkt 2.2. i 2.3 IPU, będących w ocenie Odwołującego karami nadmiernymi, jak również braku symetrii między karami przewidzianymi dla wykonawcy, a karami przewidzianymi dla Zamawiającego. W toku postępowania Odwołujący wycofał z podstawy prawnej zarzutu przepis art. 7 ust. 1 Pzp oraz przepis art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Brak podstaw do uznania, by wysokość kar umownych, zastrzeżonych w identyczny sposób dla potencjalnych wykonawców, mogła powodować ich nierówne traktowanie. Ponadto, należy wskazać, że materia dotycząca wysokości przewidzianych kar umownych, czy sposobu ich wzajemnego rozłożenia, nie stanowi sama w sobie elementu przedmiotu zamówienia, gdyż nie dotyczy zakresu czy sposobu świadczenia usługi, ale jest mechanizmem prawnie dopuszczalnym zastrzeżanym na wypadek nieprawidłowego wywiązywania się przez wykonawcę ze swoich obowiązków lub nie wywiązywania się w ogóle (por. uzasadnienie wyroku KIO z dnia 23 stycznia 2014 r.,

sygn. akt KIO 2938/13). W tej sytuacji stawianie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 29 ust. 1 i 2 Pzp, było działaniem chybionym, jednak jak wskazano wcześniej, Odwołujący wyłączył te przepisy z podstawy prawnej zarzutu.

W pozostałym podtrzymanym przez Odwołującego zakresie, Izba nie znalazła podstaw do uznania, by w niniejszej sprawie doszło do naruszenia art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 14 Pzp w zw. z art. 353¹ Kc i art. 5 Kc.

Należy wskazać w tym miejscu na treść art. 180 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby (por. ww. wyrok) naruszenia przepisów innych ustaw mogą być przedmiotem zarzutów odwołania, o ile ustawa bezpośrednio do nich odsyła oraz o ile przepisy te mają charakter przepisów *ius cogens*, albowiem w przypadku norm dyspozytywnych trudność stanowi wyprowadzenie z nich nakazu konkretnego zachowania, który to nakaz może być naruszony w drodze działania lub zaniechania zamawiającego”.

W niniejszej sprawie, Izba nie dopatrzyła się w kwestionowanym przez Odwołującego działaniu Zamawiającego naruszenia przepisów bezwzględnie obowiązujących.

Podniesione w tym zakresie zarzuty odwołania zostały przy tym sformułowane w sposób bardzo ogólny. Odwołujący nie wskazał rzeczowych argumentów, ani nie wykazał, by postanowienia wzoru umowy mogły sprzeciwiać się właściwości (naturze) przyszłego stosunku prawnego, ustawie, ani zasadom współżycia społecznego. Nie wykazano ponadto, by działanie Zamawiającego naruszało klauzule generalne z art. 5 Kc, przy czym Odwołujący nie skonkretyzował z jakimi konkretnymi zasadami współżycia społecznego miałyby pozostawać w sprzeczności działanie Zamawiającego, jak również kwestie te nie wynikały bezpośrednio z okoliczności przywołanych w treści odwołania.

Ponadto, Odwołujący nie wykazał podnoszonej okoliczności, iż w okresie rozliczeniowym może być kilka tysięcy parametrów, co miałyby świadczyć o możliwości zaistnienia sytuacji, że kary umowne przekroczą wielokrotnie wartość umowy. Przykładowo, Odwołujący, który sam wskazał, że w obecnie obowiązującej umowie także występują kary umowne, nie przedstawił Izbie przykładów świadczących o tym, że w praktyce występują faktycznie tego rodzaju sytuacje oraz, że Zamawiający nalicza kary w odniesieniu do tysięcy parametrów. Jednocześnie, twierdzenia Odwołującego nie znajdują potwierdzenia w treści SIWZ. Zamawiający w toku postępowania podniósł, że w treści SIWZ wskazano na gwarancję świadczenia usług, która będzie podstawą określenia, czy w danym parametrze zaistniał błąd. Podkreślono jednocześnie, że jest 11 parametrów dla każdego lotniska, a

sprawdzenie poprawności parametrów będzie dokonywane miesięcznie. Dopiero zaś poziom miesięcznej usługi, który nie wypełni minimalnych wymogów będzie stanowił podstawę do naliczenia kary. Wskazano przy tym, że w danej lokalizacji, w ujęciu miesięcznym kara umowna nie może przekroczyć poziomu 4,4 % miesięcznego wynagrodzenia brutto. Odwołujący nie przedstawił zaś argumentów, ani dowodów, które mogłyby świadczyć przeciwko stanowisku Zamawiającego, a tym samym nie udowodnił postawionej tezy o nadmierności zastrzeżonych kar umownych, mającej wynikać z możliwości naliczenia kar względem tysięcy parametrów.

Należy następnie wskazać na poglądy Izby zawarte w dotychczasowych orzecznictwie, w którym wyrażono, iż elementy takie, jak kary umowne, nie muszą być symetryczne dla wykonawcy i Zamawiającego, a niejednakowy rozkład kar umownych nie świadczy sam w sobie o braku ekwiwalentności świadczeń. Dysproporcje w karach umownych mogą wynikać z samego charakteru stosunku prawnego łączącego strony i nie muszą oznaczać nierówności stron, a rozpatrzenie pełnego zrównoważenia interesów stron, pozostaje poza kognicją Izby, bowiem Izba nie pełni funkcji mediacyjnej, a jedynie weryfikuje czynności zamawiającego pod względem przestrzegania obowiązującego wzorca postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opisanego w ustawie Pzp (por. wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2970/13; wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1238/13; wyrok KIO z dnia 25 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1475/12; KIO 1476/12).

Ponadto, należy wskazać na konieczność postrzegania kar umownych przez pryzmat przedmiotu niniejszego postępowania, obszaru którego on dotyczy, jak również faktu, że działania Zamawiającego podejmowane są w interesie publicznym, na rzecz szerszej zbiorowości i związane są z funkcjonowaniem sektora o bardzo istotnym znaczeniu. Zapewnienie osłony meteorologicznej pozostaje w nierozdzielalnym związku z bezpieczeństwem ruchu lotniczego i wpływa na sprawność ruchu lotniczego. Konsekwencje braku należytego wykonania usługi odnoszą się do wartości, które muszą zostać uznane za nadrzędne nad majątkowym interesem wykonawcy, który dąży do zminimalizowania ryzyka gospodarczego i wielkości ewentualnych kar umownych – zwłaszcza, gdy po stronie wykonawcy zawsze istnieje możliwość sądowego dochodzenia miarkowania nałożonych kar umownych. Przyjęty w tym przypadku przez Zamawiającego mechanizm kar umownych oraz ich wysokość należy uznać za w pełni uzasadniony instrument prawny służący zapewnieniu niezbędnego poziomu właściwej realizacji przedmiotu zamówienia. W tym zakresie, w ocenie Izby, zarzuty odwołania także zostały nakierowane nie na wyeliminowanie niezgodności działań Zamawiającego z przepisami prawa, ale na ukształtowanie bardziej korzystnych dla wykonawcy warunków realizacji zamówienia.

Mając wszystko powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, zaliczając w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego (§ 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: