

WYROK

z dnia 28 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **GENERAL AVIATION SERVICES Sp. z o. o., HELIJET CHARTER GmbH Góraszka, 05-462 Wiązowna**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **LOTOS Petrobaltic S.A. ul. Stary Dwór 9, 80-758 Gdańsk**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **LIMA Sp. z o.o., Heliportugal Trabalhos e Transporte Aereo, Representacoes, Importacao S.A. ul. Dworcowa 4, 87-400 Golub-Dobrzyń** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **GENERAL AVIATION SERVICES Sp. z o. o., HELIJET CHARTER GmbH Góraszka, 05-462 Wiązowna** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **GENERAL AVIATION SERVICES Sp. z o. o., HELIJET CHARTER GmbH Góraszka, 05-462 Wiązowna**, tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **GENERAL AVIATION SERVICES Sp. z o. o., HELIJET CHARTER GmbH Góraszka, 05-462 Wiązowna** na rzecz zamawiającego **LOTOS Petrobaltic S.A. ul. Stary Dwór 9, 80-758 Gdańsk**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – LOTOS Petrolbaltic S.A. ul. Stary Dwór 9, 80-758 Gdańsk prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług transportu lotniczego pasażerów w okresie do 30.04.2017 r.”.

Dnia 8 lipca 2015 roku, zamawiający poinformował odwołującego, iż dokonuje ponownej oceny ofert, posiłkując się opinią zewnętrznego, bezstronnego konsultanta.

Dnia 17 lipca 2015 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: GENERAL AVIATION SERVICES Sp. z o. o., HELIJET CHARTER GmbH Góraszka, 05-462 Wiązowna (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) czynności zamawiającego ponownej oceny ofert odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 2 Dyrektywy 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, ponieważ poprzez wykluczające się oceny zarzutów Aircom i Lima/Heliportugal, nieskonkretyzowanie, która z czynności dokonanych przez Zamawiającego miałyby wymagać korekty, a także poprzez brak jednoznacznego stanowiska, co do tego czy czynności w ogóle miałyby wymagać korekty, podważa zaufanie odwołującego do przejrzystości postępowania, jego prawidłowości i rzetelności oraz przestrzegania przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców,

- art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, skoro zamawiający podejmuje ponowną ocenę ofert nie poczytując żadnej ze swoich czynności za błędną, ponowna ocena oferty nie stanowi czynności prowadzącej do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

2) czynności zamawiającego powołania biegłego odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 2 Dyrektywy 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; brak wymaganego przedmiotu ekspertyzy podważa zaufanie odwołującego, co do przejrzystości postępowania, jego prawidłowości i rzetelności oraz przestrzegania przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców,

- art. 21 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zlecenie wykonania ekspertyzy wobec braku jej wymaganego przedmiotu, co nie prowadzi do zasięgnięcia wiedzy fachowej,

- art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, przepis ten nie wskazuje opinii biegłego, jako przesłanki aktualizującej obowiązek zamawiającego wykluczenia wykonawcy z postępowania.

3) zaniechaniu przez zamawiającego czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień - odwołujący zarzuca naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający, dokonując ponownej oceny ofert, zobowiązany był wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie uzasadniającym ponowną ocenę, czego nie uczynił,

4) zaniechaniu przez zamawiającego czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów - odwołujący zarzuca naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający, dokonując ponownej oceny ofert, zobowiązany był wezwać odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w zakresie uzasadniającym ponowną ocenę, czego nie uczynił,

5) zaniechaniu przez zamawiającego czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty - odwołujący zarzuca naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający, dokonując ponownej oceny ofert, zobowiązany był wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie uzasadniającym ponowną ocenę, czego nie uczynił.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego ponownej oceny ofert,
- 2) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego powołania biegłego,
- 3) nakazanie zamawiającemu czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie uzasadniającym ponowną ocenę ofert,
- 4) nakazanie zamawiającemu czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w zakresie uzasadniającym ponowną ocenę ofert,
- 5) nakazanie zamawiającemu czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie uzasadniającym ponowną ocenę ofert,
- 6) przeprowadzenie dowodów z:
 - wyroku KIO z dnia 18 czerwca 2015 r., sygn. akt: KIO 1150/15,
 - postanowienia KIO z dnia 18 czerwca 2015 r., sygn. akt: KIO 1165/15,
 - protokołu z posiedzenia/rozprawy KIO z dnia 17 czerwca 2015 r.,
 - pisma Odwołującego z dnia 18 czerwca 2015 r.,
 - pisma Odwołującego z dnia 6 lipca 2015 r.,
 - pisma Zamawiającego z dnia 8 lipca 2015 r.,
 - pisma Odwołującego z dnia 10 lipca 2015 r.,

- pisma Zamawiającego z dnia 16 lipca 2015 r.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uwzględnieniu odwołania, ponieważ w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą. Ewentualne oddalenie odwołania może doprowadzić do zmiany wyboru najkorzystniejszej oferty, a tym samym do nieudzielenia odwołującemu zamówienia.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, iż pismem z dnia 16 lipca 2015 r. przesłanym odwołującemu e-mailem, zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 8 lipca 2015 r. Wskazał, że wybór oferty odwołującego został zakwestionowany przez Aircom i Lima/Heliportugal, którzy podnieśli, że śmigłowiec odwołującego nie spełnia między innymi wymogów specyfikacji i że gdyby zarzuty te okazały się prawdziwe, odwołujący nie mógłby wykonywać usług będących przedmiotem zamówienia. Zleca zatem ich zweryfikowanie niezależnemu ekspertowi. Stanowisko takie zamawiający uważa za tym bardziej uzasadnione, że odwołujący, przystępując po stronie zamawiającego do postępowań odwoławczych, nie przedstawił zamawiającemu kontrargumentów wobec tez wysuwanych przez Aircom i Lima/Heliportugal. Ponadto, zamawiający wskazał, że ma prawo zbadać zarzuty we własnym zakresie, zlecić w tym celu sporządzenie opinii wybranemu przez siebie biegłemu, a w przypadku, gdyby biegły stwierdził, że śmigłowiec odwołującego nie spełnia minimalnych wymogów określonych w warunkach postępowania, ma obowiązek wykluczyć odwołującego z postępowania.

W ocenie odwołującego nie jest możliwe wykonanie fachowej ekspertyzy w zakresie specyfikacji śmigłowca bez specyfikacji danego egzemplarza śmigłowca, o którą zamawiający nie zwrócił się do odwołującego. Ekspertyza biegłego bez specyfikacji danego egzemplarza śmigłowca nie spełnia wymogów fachowości i nie może być uznana za wiadomości specjalne. Sprzeciw odwołującego budzi ponadto przyjęte przez zamawiającego

założenie o wykluczeniu odwołującego z postępowania po stwierdzeniu przez biegłego, że śmigłowiec odwołującego nie spełnia minimalnych wymogów. Wynika z tego, że ekspertyza miałaby stanowić o wykluczeniu odwołującego z postępowania, co pozostaje w sprzeczności z autonomią zamawiającego w zakresie podejmowanych w postępowaniu czynności. Rodzi to także niepewność, co do możliwości odwołania się od czynności wykluczenia. Jeżeli bowiem wykluczenie nastąpiłoby automatycznie na skutek negatywnej opinii, środek ochrony prawnej miałby charakter iluzoryczny.

Zdaniem odwołującego, zamawiający dokonując ponownej oceny, zobowiązany był wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie uzasadniającym ponowną ocenę, czego nie uczynił oraz dokonując ponownej oceny, zamawiający zobowiązany był wezwać odwołującego do złożenia wymaganych oświadczeń i dokumentów w zakresie uzasadniającym ponowną ocenę, czego nie uczynił. Zamawiający dokonując ponownej oceny, zobowiązany był również wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie uzasadniającym ponowną ocenę, czego nie uczynił.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Dnia 20 lipca 2015 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: LIMA Sp. z o.o., Heliportugal Trabalhos e Transporte Aereo, Representacoes, Importacao S.A. ul. Dworcowa 4, 87-400 Golub-Dobrzyń.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne. Izba podziela stanowisko zamawiającego prezentowane na rozprawie, jak i przystępującego podniesione pisemnie w przystąpieniu i podtrzymane ustnie na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza odmówiła przeprowadzenia powołanych przez odwołującego dowodów (wyszczególnionych w treści odwołania oraz złożonych na rozprawie) wskazując,

iż nie dotyczą one przedmiotu niniejszego odwołania i zostały powołane jedynie dla zwłoki postępowania.

Izba wskazuje, iż odwołanie będące przedmiotem rozpoznania *de facto* ukierunkowane jest na działanie zamawiającego, jako przyszłe i niepewne. Odwołujący podnosi bowiem, iż zamawiający nie jest uprawniony do zweryfikowania swojego stanowiska w zakresie dokonanej oceny i nie jest uprawniony do unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonania ponownego badania i oceny złożonej oferty. Stanowisko odwołującego uznać należy za nieuzasadnione i nieznające swojego oparcia w obowiązujących przepisach ustawy Pzp, czy też wskazywanej przez odwołującego Dyrektywy.

Zgodnie bowiem z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie natomiast z przepisem art. 15 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający. Tym samym zamawiający badając złożone w postępowaniu oferty zobowiązany jest do traktowania wszystkich wykonawców w sposób równy i niedyskryminujący. Przedkładając powyższe na stan faktyczny sprawy wskazać należy, że zamawiający, który posiadał wiedzę o okolicznościach, które mogą stanowić podstawę do stwierdzenia w przyszłości, o nieważności zawartej umowy, zobligowany jest, przy każdej uzasadnionej sposobności, dokonać takich czynności formalnych i prawnych, które w sposób jednoznaczny doprowadzą do wyboru oferty najkorzystniejszej. Oferty najkorzystniejszej w każdej płaszczyźnie, w tym w tej dotyczącej zgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Skoro zatem zamawiający powziął wątpliwość, że oferta pierwotnie uznana przez niego za najkorzystniejszą może zawierać wady (formalne, czy merytoryczne), to przepisy prawa zobowiązują zamawiającego do zweryfikowania swojego stanowiska. I taki też proces weryfikacyjny zamawiający powziął w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zdaje się nie uwzględniać powyższego, co w ocenie Izby jest bezpodstawne.

Zamawiający bowiem, biorąc pod uwagę istotne okoliczności, nie znane mu wcześniej postanowił zbadać ofertę odwołującego ponownie. W tym celu zamawiający, ze względu na skomplikowany charakter zamówienia, w zgodzie z przepisem art. 21 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zdecydował się na powołanie biegłego. Przepis powyższy stanowi bowiem, że jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego, z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej, może powołać biegłych. Zamawiający w celu powołania profesjonalnego biegłego zwrócił się w tym celu do Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego z prośbą

o wskazanie niezależnego biegłego/eksperta w celu zweryfikowania złożonych ofert (pismo zamawiającego z dnia 12 czerwca 2015 r.).

W trakcie przygotowania i prowadzenia postępowania może zaistnieć potrzeba skorzystania z wiadomości specjalnych, a więc takich, które wykraczają poza zakres ogólnej wiedzy przeciętnego członka komisji. W tej sytuacji, na każdym etapie prac komisji, kierownik zamawiającego z własnej inicjatywy lub z inicjatywy komisji przetargowej może powołać biegłych. Biegłym w rozumieniu ustawy jest każda osoba posiadająca wiadomości specjalne, niezbędne z punktu widzenia prawidłowości przygotowania i prowadzenia danego postępowania, która zostanie wyznaczona do pełnienia tej funkcji przez kierownika zamawiającego. Biegłym może być zarówno pracownik zamawiającego, jak i inna osoba, która wyrazi zgodę na uczestniczenie w pracach w postępowaniu. Biegły może być powołany w skład komisji przetargowej, może również służyć swoimi wiadomościami bez włączania go w skład komisji (Małgorzata Stachowiak, Komentarz do art.21 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Lex 2014 wyd. 6).

Izba stwierdziła, że na dzień rozpoznania przedmiotowego odwołania zamawiający nie dysponuje opinią biegłego, dlatego też presja ze strony odwołującego ukierunkowana na bezzasadność powołania takiego czynnika oceny oferty, zdaje się być daleko posuniętą, nieuzasadnioną ostrożnością.

W ocenie Izby, zarzuty odwołania są *de facto* zarzutami przedwczesnymi, gdyż nie sposób zamawiającemu zarzucać dokonania błędnej oceny ofert, czy też zaniechania w zakresie braku wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień czy uzupełnienia dokumentów, bądź zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy brak jest przedmiotu oceny, tj. brak jest rzeczowej opinii biegłego. Dopiero wówczas, gdy zamawiający otrzyma niezbędną mu opinię biegłego, będzie mógł, na jej podstawie podjąć stosowne czynności w celu oceny zgromadzonego materiału. I to w tym momencie zamawiający będzie mógł, jeżeli zajdzie taka potrzeba, do zastosowania alternatywnie bądź łącznie przepisów art. 26 ust. 3 i/lub 4 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Na chwilę rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania nie sposób zamawiającemu zarzucić zastosowania czy też zaniechania wskazanych wyżej przepisów, gdyż brak jest przedmiotu oceny, tj. oceny oferty i stanowiska zamawiającego.

W ocenie Izby argumentacja odwołującego wraz z przedstawionymi dowodami ukierunkowana jest jedynie na polemikę odwołującego z opinią p. D. D. złożoną w poprzednim postępowaniu odwoławczym, która to opinia nie może być przedmiotem rozpoznawania przez Izbę w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Nie jest to bowiem czynność czy zaniechanie zamawiającego. A tylko taki zakres przedmiotowy unormowany przepisami ustawy Pzp – art. 180 ust. 1 – 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, możliwy jest do podważenia przez odwołującego. W zaskarżonym przez odwołującego zakresie Izba nie dopatrzyła się wadliwego, niezgodnego z przepisami działania lub zaniechania zamawiającego. Wręcz przeciwnie. W ocenie Izby zamawiający dokładając należytej staranności prowadzi rzeczony postępowanie starając się ustalić obiektywnie, treść oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: