

Sygn. akt KIO 1807/14

WYROK
z dnia 24 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Anna Chudzik
Członkowie:	Dagmara Gałczewska-Romek Magdalena Grabarczyk
Protokolant:	Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 września 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2014 r. przez **Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Agencję Żeglugi Powietrznej z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **IBCOL Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 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 (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Agencja Żeglugi Powietrznej – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *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.*

W dniu 1 września 2014 r. wykonawca Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 39 i art. 4 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 9 Rozporządzenia (WE) nr 550/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dnia 10 marca 2004 r. w sprawie zapewniania służb nawigacji lotniczej w Jednolitej Europejskiej Przestrzeni Powietrznej oraz Załącznikiem nr 1 do Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) nr 391/2013 z dnia 3 maja 2013 r. ustanawiającego wspólny system opłat za korzystanie ze służb żeglugi powietrznej,
- 2) art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 127 ust. 1 ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. - Prawo lotnicze (Dz. U. z 2013 r. poz. 1393, z późn. zm.), § 4 ust. 1 pkt 13 lit. c 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) oraz art. 7 Rozporządzenia nr 550/2004, poprzez wprowadzenie warunku udziału w przetargu, iż wykonawca musi posiadać certyfikat instytucji zapewniającej służby żeglugi powietrznej, bez doprecyzowania, jaki jest wymagany zakres certyfikatu,
- 3) art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, na skutek nieprecyzyjnego określenia jego zakresu, w tym na skutek nieuwzględnienia decyzji Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 17 kwietnia 2014 r., wydanej na podstawie art. 127 ust. 3 Prawa lotniczego oraz z art. 9 Rozporządzenia nr 550/2004, a w rezultacie w sposób niepozwalający oferentom na identyfikację – w sposób jednoznaczny – zakresu usług objętych zamówieniem,
- 4) art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, na skutek nieprawidłowego zastosowania prawa opcji,

- 5) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz innych przepisów wymienionych w odwołaniu, poprzez sformułowanie w sposób naruszający prawo opisu przedmiotu zamówienia w zakresie omówionym w punkcie V uzasadnienia do odwołania,
- 6) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 483 § 1 i art. 487. § 2 k.c. przez nieprawidłowe określenie postanowień przyszłej umowy, w tym dotyczących kar umownych.

Ad 1) Odwołujący podniósł, że według stanu na dzień opublikowania ogłoszenia o przetargu, IMGW-PIB na podstawie decyzji Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 17 kwietnia 2014 r., wydanej w oparciu o art. 127 ust. 3 Prawa lotniczego oraz Rozporządzenia nr 550/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 10 marca 2004 r. w sprawie zapewnienia służb żeglugi powietrznej w Jednolitej Europejskiej Przestrzeni Powietrznej oraz § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 14 maja 2013 r. w sprawie sposobu wyznaczania instytucji zapewniających służby żeglugi powietrznej posiada wyznaczenie, uprawniające go do pełnienia meteorologicznej osłony lotnictwa cywilnego na zasadzie wyłączności w następujących obszarach i terminach:

1) na okres do 31 grudnia 2019 r.:

- a) w przestrzeni niekontrolowanej rejonu informacji powietrznej FIR Warszawa - dla Służby Informacji Powietrznej (FIS) oraz użytkowników przestrzeni powietrznej wykonujących loty w tej przestrzeni;
- b) w całym rejonie informacji powietrznej (FIR) Warszawa dla potrzeb lotów poszukiwawczo-ratowniczych;
- c) w całym rejonie informacji powietrznej (FIR) Warszawa do realizacji zadań Meteorologicznego Biura Nadzoru, obejmujących: zadania określone w rozdziale 3 pkt. 3.4.2 Załącznika 3 do konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym, realizację krajowej i międzynarodowej wymiany informacji meteorologicznych, dostarczanie informacji meteorologicznych dla regularnej transmisji radiowej informacji meteorologicznych dla statków powietrznych w locie, rozpowszechnianie specjalnych meldunków z powietrza
- d) w całym rejonie informacji powietrznej (FIR) Warszawa dla Służby Kontroli Obszaru (ACC) oraz użytkowników przestrzeni powietrznej wykonujących loty pod nadzorem ACC;

2) na okres do 31 grudnia 2014 r.:

- a) w rejonach kontrolowanych lotnisk i węzłów lotnisk (TMA) - dla Służby Kontroli Zbliżania (APP) oraz użytkowników przestrzeni powietrznej wykonujących loty w rejonach: Warszawa (EPWA); Kraków (EPKK); Gdańsk (EPGD); Poznań (EPPO);

Szczecin (EPSC); Rzeszów (EPRZ); Łódź (EPLL); Bydgoszcz (EPBY); Zielona Góra (EPZG);

- b) strefach kontrolowanych lotnisk (CTR) - dla Służby Kontroli Lotniska (TWR) oraz użytkowników przestrzeni powietrznej wykonujących loty w tych strefach: Warszawa (EPWA); Kraków (EPKK); Gdańsk (EPGD); Poznań (EPPO); Szczecin (EPSC); Wrocław (EPWR); Rzeszów (EPRZ); Katowice (EPKT); Bydgoszcz (EPBY); Łódź (EPLL); Zielona Góra (EPZG).

Równocześnie przedmiot zamówienia obejmuje usługi wymienione w punkcie 2 powyżej, a także niektóre spośród usług wymienionych w punkcie 1 powyżej, objęte wyłącznością świadczenia usługi przez Odwołującego IMGW-PIB. Tym samym, skoro IMGW-PIB pełni osłonę meteorologiczną lotnictwa cywilnego na zasadzie wyłączności w polskiej przestrzeni powietrznej, brak w chwili obecnej podstaw do wyłaniania przez Zamawiającego wykonawcy w trybie przetargu nieograniczonego. Przetarg nieograniczony, jak wskazuje judykatura i doktryna, jest trybem przewidzianym do uczestniczenia w nim nieograniczonej liczby niezindywidualizowanych wykonawców. W przedmiotowym przetargu sytuacja taka nie występuje, nie występuje tu bowiem potencjalna możliwość ubiegania się o zamówienie nieograniczonej ilości nieskonkretyzowanych na etapie ogłoszenia o wszczęciu procedury przetargowej oferentów, co przesądza o zasadności postawionego zarzutu.

Odwołujący podniósł, że w obecnym stanie prawnym rynek osłony meteorologicznej lotnictwa cywilnego nie jest rynkiem uwolnionym w rozumieniu przepisów prawa. Jak wynika z punktu 15 Preambuły do Rozporządzenia nr 550 i z art. 9 ust. 1 tego Rozporządzenia, Państwa Członkowskie, na podstawie własnych analiz oraz uwarunkowań związanych z bezpieczeństwem, powinny wyznaczyć jednego lub więcej dostawców służb meteorologicznych w odniesieniu do całości bądź części przestrzeni powietrznej będącej w ich zakresie odpowiedzialności, bez potrzeby organizowania przetargów. Rynek osłony meteorologicznej lotnictwa cywilnego nie został dotychczas uznany za rynek konkurencyjny.

Ad 2) Odwołujący podniósł, że w zakresie prowadzenia osłony meteorologicznej lotnictwa cywilnego, zgodnie z obowiązującymi przepisami (art. 127 ust. 1 Prawa lotniczego, § 4 ust. 1 pkt 13 lit. c rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 marca 2013 r. w sprawie certyfikacji działalności w lotnictwie cywilnym oraz art. 7 Rozporządzenia nr 550/2004), działalność służb meteorologicznych w lotnictwie cywilnym wymaga posiadania certyfikatu instytucji zapewniającej służby żeglugi powietrznej (ANSP - Air Navigation Service Provider, Instytucja Zapewniająca Służby Żeglugi Powietrznej).

Zgodnie z art. 161 ust. 1 i 2 Prawa lotniczego, certyfikację przeprowadza, na wniosek zainteresowanego podmiotu, Prezes Urzędu Lotnictwa Cywilnego, który – w przypadku spełnienia przez podmiot wymagań ustanowionych przepisami prawa, odpowiednich dla danego rodzaju działalności – wydaje certyfikat, w którym określa nazwę podmiotu, zakres prowadzonej działalności, warunki jej prowadzenia oraz termin, na jaki certyfikat jest wydawany. W praktyce zakres przedmiotowy certyfikatów jest różny, w zależności od tego, jaką działalność wykonuje określona służba meteo. W związku z powyższym dla spełnienia wymagań ustawowych konieczne jest, aby wszystkie usługi i czynności, objęte zakresem przedmiotu zamówienia, objęte były stosownym certyfikatem.

Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący podniósł, że ustawodawca wskazując, że o zamówienie może ubiegać się wykonawca, który spełnia warunki, dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności (art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) wyraźnie wskazuje, że chodzi o uprawnienia, które umożliwiają wykonywanie działalności objętej przedmiotem zamówienia, a nie jakiegokolwiek działalności czy też działalności w zakresie węższym niż przedmiot zamówienia. Zamawiający, formułując przedmiotowy warunek bez doprecyzowania, że chodzi o działalności lub czynności objęte przedmiotem zamówienia, jak również że certyfikat ma być wydany w odniesieniu co najmniej do tego zakresu doprowadza do tego, że o zamówienie w przetargu mogą ubiegać się podmioty posiadające jakikolwiek certyfikat instytucji zapewniającej służby żeglugi powietrznej, a nie certyfikat w odpowiednim zakresie.

Ad 3) Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ, określił jako przedmiot zamówienia zapewnienie służby meteorologicznej w zakresie dostarczania danych i informacji meteorologicznych, polegające w szczególności na:

- realizacji usług na lotniskach określonych w Załączniku nr 1 pkt 2 do OPZ obejmującej zakres określony w Załączniku nr 1 pkt 1 do OPZ, z uwzględnieniem zapisów Istotnych Postanowień Umowy (punkt 1 OPZ).
- dostarczaniu lotniskowych informacji klimatologicznych dla użytkowników przestrzeni powietrznej (punkt 8 OPZ),
- a także na realizacji innych obowiązków, jak np. dokonywaniu różnych analiz, wdrażaniu procedur awaryjnych, oraz regulują takie kwestie, jak gotowość do świadczenia usług, systemy jakości. Ponadto z SIWZ wynika, że do obowiązków wykonawcy należeć będzie szereg obowiązków w zakresie dostarczania informacji i danych (biuletyny lub zestawy) w określonym czasie i w określony sposób.

I tak w tabelach 3 i 4 załącznika 4 do OPZ jako odbiorcy wpisano ATS/załogi statków powietrznych. Zamawiający nie uwzględnił okoliczności, że aby dostarczyć komunikaty METAR, prognozy TAF oraz ostrzeżenia lotniskowe do załóg statków powietrznych, muszą one zostać przesłane drogą radiową przez system VOLMET lub rozpowszechnione na wymianę krajową i/lub międzynarodową. Na oba te działania IMGW-PIB posiada zarówno certyfikat (oba działania wymienione są w specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik do certyfikatu), jak i wyznaczenie, którego ważność wygaśnie 31 grudnia 2019 r. W związku z tym inny wykonawca aniżeli IMGW-PIB nie ma prawnej, a przez to faktycznej możliwości przekazywania ww. informacji bezpośrednio na wymianę międzynarodową oraz poprzez system N/OLMET. Skoro IMGW-PIB posiada na podstawie ww. wyznaczenia wyłączność na świadczenia powyższych usług, objęcie ich zakresem umowy, jaka ma być zawarta w wyniku przetargu, w praktyce ogranicza konkurencję, bowiem nie jest jasne, jaki zakres umowy należy przyjąć dla potrzeb sporządzenia ofert cenowych. W niniejszej sprawie na przedmiot zamówienia składa się szereg odrębnych, powtarzalnych usług, każda z nich będzie musiała być wyceniona dla potrzeb sporządzenia oferty cenowej. W tej sytuacji uwzględnienie w SIWZ usług, które nie mogą być objęte zakresem przedmiotowym umowy, prowadzić będzie do niejasności interpretacyjnych, a w rezultacie do zniekształcenia ofert cenowych. Jeżeli opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, utrudnia uczciwą konkurencję i narusza równe traktowanie wykonawców, to jest to okoliczność skutkująca naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Ad 4) Odwołujący wskazał, że Zamawiający w punkcie III.11. SIWZ przewidział prawo opcji polegające na:

- przyjęciu, że świadczenie usług będących przedmiotem zamówienia na Lotnisku Radom (EPRA), którego uruchomienie może nastąpić w terminie realizacji zamówienia (podpunkt 11.1), jest jedynie opcjonalne;
- zastrzeżeniu sobie przez Zamawiającego możliwości 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.

Określony w OPZ zakres usług jest zakresem maksymalnym, a nie gwarantowanym, zaś z tytułu skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji wykonawcy nie będą przysługiwały względem Zamawiającego jakiegokolwiek roszczenia.

Zdaniem Odwołującego, tak określone prawo opcji uniemożliwia wykonawcom zidentyfikowanie zakresu usług, jakie mają być świadczone, a w rezultacie prawidłową ich wycenę dla celów sporządzenia oferty cenowej, co narusza przepis art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się na stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym 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. 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. Konstrukcja opcji dopuszcza możliwość zwiększenia zamówienia o wielkość opcjonalną, tylko bowiem w takim wariantcie możliwe jest ustalenie minimalnej wielkości zamówienia, realizowane z całą pewnością.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dopuścił się złamania przepisów ustawy Pzp, przyznając sobie prawo do arbitralnego i całkowicie dowolnego zmniejszania zamówienia, a nie jego zwiększania, i to za zaledwie 7-dniowym wyprzedzeniem. W rezultacie w treści SIWZ potencjalny oferent nie znajdzie informacji o zakresie zamówienia, jaki zostanie z pewnością zrealizowany oraz tego, jaki zostanie mu powierzony, jeżeli taka będzie wola Zamawiającego. Zamawiający, przewidując prawo opcji, jest uprawniony do określenia rozszerzenia procentowego pierwotnie określonego przedmiotu zamówienia, nie ma prawa stosowania prawa opcji do zmniejszenia zakresu zamówienia, przy czym konstrukcja ta powinna opierać się każdorazowo na wskazaniu zakresu zamówienia, którego realizacja będzie pewna i zakresu, który jest poddany prawu opcji.

Odwołujący podniósł, że o ile maksymalny zakres produktów dla każdego z lotnisk jest opisany w OPZ szczegółowo (z podaniem ilości produktów, liczby godzin i liczby dni - załącznik nr 3 do OPZ), to minimalny zakres nie jest w żadnym stopniu określony. W rezultacie wykonawca nie wie i nie ma możliwości przewidzieć, czy ograniczenie 30 % będzie dotyczyło jednego, niektórych lub wszystkich lotnisk, w jakim okresie ma to nastąpić, w jakich godzinach, a także w odniesieniu do jakich produktów dotyczyć ma prawo opcji i wreszcie którzy pracownicy (w jakich lokalizacjach) będą zbędni. Wszystkie informacje o zakresie zmniejszenia usług podawane mają być przez Zamawiającego w chwili, gdy oświadczy, że korzysta z prawa opcji i określi, w jakim zakresie to czyni. Takie uregulowanie

uniemożliwia sporządzenie oferty adekwatnej do kosztów i nie obciążonej nadmiernym ryzykiem gospodarczym, a równocześnie opracowanie rzetelnej i konkurencyjnej oferty. Nie wiadomo bowiem, w jakiej części kraju i w jakim zakresie będzie świadczył usługę, a tym samym nie może sporządzić *ex ante* kalkulacji kosztów koniecznych do poniesienia na wykonanie zamówienia, o którego wykonywanie chce się ubiegać. Zamawiający doprowadził do sytuacji, że to na potencjalnego wykonawcę spadnie całe ryzyko gospodarcze przedsięwzięcia.

Odwołujący wskazał ponadto, że istotnym składnikiem kosztów pełnienia osłony meteorologicznej lotnictwa cywilnego są koszty stałe wykonawcy, niezależne od ilości przekazywanych danych meteorologicznych (koszty osobowe, koszty najmu pomieszczeń, koszty użytkowania systemów AWOS). Zamawiający gwarantując sobie prawo opcji nie bierze pod uwagę faktu, że znacząca część kosztów ponoszonych przez wykonawcę w przypadku obniżenia ilości usług, nie ulegnie zmianie.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, Zamawiający, ustalając, że zastrzega sobie możliwość obniżenia ilości usług o maksymalnie 30 % w okresie obowiązywania umowy, nie uregulował w sposób jasny metodologii obliczania zredukowanej wielkości usług oraz nie określił, od jakiej podstawy winny być one wyliczane. Nie jest bowiem jednoznaczne, czy wskaźnik 30 % liczony winien być od wielkości bazowej, dotyczącej wszystkich lotnisk z wariantu podstawowego (bez Radomia), czy wariantu opcjonalnego, z lotniskiem w Radomiu. Równocześnie nie jest jasne, czy wyliczona według jednego z obu wariantów redukcja w ujęciu ilościowym, miałaby zmniejszyć wielkość zamówienia podstawowego, czy wielkość z uwzględnieniem opcji dotyczącej lotniska w Radomiu. Brak takiego doprecyzowania nie pozwala na jednoznaczne ustalenie wielkości przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia przygotowanie adekwatnej oferty cenowej.

Ad 5) Odwołujący podniósł, że następujące postanowienia Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ naruszają prawo:

Punkt 12 OPZ

Odwołujący wskazał, że w punkcie 12 OPZ Zamawiający postawił wymóg, aby wykonawca osiągnął gotowość do świadczenia usług nie później niż 1 grudnia 2014 r. Tymczasem SIWZ przewiduje, że termin świadczenia usługi zapewnienia służby meteorologicznej w zakresie dostarczania danych i informacji meteorologicznych w celu realizacji przez Zamawiającego służb żeglugi powietrznej został określony na okres od

1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2017 r. (§ 8 ust. 1 załącznika nr 2 do SIWZ – Istotne Postanowienia Umowy). Oznacza to, że przez pełny miesiąc przed rozpoczęciem świadczenia usług wykonawca musi być rzeczowo i kadrowo do tego świadczenia przygotowany. Wyprzedzenie to dodatkowo dotyczy wszystkich lotnisk bez wyjątku, tj. również Lotniska w Radomiu, które objęte jest opcją, co oznaczać może, wykonawca utrzymać musi stan gotowości świadczenia usług na tym lotnisku od 1 grudnia 2014 r. Równocześnie SIWZ nie przewiduje żadnego ekwiwalentu dla wykonawcy, mimo że stan gotowości wiąże się z ponoszeniem przez kosztów (m.in. najem pomieszczeń, dostęp do danych meteorologicznych, koszty pracownicze). Zdaniem Odwołującego, nałożenie takiego obowiązku bez wynagrodzenia nie daje się pogodzić z przyjętym w art. 487 § 2 k.c. założeniem ekwiwalentności świadczeń stron umowy wzajemnej. Równocześnie warunek ten nie jest niezbędny ze względu na cel umowy. Nie ulega wątpliwości, że żaden wykonawca, mając wybór, nie zaakceptowałby takiej klauzuli umownej, co sprawia, że może być ona kwalifikowana jako nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zniesienia obowiązku utrzymania gotowości świadczenia usług lub wprowadzenie odpłatności za gotowość.

Punkt 11 OPZ. Załącznik nr 2 do OPZ oraz IPU

W punkcie 11 OPZ przewidziany został obowiązek wdrożenia, w uzgodnieniu z PAŻP, procedur awaryjnych dla potrzeb osłony meteorologicznej służb ruchu lotniczego zgodnie z Załącznikiem nr 2 do OPZ z uwzględnieniem zapisów IPU. W Załączniku nr 2 do OPZ przewidziany został bezwzględny obowiązek świadczenia usługi w sytuacjach awaryjnych. Zdaniem Odwołującego, zapis ten winien być uzupełniony o to, że sytuacja awaryjna nie obejmuje przypadku, gdy stacja lotniskowa nie może kontynuować pracy (ewakuacja, zniszczenie) lub gdy nie ma żadnej łączności z TWR, itp. Sytuacja awaryjna, zgodnie z dotychczasową praktyką, dotyczy sytuacji niesprawności systemów pomiarowych podstawowych (system AWOS) i/lub zapasowych. Plany awaryjne obejmują również przerwy w komunikacji pomiędzy stacją meteorologiczną i organami ATS (TWR i APP), odnoszą się także do przesyłania danych od „producenta” (stacja lotniskowa lub biuro) do ośrodka rozpowszechniania KORD. Wskazane wyżej przypadki nie kwalifikują się do sytuacji, za które może ponosić odpowiedzialność wykonawca. W świetle obecnego postanowienia, w przypadku sytuacji braku możliwości korzystania z pomieszczeń stacji i używania systemów AWOS oraz kanałów łączności wykonawca będzie nadal zobowiązany do

dostarczania większości produktów Zamawiającemu. Nie mając możliwości wywiązania się z obowiązku będzie musiał płacić kary umowne, co jest sprzeczne z art. 471 k.c.

Odwołujący wniósł o nakazanie wprowadzenie do SIWZ definicji sytuacji awaryjnej, z uwzględnieniem ww. zastrzeżeń.

Punkt 14 i Załącznik nr 5 do OPZ

W punkcie 14 OPZ Zamawiający wprowadził regulację, że dla realizacji lotniskowej usługi osłony meteorologicznej odpłatnie udostępni wykonawcy dane z automatycznych systemów pomiarowych parametrów meteorologicznych AWOS, a 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 będzie zobowiązany do wnoszenia na rzecz Zamawiającego opłat za udostępnienie na jego rzecz danych z automatycznych systemów pomiarów parametrów meteorologicznych.

Zdaniem Odwołującego, sposób zredagowania załącznika oraz jego ogólnikowość pozostaje w sprzeczności z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż z treści ww. załącznika nie wynikają dla wykonawcy istotne elementy konieczne dla skonstruowania oferty. Załącznik nr 5 do OPZ pomija milczeniem ogół zasad regulujących współpracę Zamawiającego z Wykonawcą w związku z przekazywaniem przez tego pierwszego danych za wynagrodzeniem, jak np.:

- czy wynagrodzenie należne Zamawiającemu określone zostało za pełen zestaw danych z systemów AWOS,
- jak będzie kształtowało się wynagrodzenie w sytuacji niedostarczenia przez Zamawiającego danych/niektórych danych/ przez część lub całość każdego miesiąca,
- jak będzie się kształtowało wynagrodzenie, jeżeli część lub całość wszystkich lub niektórych danych nie będzie należytej jakości,
- brak wskazania ceny za poszczególne dane na potrzeby stosowania obniżek wynagrodzenia za ich brak lub niewłaściwą jakość,
- jaki będzie tryb oceny jakości danych udostępnianych przez Zamawiającego,
- jaka będzie procedura reklamacyjna w przypadku wadliwości tych danych,
- jaki podmiot będzie prowadził z Zarządzającym uzgodnienia, o których mowa w tabeli umieszczonej w Załączniku nr 5 do OPZ,
- czy będzie zapewniony dostęp do danych w czasie opisanym w tabeli zamieszczonej w Załączniku nr 5 do OPZ „Do uzgodnienia z Zarządzającym”,

- kto będzie uprawniony do uzgadniania z innymi niż zarządzający lotniskami pomiotami, jeżeli będą one posiadaczami urządzeń systemu AWOS na poszczególnych lotniskach, (co, według wiedzy Odwołującego nastąpi w większości portów lotniczych, a ma już miejsce np. w Zielonej-Górze),
- brak postanowienia, że Wykonawca będzie miał prawo do zapisywania i gromadzenia na własnych urządzeniach informatycznych danych minutowych pochodzących z systemów AWOS, należących do Zamawiającego.

Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający w rozdziale III, punkt 2 SIWZ dopuszcza możliwość jednostronnego zmniejszenia wielkości zamówienia, a w konsekwencji odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia wykonawcy. Jednocześnie w tabeli w Załączniku nr 5 do OPZ Zamawiający przedstawił koszty danych meteorologicznych z systemów AWOS. Zamawiający nie przewidział natomiast wpływu skorzystania z prawa opcji na wynagrodzenie płacone przez wykonawcę. Oznacza to, że Zamawiający nadal zamierza pobierać pełne, ryczałtowe wynagrodzenie za dane z systemu AWOS, niezależnie od przerw w świadczeniu usług z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego (jeżeli opcja obejmie lotnisko z systemem należącym do Zamawiającego). Wykonawca, chcąc przystąpić do przetargu, musi z góry założyć, że z dużym prawdopodobieństwem poniesie wówczas starty finansowe lub będzie musiał wkalkulować tego skutki w cenie 70 % produktów wskazanych przez Zamawiającego w ramach przedmiotu umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania zasad sprzedaży danych z systemów AWOS w co najmniej takim zakresie, jak wskazany wyżej oraz poprzez zniesienie odpłatności za dane z systemów AWOS za okres zawieszenia osłony meteorologicznej lotnisk na podstawie prawa opcji.

Załącznik nr 4 do OPZ

1. W punkcie 3 załącznika 4 Zamawiający zamieścił tabelę pt. Wartości operacyjnie pożądaných dokładności prognoz zgodnie z Załącznikiem 3 do Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym: Prognoza TAF

Prognozowany element	Operacyjnie dokładność prognoz wskazana	Minimalna sprawdzalność
Kierunek wiatru	+/- 20°	80% przypadków
Prędkość wiatru	+/-10 km/h (5kt)	80% przypadków
Widzialność	+/-200 m do 800 m	80% przypadków
	+/-30% pomiędzy 800 m i 10 km	80% przypadków

Opad	Wystąpienie lub brak	80% przypadków
Wielkość zachmurzenia	1 kategoria poniżej 450 m (1500 ft)	70% przypadków
	Wystąpienie lub brak BKN lub OVC pomiędzy 450 m (1500 ft) i 3000 m (10 000 ft)	70% przypadków
Wysokość podstawy chmur	+/-30 m (100 ft) do 300 m (1000 ft)	70% przypadków
	+/-30% pomiędzy 300 m (100 ft) i 3000 m (10 000 ft)	70% przypadków

Zdaniem Odwołującego, jest ona niezgodna z tabelą z załącznika B do Załącznika 3 do Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym. Zamawiający dokonał nieuzasadnionego uszczegółowienia wymogów odnoszących się do widzialności, wielkości zachmurzenia i wysokości podstawy chmur, wykraczając poza ramy prawne.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z tabelą zamieszczoną w załączniku B do Załącznika 3 do Konwencji o lotnictwie cywilnym, dla każdego z wymienionych parametrów należy obliczyć tylko jeden wskaźnik poprawności, natomiast rozpisanie kryteriów (a nie wskaźnika poprawności) na dwie podkategorie służy tylko wskazaniu, że kryterium ma charakter dynamiczny, a nie wartości stałej. Zamawiający dokonał własnego uszczegółowienia, ponieważ przy takim zapisie osiągnięcie parametrów 80% dla widzialności od 200 do 800 m, dla wielkości zachmurzenia poniżej 1500 stóp oraz wysokości podstawy pomiędzy 100 i 300 stóp będzie dla wykonawcy często nie do osiągnięcia. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający ma on pełną świadomość, że może dzięki takiemu sposobowi oceny sprawdzalności prognoz osiągnąć dodatkowe dochody w postaci kar umownych.

Prognozowanie słabych widzialności (200 - 800 m) i niskich podstaw chmur, zarówno pod względem wielkości zachmurzenia, jak i wysokości podstawy, należą do najtrudniejszych elementów prognozowania warunków pogodowych na lotniskach. Dlatego standardem europejskim jest wykorzystywanie wskaźników sprawdzalności prognoz do oceny jakości pracy służby meteorologicznej, a nie do uzyskiwania dodatkowych korzyści materialnych. Z tego względu niezasadne jest wprowadzenia kar umownych w IPU w § 2 ust. 2 pkt 2.2., wprowadzenie tej klauzuli stanowi przejaw nadużycia przewagi kontraktowej przez Zamawiającego i nadużycia pozycji dominującej, o której mowa w art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Odwołujący wniósł o zastąpienie kwestionowanej tabeli tabelą opartą na załączniku B do Załącznika 3 ICAO oraz o zmianę w tabelach nr 1 i 2 zamieszczonych w dalszej części załączników 4 do OPZ i 5 do Umowy, zgodnie z przywołanym wzorcem, a także usunięcia z IPU zapisu stanowiącego, że nieosiągnięcie wskaźników pożądanej dokładności prognoz

jest obłożone karą umowną. Wykonawca zaproponował w miejsce zapisu o karach umownych wpisanie procedury wspólnego oceniania jakości prognoz.

Odwołujący podniósł ponadto, że w punkcie 3.1.2 Załącznika nr 4 do OPZ i 5 do IPU Zamawiający wprowadził zapis „Dostępność – parametr określający (w %) pewność dysponowania przez użytkownika danymi i informacjami meteorologicznymi w wymaganym miejscu, czasie i formie” jako wskaźnik dla oceny właściwego wykonania umowy. Z opisu wynika, że proponowany wskaźnik w rzeczywistości odnosi się jednocześnie do terminowości (czas) i poprawności formalnej (forma). Zastosowanie w opisie określenia „w wymaganym miejscu” nie ma żadnego uzasadnienia, chyba że Zamawiający ma na myśli lokalne informacje meteorologiczne, które Wykonawca musi dostarczać do organów ATS.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z wyznaczeniem i specyfikacją techniczną do certyfikatu Meteorologicznego Biura Nadzoru Krajowy Ośrodek Rozpowszechniania Danych („KORD”) jest odpowiedzialny za dostarczanie w określonym czasie i w określony sposób produktów meteorologicznych do rozpowszechniania w wymianie krajowej i międzynarodowej. Zatem wykonawca nie ma żadnego wpływu na fakt, czy prawidłowo dostarczony produkt, tzn. poprawny formalnie i dostarczony na czas do KORD zostanie przez ten ostatni umieszczony w biuletynie przesyłanym do PAŻP, poprzez sieć AFTN, czy też nie. Równocześnie Zamawiający przewidział kary umowne za nieosiągnięcie zakładanych parametrów, w tym miesięcznej dostępności (§ 2 ust. 2 pkt 2.2 IPU).

Dalej Odwołujący podniósł, że w punkcie 3.1.3 Załącznika nr 4 do OPZ Zamawiający wprowadził zapis „Terminowość – parametr określający (w %) zachowanie wymaganego czasu przesyłania danych i informacji meteorologicznych” jako wskaźnik dla oceny właściwego wykonania umowy. Zdaniem Odwołującego definicja ta nie jest prawidłowa. Przedział czasowy dla dostarczenia komunikatu METAR wynosi 5 minut, a jego miejscem docelowym jest serwer ośrodka KORD, będącego funkcjonalną częścią Meteorologicznego Biura Nadzoru. Przedział czasowy dla dostarczania prognoz TAF (zarówno FT jak i FC) wynosi do 30 minut, a miejscem docelowym prognoz jest serwer ww. ośrodka KORD. Przedział czasowy dla dostarczenia organom ATS lokalnej regularnej informacji meteorologicznej (przez telefon lub w postaci elektronicznej) jest nie dłuższy niż 5 minut, a jego miejscem docelowym jest kontroler TWR/APP lub system ATIS. Przedział czasowy dla lokalnej specjalnej informacji meteorologicznej jest określony jako „niezwłocznie po wystąpieniu określonych kryteriów lub do 10 minut po poprawie warunków meteorologicznych”, a miejscem docelowym jest kontroler TWR/APP lub system ATIS. Przedział czasowy dla dostarczania opracowanych przez Wykonawcę ostrzeżeń lotniskowych jest niedookreślony. Ostrzeżenia prognostyczne są opracowywane i dostarczane wtedy, gdy synoptyk dyżurny uzna przewidywane warunki atmosferyczne za

wymagające opracowywania ostrzeżeń lotniskowych. Ostrzeżenie na zjawisko meteorologiczne, które się właśnie rozpoczęło, powinno zostać opracowane i dostarczone do ośrodka rozpowszechniania najszybciej, jak to możliwe. Ostrzeżenia lotniskowe muszą zostać przesłane do ośrodka KORD na wymianę krajową bezzwłocznie po opracowaniu. Dostarczanie ostrzeżeń lotniskowych przez Wykonawcę bezpośrednio do wskazanych komórek Zamawiającego zależy od woli Zamawiającego.

Wykonawca wniósł o wpisanie do SIWZ, że wykonawca ma obowiązek określać wskaźnik terminowości dla komunikatów METAR i prognoz TAF w odniesieniu do dostarczenia tych produktów do ośrodka KORD.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił w Tabeli nr 3 załącznika 4 do OPZ i 5 do umowy, że ostrzeżenia lotniskowe mają być dostarczane bezpośrednio do ATS. Dlatego terminowość ostrzeżeń lotniskowych ma dotyczyć dostarczania ostrzeżeń bezpośrednio do komórek Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że w punkcie 3.1.4 Załącznika nr 4 do OPZ i 5 do umowy Zamawiający wprowadził zapis „Poprawność – parametr określający (w %) pewność zastosowania właściwych szablonów depesz i wzorów map określonych w Załączniku nr 3 ICAO” jako wskaźnik dla oceny właściwego wykonania przez Wykonawcę umowy. Zdaniem Odwołującego definicja ta nie jest prawidłowa. Odwołujący wskazał, że w ramach zamówienia opisanego w SIWZ nie ma żadnego produktu, wykonywanego w postaci map. Ponadto, podstawowym dokumentem określającym szablony produktów opracowywanych zgodnie z wymaganiami postępowania przetargowego jest dokument Światowej Organizacji Meteorologicznej „Podręcznik kodów”, tom I „Kody alfanumeryczne” (dok. nr 306). W dokumencie opisano szczegółowo postać formalną (szablon) komunikatów METAR i prognoz TAF. Załącznik nr 3 do Konwencji ICAO w rozdziałach 4 i 6 oraz w dodatkach 3 i 5 powtarza część zapisów z przywołanego dokumentu WMO, uzupełniając je o informacje praktyczne. Zatem odwołanie się tylko do Załącznika 3 ICAO nie gwarantuje, że wymienione produkty będą formalnie poprawne. Formalna poprawność ostrzeżeń lotniskowych jest sprawdzana tylko w oparciu o uzgodnione pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą kryteria.

Odwołujący podniósł, że określenie poprawności merytorycznej komunikatów METAR jest niemożliwe bez ciągłego monitoringu aktualnych warunków meteorologicznych na lotnisku, dla którego dany produkt został opracowany. Określenie poprawności merytorycznej prognoz TAF i ostrzeżeń lotniskowych może być dokonane tylko na drodze analizy synoptycznej, która jest procesem długotrwałym i kosztownym. Wykonawca nie dysponuje narzędziami informatycznymi, które byłby w stanie taką analizę wykonać. Jeśli

takie narzędzie jest w posiadaniu Zamawiającego, to informacje o tym winien on umieścić w opisie warunków zamówienia.

Następnie Odwołujący wskazał, że w punkcie 3.1.5 Załącznika nr 4 do OPZ Zamawiający wprowadził zapis „Kompletność usługi – parametr określający (w%) pewność przekazywania do użytkownika kompletnych w określonej grupie zestawów danych i informacji”. Odwołujący podniósł, że zgodnie z wyznaczeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 17 kwietnia 2014 r., za rozpowszechnianie informacji meteorologicznych na potrzeby osłony lotnictwa cywilnego w wymianie krajowej i międzynarodowej odpowiada Centralne Biuro Prognoz Meteorologicznych – Meteorologiczne Biuro Nadzoru. W ramach Biura działa Krajowy Ośrodek Rozpowszechniania Danych, który jest jedynym punktem kontaktowym (FOCAL POINT) uprawnionym do przekazywania wszystkich danych, produktów i informacji meteorologicznych na potrzeby międzynarodowej żeglugi powietrznej do Stałej Sieci Wymiany Informacji Lotniczych (AFTN), będącej w strukturach ICAO, oraz do banków danych meteorologicznych (OPMET) i Globalnej Służby Telekomunikacyjnej (GTS), znajdujących się w strukturze WMO. W związku z tym omawiany wskaźnik jest w umowie bezprzedmiotowy.

2. Odwołujący podniósł, że w punkcie 3.2. Załącznika nr 4 do OPZ i nr 5 do umowy Zamawiający wprowadził mierniki jakości świadczonych usług. W obu załącznikach zamieszczono następującą tabelę „Lokalne komunikaty meteorologiczne dla potrzeb ATS (METREP)”:

Miernik	Opis miernika	Poziom zapewnianej usługi
Terminowość	zgodnie z kryteriami	bezzwłocznie po wystąpieniu uzgodnionych kryteriów 99%
Poprawność	zgodność z wymaganiami Załącznika 3 do Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym	99%
Kompletność	zgodnie z kryteriami	99%

Zdaniem Odwołującego powyższa tabela jest nieprawidłowa. Odnośnie do użycia określenia „lokalne komunikaty meteorologiczne” i opisanie poziomu zapewnianej usługi „bezzwłocznie po wystąpieniu uzgodnionych kryteriów” Odwołujący wskazał, że w meteorologicznej osłonie lotnictwa cywilnego są opracowywane i rozpowszechniane dwa rodzaje lokalnych komunikatów meteorologicznych. Są to regularne lokalne komunikaty meteorologiczne (MET REPORT) oraz specjalne lokalne komunikaty meteorologiczne (SPECIAL). Nazwa użyta przez Zamawiającego nie ma żadnego znanego Odwołującemu jako profesjonalistcie znaczenia. Komunikaty MET REPRT są opracowywane co 30 minut,

przez cały okres pracy operacyjnej lotniska, i jest to jedyne kryterium ich opracowywania. Komunikaty specjalne są opracowywane w przypadku pogorszenia warunków atmosferycznych, bezpośrednio po wystąpieniu pogorszenia, ale zgodnie z uzgodnionymi przez Zamawiającego i Wykonawcę kryteriami. W przypadku poprawy warunków pogodowych i osiągnięcia/przekroczenia ustalonych kryteriów, komunikat specjalny opracowywany jest ze stosowną zwłoką (by mieć pewność, że poprawa jest trwała). Jeśli zapis w wierszu pierwszym odnosi się tylko do komunikatów specjalnych (SPECIAL), to Zamawiający musi to wyraźnie określić.

W odniesieniu do określenia „poprawność” Odwołujący podniósł, że parametr ten winien być określony jako poprawność formalna. Jeżeli Zamawiający jest w stanie przedstawić narzędzie do sprawdzania poprawności merytorycznej, powinien to narzędzie dołączyć do opisu zamówienia.

W odniesieniu do wskaźnika „kompletność” miernika „zgodnie z kryteriami” Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie określił, o jakie kryteria chodzi i co oznacza w tym przypadku określenie „kompletność”. W punkcie 3.1.5 (str. 29) Zamawiający używa definicji „kompletność usługi”, jednak w opinii Odwołującego definicja ta nie ma w tym wypadku zastosowania. Wykonawca wniósł o określenia przez Zamawiającego, do kogo lokalne komunikaty meteorologiczne mają być dostarczane. W obecnie działającej osłonie meteorologicznej lotnictwa lokalne komunikaty meteorologiczne nie są opracowywane, nie ma takich możliwości technicznych. Komunikaty MET REPORT i SPECIAL mogą być opracowywane tylko w oparciu o systemy AWOS i rozpowszechniane z terminali wymienionego systemu. Opisane w odwołaniu do punktu 3.1.3 przez Wykonawcę lokalne informacje meteorologiczne nie są tożsame z lokalnymi komunikatami meteorologicznymi.

3. Odwołujący wskazał, że w punkcie 3.2.2. Załącznika nr 4 do OPZ Zamawiający wprowadził mierniki dla „Komunikatów regularnych obserwacji meteorologicznych - METAR”:

Miernik	Opis miernika	Poziom zapewnianej usługi
Terminowość	za prawidłowy przyjmuje się wysłanie o GG:00+5.00 min i GG:30+5.00 min	95%
Poprawność	zgodność z wymaganiami Załącznika 3 do Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym	99%
Kompletność	maksymalnie 48 depech na dobę dla jednego lotniska 48 zestawów depech na dobę maksymalnie 14 depech w jednym zestawie 1	95%
Dostępność	dostarczenie produktu przez dostawcę usług do PAŻP	95%

Zdaniem Odwołującego powyższe parametry są nieprawidłowe. W odniesieniu do terminowości wskazał, że podane przez Zamawiającego czasy są przeznaczone dla ośrodka KORD. Zgodnie z obowiązkami ośrodka pierwszy biuletyn, zestaw zawierający komunikaty METAR ze wszystkich lotnisk, jest rozpowszechniany na wymianę krajową i międzynarodową o czasie GG 00 i GG 30. Kolejny biuletyn, przeznaczony dla komunikatów spóźnionych, jest rozpowszechniany przez ośrodek KORD o godzinie GG 05 i GG 35. Odwołujący wniósł o usunięcia wiersz pierwszego „Terminowość” w całości.

Zdaniem Odwołującego nazwa miernika „Poprawność” jest nieadekwatna, należy w wierszu drugim do słowa „poprawność” dodać określenie „formalna”, ponieważ opisany miernik jest właśnie poprawnością formalną. W odniesieniu do miernika „Kompletność” („48 zestawów depesz na dobę maksymalnie 14 depesz w jednym zestawie 1”) Odwołujący stwierdził, że zestawy (biuletyny) są zestawiane i rozpowszechniane przez KORD, sposób ich zestawiania nie zależy od wykonawcy. W odniesieniu do miernika „Dostępność” Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wskazał, iż komunikaty METAR mają docierać do komórek zamawiającego inną drogą, niż przez sieć AFTN. Biuletyny do sieci AFTN przekazuje KORD.

4. Odwołujący podniósł również, że w punkcie 3.2.3. Załącznika nr 4 do OPZ Zamawiający wprowadził mierniki dla „Prognoz TAF” w brzmieniu:

Miernik	Opis miernika	Poziom zapewnianej usługi
Terminowość	za prawidłowy przyjmuje się wysłanie o GG:00+5.00	95%
Poprawność	zgodność z wymaganiami Załącznika 3 do Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym	99%
Kompletność	FC - maksymalnie 8 prognoz na dobę dla jednego lotniska FT - maksymalnie 4 prognozy na dobę dla jednego lotniska	95%

Zdaniem Odwołującego powyższe parametry są nieprawidłowe. W odniesieniu do parametru „terminowość” Odwołujący podniósł podane przez Zamawiającego czasy są przeznaczone dla ośrodka KORD. Zgodnie z obowiązkami ośrodka pierwszy biuletyn, zestaw, zawierający prognozy ze wszystkich lotnisk, jest rozpowszechniany na wymianę krajową i międzynarodową o godzinach: 02.30, 05.30, 08.30, 11.30, 14.30, 17.30, 20.30 i 23.30 (wszystkie w czasie UTC).

Dalej Odwołujący wskazał, że nazwa miernika „Poprawność” jest nieadekwatna, należy w wierszu drugim do słowa „poprawność” dodać określenie „formalna”, ponieważ opisany miernik jest właśnie poprawnością formalną. W zakresie miernika „Kompletność”

podniósł, że zestawy (biuletyny) są zestawiane i rozpowszechniane przez KORD, sposób ich zestawiania nie zależy od wykonawcy.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu następujących modyfikacji SIWZ:

- zastąpienie w punkcie 3 Załącznika 4 do OPZ i załącznika 5 do IPU Tabeli pt. *„Operacyjnie pożądanymi dokładności prognoz”* tabelą opartą na załączniku B do Załącznika 3 ICAO, oraz usunięcia wskaźnika „Dokładność”,
- usunięcie wskaźnika „Dostępność” z SIWZ, a w rezultacie z IPU zapisu stanowiącego, że nieosiągnięcie wskaźników požądanej dokładności prognoz jest obłożone karą umowną,
- usunięcie z Załącznika nr 4 do OPZ i załącznika 5 do IPU wskaźnika pod nr 3.1.2 Dostępność - parametr określający (w %) pewność dysponowania przez użytkownika danymi i informacjami meteorologicznymi w wymaganym miejscu, czasie, formie,
- zastąpienie w punkcie 3.1.3 Załącznika nr 4 do OPZ i załącznika 5 do IPU definicji terminowości definicją w brzmieniu: „Terminowość: przesłanie opracowanego produktu do właściwego dla tego produktu miejsca odbioru, w określonym przedziale czasowym. Terminowość jest określana dla lokalnych regularnych komunikatów meteorologicznych i ostrzeżeń lotniskowych”,
- zmianę w punkcie 3.1.3. Załącznika nr 4 OPZ i załącznika 5 do IPU definicji poprawności na: „Poprawność formalna - parametr określający (w %) zgodność formy produktu z właściwym dla niego szablonem, określonych w dokumencie WMO nr 306 „Podręcznik kodów”, tom I „Kody alfanumeryczne” i w Załączniku nr 3 ICAO (rozdziały 4, 6 i 7 oraz dodatki 3; 5 i 6)”,
- wykreślenie z Załącznika nr 4 do OPZ i załącznika 5 do IPU wskaźnika wymienionego pod punktem 3.1.5 „Kompletność Usługi - parametr określający (w%) pewność przekazywania do użytkownika kompletnych w określonej grupie zestawów danych i informacji,
- zastąpienie w punkcie 3.1.3 Załącznika nr 4 do OPZ do OPZ i załącznika 5 do IPU Tabeli *„Lokalne komunikaty meteorologiczne dla potrzeb ATS (METREP* tabelą poprawną,
- wprowadzenie korekt w tabeli mierników „Komunikatów regularnych obserwacji meteorologicznych - METAR” w punkcie 3.2.2. Załącznika nr 4 do OPZ i załącznika 5 do IPU,
- wprowadzenie korekt w tabeli mierników „Prognozy TAF” w punkcie 3.2.3. Załącznika nr 4 do OPZ i załącznika 5 do IPU.

Ad 6) Odwołujący wskazał, że Zamawiający w IPU w § 2 wprowadził kary umowne:

- ryczałtowe, w wysokości 500,00 złotych za każdy dzień opóźnienia liczony od dnia upływu określonego terminu w przypadku opóźnienia w wykonaniu różnych obowiązków dotyczących raportowania,
- procentowe, w wysokości 0,03% miesięcznego wynagrodzenia brutto, 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.

W ocenie Odwołującego, kary umowne ryczałtowe zawarte w załącznik nr 2 do SIWZ, § ust. 2 pkt. 2.1 (IPU) są nadmierne i godzić będą w podstawowe interesy ekonomiczne Wykonawcy. Są one nieadekwatne do naruszeń, z tytułu których miałyby być one nakładane.

Kara umowna opisana w pkt. 2.1 ma być naliczana za opóźnienia w dostarczeniu dokumentów, dotyczących wykonywania umowy. Ponieważ powody opóźnienia w dostarczaniu raportów mogą mieć wiele różnych przyczyn, często niezależnych od wykonawcy, Odwołujący wniósł o jej istotne zmniejszenie, stwierdzając, że karą adekwatną byłaby kara zmniejszona do wysokości 50 PLN za każdy dzień opóźnienia.

Podobnie rażąco wysoką karą, a zarazem nie dość precyzyjnie sformułowaną jest – zdaniem Odwołującego – kara wskazana w punkcie 2.4. w § 2 ust. 2 załącznika 2 do SIWZ w wysokości 10 % maksymalnego wynagrodzenia brutto, jeżeli wykonawca odstąpi od umowy lub wypowie umowę z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Proponowany przez Zamawiającego zapis nie precyzuje, o jakie wynagrodzenie chodzi, może doprowadzić do sytuacji, gdy wykonawca będzie zmuszony do odstąpienia od umowy pod koniec okresu jej trwania, a Zamawiający naliczy karę od całego wynagrodzenia, w tym od usług już wykonanych i odebranych przez Zamawiającego bez zastrzeżeń.

Odwołujący wniósł o nakazanie zmiany zapisu punktu 2.4 poprzez dodanie: „2.4 w wysokości 2 % maksymalnego miesięcznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust. 1 Umowy, należnego za okres do zakończenia umowy zgodnie z jej treścią, jeżeli wykonawca odstąpi od umowy lub wypowie umowę z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.”

W odniesieniu do kar umownych procentowych, Odwołujący podniósł, że co do zasady w osłonie meteorologicznej lotnictwa cywilnego nie stosuje się kar umownych, jako środka dyscyplinowania wykonawcy (Polska jest w tym zakresie ewenementem). W związku z tym uzasadnione jest ich zniesienie, co zgodne będzie zarówno ze stosowanymi zasadami

w Unii Europejskiej, jak również z charakterem usług. Zdolność do należytego pełnienia osłony meteorologicznej lotnictwa analizowana jest ex-ante przez Urząd Lotnictwa Cywilnego przy wydawaniu certyfikatu, jak również w trakcie, w ramach audytów sprawdzających. Równocześnie pewne odstępstwa od poziomu 100 % jakości nie są w obszarze prognoz i obserwacji meteorologicznych uznawane za przejaw nienależytego pełnienia osłony. W związku z tym uzasadnione jest wyeliminowanie przedmiotowych kar umownych.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, kary umowne procentowe zostały ukształtowane w sposób nieprawidłowy, naruszający zasadę ekwiwalentności i proporcjonalności. Są one odnoszone do miesięcznego wynagrodzenia całkowitego, tj. za osłonę na wszystkich lotniskach. Tymczasem w praktyce obniżenie parametrów jakościowych dotyczy poszczególnych lotnisk. Uzasadnia to odnoszenie kar umownych do wynagrodzenia za usługi na lotnisku, na którym stwierdzono niespełnienie wymogów jakościowych. Utrzymanie metodologii naliczania kar określonej przez Zamawiającego prowadzić będzie do zagwarantowania sobie przez niego nieuzasadnionych korzyści ekonomicznych, zwłaszcza że nie będzie dotyczyło przypadków nieświadczenia osłony przez wykonawcę w ogóle, lecz odchyień od kryteriów ustalonych przez zamawiającego w sposób arbitralny. Uzasadnia to odpowiednią zmianę metodologii określania kar umownych.

Zdaniem Odwołującego uzasadnione jest wprowadzenie następujących zmian do zapisu ust. 2.2. w par. 2 IPU: za nieosiągnięcie zakładanych parametrów dla terminowości i poprawności formalnej w danym miesiącu rozliczeniowym, określonych w Załączniku 5 do umowy, w wysokości [0,01%] miesięcznego wynagrodzenia brutto przypadającego na dane lotnisko, wyliczonego na podstawie zamówionych przez Zamawiającego w danym miesiącu rozliczeniowym usług będących przedmiotem umowy.

Odwołujący przedstawił powody i wymagania formalnoprawne, które umożliwiają korzystanie tylko ze wskaźników terminowości i poprawności formalnej, o ile Zamawiający zdefiniuje te parametry poprawnie. Jednocześnie Odwołujący domaga się, aby kara umowna była naliczana w niższej wysokości i tylko od tej części wynagrodzenia, która dotyczy danej klasy produktów. Zgodnie z dołączonymi przez Odwołującego formularzami cenowymi Zamawiający nie musi wykonywać skomplikowanych obliczeń, aby ustalić wysokość kwoty należną za poszczególne klasy produktów, np. za komunikaty METAR, komunikaty lokalne, czy prognozy TAF.

W odniesieniu do punktu 2.3. Odwołujący zakwestionował brak sprecyzowania pojęcia „przekazania sprzecznych danych meteorologicznych”. Nie jest jasne, co według Zamawiającego ma być daną sprawdzaną, a co ma być odniesieniem dla sprawdzania.

W przypadku zdefiniowania przez Zamawiającego wymienionej kwestii i utrzymania kar umownych, Odwołujący wniósł o zmianę zapisu dotyczącego wysokości kary.

Zdaniem Odwołującego, nieprawidłowa jest również regulacja ustępu 5 w § 1 IPU, w związku z czym Odwołujący o usunięcie tego postanowienia. Odwołujący podniósł, że nie zna przepisów, które nakładają na wykonawcę obowiązek zakupu dostępu do sieci AFTN, aby przesyłać opracowywane produkty do Zamawiającego. Wymaganie przesyłania informacji i danych meteorologicznych do sieci AFTN wynika z obowiązku ich dostarczania użytkownikom przestrzeni powietrznej i wszystkim zaangażowanym w osłonę lotnictwa. Jednak obowiązek dostarczania danych i informacji meteorologicznych spoczywa na Krajowym Ośrodku Rozpowszechniania Danych, który jest stanowiskiem operacyjnym Meteorologicznego Biura Nadzoru. Dostęp do sieci AFTN, jak również koszt jego utrzymania i opłata abonamentowa jest nieuzasadnionym wydatkiem, który miałby ponosić wykonawca. Zdaniem Odwołującego, podstawowym sposobem przekazywania Zamawiającemu danych i informacji meteorologicznych powinien być dedykowany serwis Internetowy, a sieć AFTN – zapasowym medium komunikacyjnym.

Odwołujący wniósł o wprowadzenie następujących zmian do ustępu 10, aby zapis brzmiał: „10. W ciągu 3 dni po uprawomocnieniu się wyboru Wykonawcy przedstawi on do konsultacji z Zamawiającym opis procedury sprawdzalności prognoz. Opis ten po zaakceptowaniu przez obie strony stanie się Załącznikiem nr 4 do Umowy.”

W odniesieniu do załącznik nr 2 do SIWZ, § 1 ust. 17 Odwołujący wniósł o zmianę dotyczącą terminu odpowiedzi na reklamacje, na termin 20 dni roboczych. Ze względu na specyfikę pracy w lotniskowych stacjach meteorologicznych i biurach prognoz meteorologicznych – praca na zmiany – oraz często konieczność uzyskania zapisów (logów) z systemów AWOS, które nie są własnością Zamawiającego, termin 10-dniowy może okazać się nieosiągalny z przyczyn niezależnych od wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego, regulacja zawarta w załącznik nr 2 do SIWZ, § 3 ust. 2 i 3 nie znajduje uzasadnienia prawnego, a wprowadza równocześnie nadmierny rygorizm. Z tego powodu Odwołujący wniósł o usunięcie ustępów 2 i 3. Regulacja taka mogłaby funkcjonować wówczas, gdyby polski rynek był uznany za rynek uwolniony. W chwili obecnej żadna służba żeglugi powietrznej nie działa w warunkach wolnego rynku.

W odniesieniu do załącznika 2 do SIWZ, § 2 ust. 2, „2.1.4 niedotrzymania terminu wykonywania i przedstawiania analiz, o których mowa w § 1 ust. 18” Odwołujący wniósł o usunięcie przytoczonego zapisu oraz usunięcie ust. 18 w § 1 umowy. Odwołujący podniósł, że prerogatywy do prowadzenia nadzoru i kontroli w zakresie wymienionym w punktach do ust. 18 należą do Urzędu Lotnictwa Cywilnego, Departamentu Lotnictwa Cywilnego (na

podstawie Zarządzenia nr 60 Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 2004). Zgodnie z obowiązującymi przepisami i wytycznymi przekazanymi przez ULC instytucjom zapewniającym służby żeglugi powietrznej, są one zobowiązane do informowania Prezesa Urzędu o wszelkich planowanych zmianach w sposobie i zakresie pełnienia osłony. Wykonawca, jako instytucja zapewniająca służby żeglugi powietrznej ma również obowiązek uzyskać zgodę Prezesa ULC na wprowadzenie każdej zmiany w funkcjonowaniu, akceptację dla ewentualnych zmianach w zakresie świadczonej osłony, dostarczanych produktach, wprowadzanych przyrządach i systemach. Informacje wskazane przez Zamawiającego może on uzyskać od Urzędu Lotnictwa Cywilnego. Ponadto Zamawiający będzie konsultował wnioski Wykonawcy przesłane do ULC, zgodnie z praktyką stosowaną przez Urząd.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o usunięcie tekstu, rozpoczynającego się od „Ww. analizy ...”. Obowiązek 95-dniowego wyprzedzenia dotyczy publikacji zmian w cyklu AI RAC, który nie jest przedmiotem niniejszego zamówienia. Ponowne domaganie się przez Zamawiającego kolejnych analiz, nie ma żadnego uzasadnienia prawnego.

Odwołujący zakwestionował ponadto możliwość zagwarantowania sobie przez Zamawiającego prawa potrącenia kar umownych z należnego wynagrodzenia, przewidzianego w załączniku nr 2 do SIWZ, § 2 ust. 3 i § 4 ust. 2. Zdaniem Odwołującego, automatyczne pobieranie kar umownych jest działaniem, które nie ma żadnego uzasadnienia. W opisie kar umownych Zamawiający umieścił wiele nieścisłości i warunków, które nie są możliwe do spełnienia przez wykonawcę. Dlatego wykonawca nie ma gwarancji, czy po poprawnym zdefiniowaniu odpowiednich wskaźników i wprowadzeniu pozostałych zmian do mechanizmów naliczania kar umownych, Zamawiający dochowa należytej staranności przy ich naliczaniu i egzekwowaniu. Ponadto każda ze stron umowy musi mieć najpierw możliwość ustosunkowania się do zarzutu, a dopiero później należy stosować przewidziane umową kary. Dlatego Odwołujący domaga się wprowadzenia zmian, ewentualnie usunięcia ustępu 3 w całości. Odwołujący wniósł również o nakazanie wprowadzenia nowego postanowienia o treści: „Strony Umowy dopuszczają, w razie zaistnienia uzasadnionych przyczyn, możliwość polubownego rozstrzygnięcia zasadności lub odstąpienia od naliczania kar umownych.” Podniósł, że system kar umownych powinien być ostatecznym argumentem używanym przez jedną ze stron w przypadku, gdy druga strona nie wykonuje umowy zgodnie ze zobowiązaniami i/lub nie reaguje na uwagi i zastrzeżenie drugiej strony i/lub nie wprowadza żadnych zmian, które spowodują poprawę określonych parametrów/usług. Dopiero, jeśli strona wyczerpie możliwości polubownego rozwiązania problemu należy uciec się do stosowania kar umownych.

W odniesieniu do załącznik nr 2 do SIWZ, § 3 ust. 3 Odwołujący wniósł o zmianę przytoczonego ustępu na następujący oraz dodania ustępu 3a o treści: „3. W terminie do 30

dni od daty zakończenia każdego roku kalendarzowego obowiązywania Umowy Wykonawca przedstawi Zamawiającemu prognozę kosztów za poprzedni rok. W terminie do 90 dni od daty zakończenia każdego roku kalendarzowego obowiązywania Umowy Wykonawca przedstawi Zamawiającemu szczegółowe rozliczenie kosztów w formie uzgodnionej pomiędzy stronami. 3a. W terminie do 30 dni od daty zakończenia obowiązywania Umowy Wykonawca przedstawi Zamawiającemu prognozę kosztów za cały okres obowiązywania Umowy. W terminie do 90 dni od daty zakończenia obowiązywania Umowy Wykonawca przedstawi Zamawiającemu szczegółowe rozliczenie kosztów zakończonej Umowy, w formie uzgodnionej pomiędzy stronami". Odwołujący podniósł, że jest dużą instytucją publiczną i kwestie związane ze wszelkiego typu sprawozdawczością finansową mają wydłużone terminy. Wynika to zarówno z uregulowań wewnętrznych, jak i przepisów państwowych. Dlatego dotrzymanie terminu 30 dniowego dla przedstawienia końcowych kosztów wykonywania całości lub części umowy nie jest możliwe. Ponadto Odwołujący wniósł o ustalenie wymaganych szablonów rozliczeń finansowych na drodze konsultacji z wszystkimi wykonawcami, którzy przystąpią do postępowania przetargowego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przetargu nieograniczonego ogłoszonego w oparciu o przepisy ustawy Pzp, ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) zmodyfikowania punktu 2 w rozdziale V SIWZ i w Ogłoszeniu o zamówieniu, poprzez doprecyzowanie Warunku nr 1 udziału w przetargu i Opisu sposobu dokonania oceny spełnienia Warunku nr 1, iż warunek dotyczy działalności lub czynności objętych przedmiotem zamówienia, jak również że certyfikat ma być wydany w odniesieniu do co najmniej tego zakresu działalności i czynności,
- 2) nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ poprzez doprecyzowanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z zakresem możliwym do realizacji przez wykonawcę,
- 3) nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ poprzez uregulowanie prawa opcji w sposób równoprawny i zgodny z obowiązującym prawem, tj. poprzez:
 - określenie minimalnego, gwarantowanego poziomu usług w ramach przedmiotu zamówienia, oraz
 - zagwarantowanie wykonawcy częściowego wynagrodzenia za okres nienabywania produktów od wykonawcy, pokrywającego koszty utrzymania w gotowości danej lokalizacji,
 - albo, w przypadku uznania, że żądanie powyższe nie może być uwzględnione, poprzez usunięcie zapisu o opcji z SIWZ.

- 4) nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Opisu Przedmiotu Zamówienia w SIWZ w sposób i w zakresie wskazanym w punkcie V uzasadnienia odwołania,
- 5) nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Istotnych Postanowień Umowy w SIWZ poprzez:
 - wprowadzenia zmian jak w punkcie VI Uzasadnienia
 - zniesienie procentowych kar umownych i znaczące obniżenie ryczałtowych kar umownych, albo z ostrożności procesowej
 - znaczące obniżenie ryczałtowych kar umownych oraz obniżenie procentowych kar umownych i odniesienie ich do wynagrodzenia za lotnisko, którego dotyczą,
 - oraz innych zmian wnioskowanych w rozdziale VI Uzasadnienia do Odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca IBCOL Polska Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

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

Izba ustaliła, że przedstawione w odwołaniu brzmienie kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia odpowiadało stanowi faktycznemu na dzień wniesienia odwołania. Jednak po wniesieniu odwołania, w dniu 12 września 2014 r., Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, zmieniając brzmienie postanowień objętych zarzutami odwołania, z wyjątkiem postanowień dotyczących: trybu, w którym prowadzone jest postępowanie, początkowego terminu gotowości do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia oraz potrącania kar umownych z zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Wobec dokonania modyfikacji SIWZ Odwołujący, w piśmie z dnia 18 września 2014 r. oświadczył, że część dokonanych zmian stanowi realizację żądań przedstawionych w odwołaniu. Dotyczy to następujących postanowień SIWZ:

- załącznik nr 1 do SIWZ tabele 3 i 4 – określenie odbiorcy informacji meteorologicznych,
- załącznik nr 1 do SIWZ pkt 11 – definicja sytuacji awaryjnej,
- pkt 3.1.2 załącznika nr 4 do OPZ i nr 5 do IPU – zmiana dotycząca parametru dostępność,

- pkt 3.1.3 załącznika nr 4 do OPZ – zmiana definicji terminowości,
- pkt 3.1.4 załącznika nr 4 do OPZ i nr 5 do IPU – zmiana definicji poprawności,
- usunięcie pkt 3.1.5 załącznika nr 4 do OPZ,
- tabela 3.2 załącznika nr 4 do OPZ i nr 5 do IPU – zmiana w zakresie mierników jakości świadczonych usług,
- dookreślenie miernika poprawność,
- pkt 3.2.2. załącznika nr 4 do OPZ – zmiana w zakresie mierników: terminowość, kompletność oraz dostępność dla Komunikatów regularnych obserwacji meteorologicznych METAR,
- § 2 ust. 2 pkt 2.1 IPU – zmiana wysokości kar umownych,
- § 1 ust. 5 IPU – zmiana w zakresie sposobu przekazywania danych i informacji meteorologicznych,
- § 1 ust. 10 IPU – charakterystyka procedury sprawdzalności prognoz oraz monitoringu usługi,
- § 1 ust. 17 IPU – termin odpowiedzi na reklamację,
- § 3 ust. 3 IPU – termin przedstawienia szczegółowej klasyfikacji kosztów.

W związku z tym orzekanie przez Izbę w powyższym zakresie stało się bezprzedmiotowe.

W odniesieniu do kwestionowanych w odwołaniu postanowień SIWZ dotyczących:

- 1) warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania certyfikatu instytucji zapewniającej służby żeglugi powietrznej,
- 2) punktu III.11 SIWZ dotyczącego prawa opcji,
- 3) opisu mierników: terminowość i dostępność w tabeli 3.2.3. załącznika nr 4 do OPZ,
- 4) kar umownych przewidzianych w § 2 ust. 2 pkt 2.2., pkt 2.3. i 2.4.

Izba ustaliła, że w dniu 12 września 2014 r. Zamawiający nadał tym postanowieniom nowe brzmienie. Odwołujący, w piśmie z 18 września 2014 r. zakwestionował aktualną treść tych postanowień, podnosząc nowe zarzuty, tj.:

Ad 1) zarzut dotyczący nowo wprowadzonego określenia „specyfikacja operacyjna”,

Ad 2) zarzut dotyczący niedostosowania załącznika nr 3 do OPZ oraz formularza cenowego do nowego brzmienia punktu III.11 SIWZ,

Ad 3) zarzut dotyczący nowych definicji mierników,

Ad 4) zarzuty dotyczące nowo określonych wysokości kar umownych lub podstaw ich obliczania.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego wyrażonego w piśmie z 18 września 2014 r. i podtrzymanego podczas rozprawy, zauważyć należy, że sprowadzało się ono do polemiki z nową treścią postanowień SIWZ i polegało de facto na sformułowaniu nowych zarzutów oraz ich uzasadnienia faktycznego i prawnego. Tymczasem zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Dokonanie zmiany brzmienia przedmiotowych postanowień należy uznać za nową czynność w postępowaniu, wobec której wykonawcom przysługuje prawo skorzystania ze środków ochrony prawnej. Oceny tej czynności nie można natomiast dokonać w postępowaniu odwoławczym wszczętym przed jej dokonaniem. Z powyższych względów wskazane wyżej zarzuty nie mogły być przedmiotem orzekania w niniejszej sprawie.

Wobec powyższego rozpoznaniu przez Izbę podlegały zarzuty dotyczące: prowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, określonego przez Zamawiającego terminu gotowości do świadczenia usług, nieprecyzyjnego uregulowania zasad odpłatnego udostępniania danych z systemu AWOS, mierników określonych w Tabeli nr 1 załącznika nr 4 do OPZ oraz wprowadzenia możliwości potrącania kar umownych z zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W ocenie Izby żaden z przedstawionych wyżej zarzutów nie zasługiwał na uwzględnienie.

Po pierwsze, nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 39 ustawy Pzp. Przepis ten ustanawia definicję jednego z dwóch podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych, tj. trybów, które mogą być zastosowane zawsze, a ich wybór nie jest obwarowany koniecznością spełnienia żadnych przesłanek czy wystąpienia szczególnych okoliczności. Ewentualne naruszenie art. 39 ustawy Pzp mogłoby polegać wyłącznie na niezrealizowaniu określonych tym przepisem cech trybu przetargu nieograniczonego, tj. pełnej otwartości i konkurencyjności. Nie można natomiast naruszyć powyższego przepisu przez dokonanie wyboru trybu przetargu nieograniczonego, który – ze względu na jego charakter – jest dopuszczalny zawsze.

Ponadto, należy zwrócić uwagę na niekonsekwencję Odwołującego w argumentacji prawnej przywoływanej na potwierdzenie przedmiotowego zarzutu. Odwołujący w treści odwołania powołał się na naruszenie art. 39 w związku z art. 4 pkt 6 ustawy Pzp, przewidującym wyłączenie stosowania przepisów tej ustawy, następnie na rozprawie stwierdzając, że wyłączenie to wynika z przepisów odrębnych, nie zaś bezpośrednio z Pzp

oraz podnosząc – niezawarty w odwołaniu (a zatem niemogący być przedmiotem rozstrzygnięcia) – zarzut ewentualny naruszenia art. 67 ustawy Pzp, określający przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki.

Z powyższych powodów przedmiotowy zarzut należy uznać za wadliwy formalnoprawnie, a w konsekwencji – niemogący stanowić podstawy uwzględnienia odwołania.

Nawet jednak abstrahując od wskazanej wadliwości tego zarzutu i oceniając merytorycznie przywołane przez Odwołującego okoliczności faktyczne, nie sposób dopatrzeć się podstaw do jego uwzględnienia. W tym zakresie Izba ustaliła, że bezsporne między stronami było istnienie prawnej możliwości powierzenia pełnienia osłony meteorologicznej lotnictwa cywilnego jednemu podmiotowi na zasadzie wyłączności. Nie było również przedmiotem sporu, że obecnie podmiotem wyznaczonym jest Odwołujący. Niemniej jednak wyznaczenie Odwołującego decyzją Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 17 kwietnia 2014 r. w zakresie, w jakim jest zbieżne z przedmiotem zamówienia, wygasa z dniem 31 grudnia 2014 r., tj. przed rozpoczęciem realizacji zamówienia objętego postępowaniem (termin rozpoczęcia świadczenia usługi wyznaczony został na 1 stycznia 2015 r.). Z kolei w odniesieniu do wyznaczenia obejmującego okres do końca 2019 r. Odwołujący nie wykazał, w którym elemencie przedmiotowe wyznaczenie pokrywa się z przedmiotem zamówienia. W treści odwołania Odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że przedmiot zamówienia obejmuje „niektóre spośród usług” objętych tym wyznaczeniem. Podczas rozprawy z kolei Odwołujący nie przedstawił żadnej uzupełniającej argumentacji, lecz skoncentrował się na próbie wykazania, że prawa wyłączne w odniesieniu do częściowego zakresu przedmiotu zamówienia przysługują innemu podmiotowi (Portowi Lotniczemu Modlin). Ze względu jednak na fakt, że zarzut taki został sformułowany na rozprawie, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie mógł on być przedmiotem oceny i orzeczenia Izby. Z tego też powodu za bezprzedmiotowy i nieprzydatny dla rozstrzygnięcia należy uznać złożony przez Odwołującego na tę okoliczność dowód w postaci pisma Odwołującego do Ministra Infrastruktury i Rozwoju z wnioskiem o udostępnienie decyzji, na mocy której ww. podmiot uzyskał wyznaczenie w zakresie zapewnienia lotniskowej służby informacji lotniczej na okres wykraczający poza 1 stycznia 2015 r. (na marginesie jedynie Izba stwierdza, że dokument ten nie dowodził faktu wyznaczenia innego podmiotu, a jedynie fakt podjęcia przez Odwołującego próby ustalenia, czy takie wyznaczenie istnieje).

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący postanowienia punktu 12 OPZ, zgodnie z którym wykonawca powinien zapewnić gotowość rozpoczęcia świadczenia usług od dnia 1 grudnia 2014 r.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że Odwołujący nie wykazał, na czym polega w tym przypadku naruszenie przez Zamawiającego przepisów prawa. W treści odwołania Odwołujący wskazał na naruszenie w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, polegające na nadużyciu pozycji dominującej, co nie zostało podtrzymane na rozprawie i nie zostało w żaden sposób wykazane. Z kolei podczas rozprawy Odwołujący podtrzymał przedstawioną w odwołaniu tezę o braku ekwiwalentności świadczeń, której to tezy w żaden sposób nie można uznać za mającą oparcie tak w stanie faktycznym, jak i w przepisach prawa. Trudno bowiem ustalić, w jaki sposób sporne postanowienie przyszłej umowy dotyczące zapewnienie stanu gotowości do świadczenia usług może czynić wzajemne świadczenia stron nieekwiwalentnymi. Zamawiający przedstawił racjonalne uzasadnienie swojej decyzji, tj. nałożony na niego ustawowo obowiązek nieprzerwanego zapewnienia służby meteorologicznej dla lotnictwa i wynikająca z tego konieczność podjęcia działań gwarantujących, że świadczenie usług meteorologicznych zostanie rozpoczęte we właściwym czasie. Miesięczny margines czasowy należy uznać za niezbędny w celu organizacyjnego przygotowania do rozpoczęcia świadczenia usług oraz zareagowania z wyprzedzeniem na ewentualne czy inne nieprzewidziane okoliczności. Fakt, że nałożenie takiego dodatkowego zobowiązania może wymagać od wykonawców podjęcia określonych starań lub nawet poniesienia kosztów nie sprawia, że świadczenia stają się nierównoważne. To bowiem wykonawca, kalkulując cenę oferty określa należny mu ekwiwalent za całość świadczeń, do których się zobowiązuje. Wykonawca ma możliwość wkalkulowania w cenę oferty wszystkich nałożonych na niego przez Zamawiającego obowiązków.

W związku z tym tezę o braku ekwiwalentności świadczeń należy uznać za niezrozumiałą, a przedmiotowy zarzut odwołania za zmierzający nie tyle do wyeliminowania niezgodności działań Zamawiającego z przepisami prawa, co do ukształtowania jak najkorzystniejszych z punktu widzenia wykonawcy warunków realizacji zamówienia. W związku z tym należy podkreślić, 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.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący zasad odpłatnego udostępnienia danych z systemu AWOS. W zakresie tego zarzutu Odwołujący oświadczył, że Zamawiający zarzut częściowo uwzględnił, nie wykonując jednak wszystkich żądań Odwołującego. Zarzut, mimo dokonanej modyfikacji SIWZ, podlegał rozpoznaniu w zakresie, w jakim w treści postanowień nie ujęto wszystkich elementów, których brak zarzucał Odwołujący.

Zdaniem Odwołującego załącznik nr 5 do OPZ nie określał (i nadal nie określa) następujących kwestii:

- jaki podmiot będzie prowadził z Zarządzającym uzgodnienia, o których mowa w tabeli umieszczonej w Załączniku nr 5 do OPZ,
- jak będzie kształtowało się wynagrodzenie w sytuacji niedostarczenia przez Zamawiającego danych/niektórych danych/ przez część lub całość każdego miesiąca,
- jak będzie się kształtowało wynagrodzenie, jeżeli część lub całość wszystkich lub niektórych danych nie będzie należytej jakości,
- brak wskazania ceny za poszczególne dane na potrzeby stosowania obniżek wynagrodzenia za ich brak lub niewłaściwą jakość,
- jaki będzie tryb oceny jakości danych udostępnianych przez Zamawiającego,
- jaka będzie procedura reklamacyjna w przypadku wadliwości tych danych,
- czy będzie zapewniony dostęp do danych w czasie opisanym w tabeli zamieszczonej w Załączniku nr 5 do OPZ „Do uzgodnienia z Zarządzającym”,
- kto będzie uprawniony do uzgadniania z innymi niż zarządzający lotniskami pomiotami, jeżeli będą one posiadaczami urządzeń systemu AWOS na poszczególnych lotniskach, (co, według wiedzy Odwołującego nastąpi w większości portów lotniczych, a ma już miejsce np. w Zielonej-Górze),
- brak postanowienia, że Wykonawca będzie miał prawo do zapisywania i gromadzenia na własnych urządzeniach informatycznych danych minutowych pochodzących z systemów AWOS, należących do Zamawiającego.

Izba ustaliła, że Zamawiający doprecyzował kwestie związane z odpłatnym udostępnianiem danych. W załączniku nr 5 do OPZ Zamawiający zamieścił postanowienie, że dopuszcza zmniejszenie miesięcznej opłaty za udostępnianie danych z systemów AWOS w przypadku ograniczenia zakresu usług lotniskowej osłony meteorologicznej, jednakże w zakresie nie niższym niż gwarantowane minimalne ilości usług określone dla poszczególnych lotnisk w załączniku nr 7 do SIWZ. Ponadto Zamawiający określił inne istotne warunki udostępniania danych, w tym obowiązek informowania z 7-dniowym wyprzedzeniem o planowanych ograniczeniach w dostępności danych, uprawnienie żądania odszkodowania w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przez

Zamawiającego usługi oraz kary umowne przysługujące wykonawcy w przypadku udostępnienia błędnych informacji. W związku z powyższym twierdzenie Odwołującego, że nie ustalono uzależnienia wynagrodzenia od zakresu czasowego świadczenia usług oraz nie przewidziano regulacji na wypadek dostarczania danych nienależytej jakości nie ma oparcia w brzmieniu SIWZ. Natomiast nieokreślenie szczegółowych informacji w pozostałym zakresie podniesionym w odwołaniu i podtrzymanym w piśmie z 18 września 2014 r. nie można uznać za naruszenie przepisów prawa. W ocenie Izby załącznik nr 5 doprecyzowuje zasady udostępniania danych w stopniu pozwalającym na prawidłowe sporządzenie oferty i kalkulację ceny.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego uszczegółowienia w Tabeli nr 1 załącznika nr 4 do OPZ kryteriów odnoszących się do widzialności, wielkości zachmurzenia i wielkości podstawy chmur, Izba nie dopatrzyła się niezgodności tych postanowień z przepisami prawa. Wskazane przez Odwołującego postanowienia załącznika B do załącznika 3 do Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym określają *operacyjnie pożądaną dokładność prognoz*. Opisy zamieszczone w Tabeli nr 1 określają stopień szczegółowości raportowania i nie stoją w sprzeczności z ww. przepisami Konwencji, ale stanowią jedynie uszczegółowienie jego postanowień, uzasadnione względami dbałości o należyłą jakość i dokładność sporządzanych zestawień. Brak jest – zdaniem Izby – jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że ww. Konwencja takiego uszczegółowienia zabrania.

W odniesieniu do kwestionowanych przez Odwołującego regulacji dotyczących sposobu pobierania kar umownych, Izba nie dopatrzyła się żadnych podstaw do uwzględnienia odwołania.

Postanowieniem, które Odwołujący kwestionował, a które nie zostało zmodyfikowane po wniesieniu odwołania, jest § 4 ust. 2 IPU, zgodnie z którym wykonawca ma wyrazić zgodę na bezpośrednie potrącanie przez Zamawiającego z zabezpieczenia należytego wykonania umowy wszelkich należności powstałych w wyniku nienależytego wykonania umowy, a w szczególności kar umownych, o których mowa w umowie.

Niezrozumiała – zdaniem Izby – jest teza Odwołującego, jakoby takie postanowienie przyszłej umowy naruszało przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące ekwiwalentności świadczeń. Sporne postanowienie IPU należy uznać za zgodne z istotą i celem instytucji zabezpieczenia należytego wykonania umowy, która służy właśnie dochodzeniu roszczeń wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w tym roszczeń o zapłatę kar umownych. Powyższe potwierdza wprost przepis art. 147 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z tym należy jednoznacznie stwierdzić, że postanowienie § 4 ust. 2 IPU jest zgodne z przepisami prawa i odpowiada powszechnej praktyce, a zarzut odwołania jest bezpodstawny.

Nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, że o nieprawidłowym skonstruowaniu sposobu pobierania kar umownych świadczy istnienie ryzyka, że Zamawiający nie dochowa należytej staranności przy ich naliczaniu i egzekwowaniu, co narazi on wykonawcę na bezpodstawne potrącanie takich kar. Ocena należytego wykonania umowy i zasadności obciążenia wykonawcy karami umownymi dokonywana jest na etapie realizacji zamówienia, a ewentualne roszczenia stron z tego tytułu podlegają ochronie prawnej. Ryzyko wystąpienia w przyszłości sporu dotyczącego zasadności obciążenia wykonawcy karami umownymi nie może prowadzić do wniosku, że niedopuszczalne jest pobieranie tych kar z zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Konstrukcja taka nie pozbawia wykonawcy możliwości dochodzenia zwrotu nienależnie pobranych kar umownych.

W związku z niestwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....