

Wyrok
z dnia 18 czerwca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Beata Pakulska-Banach**

Członkowie: **Małgorzata Rakowska**

Ewa Sikorska

Protokolant: **Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) „LIMA” Sp. z o.o. z siedzibą w Golubiu-Dobrzyniu, ul. Dworcowa 4, 87-400 Golub-Dobrzyń (lider konsorcjum)** oraz **2) Heliportugal Trabalhos e Transporte Aéreo, Representações, Importação e Exportação S.A. Aeródromo Municipal de Cascais – Tires, 2785-632 São Domingos de Rana – Portugal (partner)**,

w postępowaniu prowadzonym przez: **„LOTOS Petrobaltic” Spółkę akcyjną z siedzibą w Gdańsku, ul. Stary Dwór 9, 80-758 Gdańsk,**

przy udziale: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) „GENERAL AVIATION SERVICES” Sp. z o. o. z siedzibą Góraszce, 05-462 Wiązowna (lider konsorcjum)** oraz **2) HeliJet Charter GmbH z siedzibą w Langenfeld, Liebigstr 3-9, 40764 Langenfeld (partner)**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) „LIMA” Sp. z o.o. z siedzibą w Golubiu-Dobrzyniu (lider konsorcjum)** oraz **2) Heliportugal Trabalhos e Transporte Aéreo, Representações, Importação e Exportação S.A. (partner)**, 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: **1) „LIMA” Sp. z o.o. z siedzibą w Golubiu-Dobrzyniu (lider konsorcjum)** oraz **2) Heliportugal Trabalhos e Transporte Aéreo, Representações, Importação e Exportação S.A. (partner)**, tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) „LIMA” Sp. z o.o. z siedzibą w Golubiu-Dobrzyniu (lider konsorcjum)** oraz **2) Heliportugal Trabalhos e Transporte Aéreo, Representações, Importação e Exportação S.A. (partner)** na rzecz Zamawiającego: **„LOTOS Petrobaltic” Spółki akcyjnej z siedzibą w Gdańsku kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

„LOTOS Petrobaltic” Spółka akcyjna z siedzibą w Gdańsku [zwana dalej: „Zamawiającym”] prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: *FH/ZP-17/2014 – Świadczenie usług transportu lotniczego pasażerów w okresie do 30.4.2017*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 sierpnia 2014 roku pod numerem 2014/S 154-277545.

W dniu 14 kwietnia 2015 roku Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu zaproszenia do składania ofert. Natomiast w dniu 22 maja 2015 roku Zamawiający przesłał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 1 czerwca 2015 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „LIMA” Sp. z o. o. z siedzibą w Golubiu-Dobrzyniu (lider konsorcjum) oraz Heliportugal Trabalhos e Transporte Aéreo, Representações, Importação e Exportação S.A. [zwani dalej łącznie: „Odwołującym”] wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – w formie pisemnej - odwołanie od czynności Zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej, podjętych w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców działających wspólnie - Konsorcjum firm: General Aviation Services Sp. z o. o. oraz HeliJet Charter GmbH, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia czy oferta wykonawców działających wspólnie - Konsorcjum firm: General Aviation Services oraz HeliJet Charter GmbH zawiera rażąco niską cenę

i w konsekwencji przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu: dokonania ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum firm: General Aviation Services Sp. z o. o. oraz HeliJet Charter GmbH oraz ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, Odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu:

- z całej dokumentacji postępowania będącej w posiadaniu Zamawiającego oraz z dodatkowych dokumentów, załączonych do odwołania;
- z opinii biegłego z zakresu lotnictwa w celu ustalenia czy treść oferty wykonawców działających wspólnie - Konsorcjum firm: General Aviation Services Sp. z o. o. oraz HeliJet Charter GmbH nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w niniejszym postępowaniu, tj. że śmigłowiec wskazany przez wykonawców, których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do realizacji przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu nie posiada zdolności do wykonania tego zamówienia przy założeniach postawionych w opisie przedmiotu zamówienia;
- z przesłuchania Stron - ze strony Odwołującego się Pana P. M., Wiceprezesa Zarządu Lidera Konsorcjum;
- z zeznań świadka Pana D. D., Pilota śmigłowcowego, Instruktora, Egzaminatora Urzędu Lotnictwa Cywilnego, Pilota doświadczalnego oraz z zeznań świadka Pana L. P., Pilota śmigłowcowego, Instruktora, Senior Egzaminatora Urzędu Lotnictwa Cywilnego, Pilota doświadczalnego na okoliczność, że treść oferty wykonawców działających wspólnie Konsorcjum firm: General Aviation Services Sp. z o. o. oraz HeliJet Charter GmbH nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w niniejszym postępowaniu, tj., że śmigłowiec wskazany przez wykonawców, których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do realizacji przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu nie posiada zdolności do wykonania tego zamówienia przy założeniach postawionych w opisie przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania, odnosząc się szczegółowo do podniesionych zarzutów, Odwołujący wskazywał, iż treść oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia - Konsorcjum firm: General Aviation Services Sp. z o. o. oraz HeliJet Charter GmbH, nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący podnosił, że oferta tych wykonawców przewiduje realizację usługi lotniczego transportu osób na rzecz Zamawiającego śmigłowcem Sikorsky S76 wersja A++. Podkreślił, że usługa będąca przedmiotem zamówienia w przedmiotowym postępowaniu jest w rozumieniu przepisów operacją zarobkowego transportu lotniczego (Commercial Air Transport, CAT), a głównym dokumentem regulującym jej wykonanie jest Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 965/2012 z dnia 5 października 2012 roku, ustanawiające wymagania techniczne i procedury administracyjne odnoszące się do operacji lotniczych zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 216/2008. Odwołujący dodał, że zgodnie z definicją zawartą w Rozporządzeniu Komisji (UE) Nr 965/2012 z dnia 5 października 2012 r., „Nieprzyjazne środowisko” oznacza m.in. „w każdym przypadku obszary (...) dla operacji prowadzonych nad obszarami wodnymi - obszary na otwartym morzu na północ od równoleżnika 45N i na południe od równoleżnika 45S wyznaczone przez władze danego państwa (...)”. Zdaniem Odwołującego, usługi wyszczególnione w opisie przedmiotu zamówienia należy traktować jako operacje w nieprzyjaznym środowisku, co ma istotne znaczenie pod kątem konieczności spełniania przez statek powietrzny wyższych standardów bezpieczeństwa i posiadania niezbędnych elementów dodatkowego wyposażenia.

Dalej Odwołujący podnosił, że w specyfikacji śmigłowca oferowanego przez ww. wykonawców, MTOM (maksymalna masa startowa) została określona jako 4900 kg, natomiast certyfikat ubezpieczenia tego śmigłowca podaje 4763 kg, zaś według Instrukcji Użytkowania w Locie nr seryjny śmigłowca pierwotnie posiadał (posiada) maksymalną masę startową 4763 kg, chyba, że została na nim wykonana modyfikacja nr 76070-20100. Stwierdził również, że określona w opisie przedmiotu zamówienia zdolność do lotu na wskazaną odległość wraz z powrotem na lotnisko startu i czasem oczekiwania oraz wymagania określone przepisami prawa, determinują ilość paliwa niezbędnego dla wykonania lotu. Według obliczeń Odwołującego paliwo niezbędne na wykonanie usługi (jednego lotu na platformę i z powrotem) objętej opisem przedmiotu zamówienia wynosi 560 kg. Jego zdaniem, przy uwzględnieniu także konieczności spełniania przez statek powietrzny wyższych standardów bezpieczeństwa i posiadania niezbędnych elementów dodatkowego wyposażenia, jak i przy założeniach wynikających z opisu przedmiotu zamówienia, oferowany śmigłowiec nie posiada zdolności do wykonania tego zamówienia. Podniósł, że wynik obliczeń dokonanych przez Odwołującego, wskazuje, że operacje miałyby być wykonywane z masą startową większą od maksymalnej dopuszczalnej o 348,67 kg. Ponadto, zauważył, że jego obliczenia wskazują na to, że oferowany przez ww. wykonawców śmigłowiec w danej konfiguracji będzie mógł wykonać usługi (operacje)

tylko z 6 pasażerami na pokładzie, bez naruszania maksymalnej dopuszczalnej masy startowej, pod warunkiem jeszcze, że przed startem zużyje dodatkowe 4 kg paliwa, podczas, gdy Zamawiający wymagał zapewnienia możliwości przewozu pasażerów przy założeniu średniej masy co najmniej 9 pasażerów na poziomie 105 kg.

Odwołujący podniósł, że śmigłowiec Sikorsky S-76 A++ nie zrealizuje operacji, przy zachowaniu wymagań Rozporządzenia Komisji (UE) Nr 965/2012 z dnia 5 października 2012 r., dotyczących konieczności użytkowania śmigłowców w klasie osiągow 1, podczas wykonywania operacji w nieprzyjaznym środowisku, gdyż przy masie startowej 4709 kg może nie być w stanie wykonać operacji na wyniesionym heliporcie w 1 klasie osiągow nawet w warunkach atmosfery wzorcowej.

W ocenie Odwołującego powyższe okoliczności świadczą o tym, że treść oferty wykonawców: General Aviation Services Sp. z o. o. oraz HeliJet Charter GmbH nie odpowiada treści SIWZ.

Nadto, powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z którego wynika, że o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, w ten sposób że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego. Stwierdził, że sens i zakres oświadczeń składających się na treść oferty wybranej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza nie odpowiada zamierzeniom Zamawiającego, wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ, ponieważ śmigłowiec wskazany, w tej ofercie, do realizacji przedmiotu zamówienia, nie posiada zdolności do wykonania tego zamówienia przy założeniach postawionych w opisie przedmiotu zamówienia.

Z kolei odnosząc się do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazywał, że cena oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: General Aviation Services Sp. z o. o. oraz HeliJet Charter GmbH wynosi 3.180.909,57 euro. Natomiast szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia została ustalona na kwotę 20.360.000,00 zł, co stanowi równowartość 4.819.048,97 euro.

Zauważył, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ ceny podane w walutach innych niż PLN miały zostać, na potrzeby porównania ofert, przeliczone przez Zamawiającego na PLN, według odpowiedniego kursu waluty obcej z tabeli A kursów średnich Narodowego Banku Polskiego, opublikowanej w dniu otwarcia ofert (Rozdział V ust. 4 pkt 4.3 SIWZ). Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 5 maja 2015 r., a w tym dniu kurs euro według tabeli A kursów średnich Narodowego Banku Polskiego wynosił: 4,0179.

Odwołujący stwierdził, że w dniu 5 maja 2015 r. cena oferty złożonej przez ww. wykonawców stanowiła wartość 12.780.576,56 złotych (PLN), co oznacza, że cena tej oferty stanowiła niecałe 63% szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego.

Odwołujący powołał się na treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zwrócił ponadto uwagę na poglądy wyrażane w piśmiennictwie, iż obowiązek badania, czy cena oferty nie została zaniżona, powstaje zawsze, gdy Zamawiający nabierze wobec jej wysokości uzasadnionych wątpliwości, przy czym wątpliwości tych Zamawiający nabrać musi, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert (Dzierżanowski Włodzimierz, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, wyd. VI, LEX).

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą bez badania czy cena tej oferty nie jest rażąco niska. Zdaniem Odwołującego, nieprzeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny w tym przypadku stanowi naruszenie przepisów ustawy, a samo naruszenie nastąpiło przez zaniechanie dokonania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy.

W toku posiedzenia w dniu 17 czerwca 2015 roku Odwołujący złożył pismo zawierające dodatkową argumentację i wnioski dowodowe.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną Izbie przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem tj. w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia [dalej: „SIWZ”], wnioski wykonawców o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty złożone przez wykonawców oraz informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „GENERAL AVIATION SERVICES” Sp. z o. o. z siedzibą Góraszce (lider konsorcjum) oraz HeliJet Charter GmbH z siedzibą w Langenfeld (partner), którzy w dniu 5 czerwca 2015 roku, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniach 1 i 2 czerwca 2015 roku przekazał wykonawcom zawiadomienie o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią za pośrednictwem poczty elektronicznej. W dniu 4 czerwca 2015 roku przypadał dzień ustawowo wolny od pracy, a zatem termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 5 czerwca 2015 roku.

Pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia, o którym mowa powyżej, doręczone zostało w formie pisemnej Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowo określonym terminie, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej Strony oraz załączył do przystąpienia dowody przesłania Stronom kopii zgłoszenia przystąpienia. Ponadto, w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia zawarł stanowisko merytoryczne w sprawie.

Wobec powyższego należało uznać, że ww. wykonawcy skutecznie dokonali zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, a tym samym stali się uczestnikami tego postępowania.

Następnie Izba ustaliła, że w ustalonym w przedmiotowej sprawie stanie faktycznym nie ma podstaw do odrzucenia odwołania w całości w oparciu o przesłanki, określone w art.189 ust. 2 ustawy Pzp.

W szczególności Izba nie podzieliła, argumentacji przedstawionej przez Przystępującego, iż odwołanie powinno podlegać odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 zgodnie z którym *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.* Izba ustaliła, że wbrew twierdzeniom Przystępującego, odwołanie zostało podpisane przez osobę, która była prawidłowo

umocowana do występowania w imieniu Odwołującego, w tym do wniesienia w jego imieniu odwołania.

Przede wszystkim wskazać należy, że na wezwanie Prezesa KIO, została wyjaśniona przez Odwołującego kwestia nieczytelnego podpisu złożonego w imieniu Heliportugal Trabalhos e Transporte Aéreo, Representações, Importação e Exportação S.A. (partnera konsorcjum) na pełnomocnictwie dla lidera konsorcjum. Na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego została zidentyfikowana osoba, która złożyła podpis na pełnomocnictwie dla lidera konsorcjum. Ponadto, zostało wykazane umocowanie tej osoby do występowania w imieniu Heliportugal, także w dacie podpisania pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum, na podstawie przedłożonego do akt sprawy certyfikatu bezterminowego. W ocenie Izby nie budziło również wątpliwości, iż ciąg pełnomocnictw i ich treść obejmuje swoim zakresem upoważnienie do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W ocenie Izby nie ziszcili się zatem przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art.189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego*, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania

Nadto, Izba rozważyła stanowiska Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

- I. *Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców działających wspólnie – Konsorcjum firm: General Aviation Services Sp. z o. o. oraz HeliJet Charter GmbH, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Powyższy zarzut w ocenie Izby został podniesiony z uchybieniem terminu przewidzianego ustawą Pzp. Był on już bowiem możliwy do podniesienia na wcześniejszym etapie postępowania. Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, który charakteryzuje się dwuetapowością przebiegu postępowania. Zgodnie z art. 51 ust. 1 ustawy Pzp *Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20.* Dopiero w następstwie dokonanej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zaprasza wykonawców w przetargu ograniczonym do składania ofert. Zaproszenia do składania ofert Zamawiający wystosował w dniu 14 kwietnia 2015 roku.

Jednym z warunków udziału w postępowaniu określonym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu było dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym, w tym śmigłowcem zdolnym do wykonania wymaganych przez Zamawiającego operacji.

Zamawiający określając bowiem warunki udziału w postępowaniu wskazał, m.in., że: *„W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki i wymagania określone w art. 22 ust. 1 Ustawy. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą spełniać warunki dotyczące: (...) 1.3. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – wykonawcy muszą dysponować: (...) b) Śmigłowcem zdolnym do wykonania wymaganych przez Zamawiającego operacji oraz podstawowym zapleczem technicznym umożliwiającym świadczenie regularnego transportu lotniczego nad otwartym morzem, spełniającego rekomendowane standardy bezpieczeństwa definiowane przez Oil&Gas Producers Association (Aircraft management guidelines doc. 390, updated August 2011).” (pkt IV.1.3. lit. b) ogłoszenia).”*

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że *„Ocena spełnienia warunków będzie dokonana na podstawie analizy wykazu osób, listy sprzętu, wykazu narzędzi oraz oświadczeń złożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu” (pkt IV.1.3. ogłoszenia).*

W pkt II.4 lit. a) – cc) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający określił wymagania wobec śmigłowca przeznaczonego do realizacji usług na rzecz Zamawiającego.

Natomiast w pkt V.1. ogłoszenia Zamawiający wskazał, że: *„W celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Ustawy oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia*

w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Ustawy, Wykonawca dostarczy następujące dokumenty: (...)

1.14. opis urządzeń technicznych (śmigłowców) przewidzianych przez wykonawcę do realizacji usług oraz środków organizacyjno-technicznych zastosowanych przez wykonawcę usług w celu zapewnienia jakości przez Wykonawcę lub które będzie pozostawało w dyspozycji Wykonawcy.

1.15. oświadczenie dot. specyfikacji śmigłowca potwierdzające spełnienie poszczególnych parametrów wymienionych w pkt.II.1.4. ogłoszenia (według załączonego wzoru)".

Jak z powyższego wynika, ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu, miała być dokonywana m.in. na podstawie opisu urządzeń technicznych i oświadczenia wykonawcy dotyczącego specyfikacji śmigłowca, załączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Konsorcjum złożone z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: General Aviation Services Sp. z o. o. oraz HeliJet, załączyło do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu m.in. oświadczenie dotyczące specyfikacji śmigłowca datowane na dzień 21.08.2014 r., odnoszące się do wyposażania śmigłowca zgodnie z pkt II.4 ogłoszenia oraz opis śmigłowca Sikorsky S-76 A++, zawierający dane techniczne oraz informacje o dodatkowym wyposażeniu. To z wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynikało więc jaki śmigłowiec (Sikorsky S-76 A++) będzie używany do realizacji usług, objętych przedmiotem zamówienia, w przypadku wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez ww. wykonawców.

Podkreślić należy, że ani w ofercie złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ani w żadnym z dokumentów, stanowiących załącznik do oferty, nie zostały wskazane jakiegokolwiek dodatkowe informacje, dotyczące parametrów technicznych śmigłowca, które nie wynikałyby ze złożonego wniosku. Także Zamawiający nie wymagał podania takich informacji na etapie składania ofert. Co więcej, wszelkie dane techniczne i parametry dotyczące oferowanego śmigłowca, jak i sam model oferowanego śmigłowca zostały określone przede wszystkim we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jedynie w załączniku nr 1 do Formularza oferty, tj. w Formularzu cenowym w tabeli nr 4 – *Dane dodatkowe do porównania ofert* - określono takie parametry jak: 1. maksymalny dystans (promień taktyczny) jaki może pokonać śmigłowiec nad otwartym morzem bez lądowania z maksymalną liczbą pasażerów (średnia waga pasażera 105 kg + 10 kg bagażu) w warunkach IFR; 2. masa startowa śmigłowca z maksymalną liczbą pasażerów przy zabezpieczeniu odpowiedniej ilości paliwa

na lot nad otwartym morzem na dystansie 125 km, 3. maksymalna liczba pasażerów (lot nad otwartym morzem na odległość / promień taktyczny 180 km) przy założeniu średniej wagi pasażera na poziomie 105 kg oraz przewożenia przez każdego z pasażerów bagażu o wadze 10 kg, przy jednoczesnym zabezpieczeniu odpowiedniej ilości paliwa.

Dodatkowo wskazać należy, że wymagania wskazane w treści SIWZ, dotyczące śmigłowca stanowią w istocie powtórzenie wymagań określonych w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt II – Opis przedmiotu zamówienia.

Odwołujący mógł wywieść przede wszystkim z wniosku ww. wykonawców o dopuszczenie do udziału w postępowaniu informacje, które pozwoliłyby mu na sformułowanie zarzutu, którego podstawy faktyczne zostały opisane powyżej. Mianowicie, okoliczność, że oferta ww. wykonawców przewiduje realizację usług na rzecz Zamawiającego za pomocą śmigłowca „Sikorsky S76 wersja A++” wynika z załączonego do wniosku opisu technicznego śmigłowca, jak i z przedłożonego certyfikatu. Specyfikacja śmigłowca, na którą powołuje się Odwołujący, stanowiła obligatoryjny załącznik do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i m.in. na jej podstawie Zamawiający dokonywał oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu co do dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Przedstawione przez Odwołującego obliczenia oparte są na informacjach zawartych w dokumentach, stanowiących załączniki do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Konfiguracja oferowanego śmigłowca wynikała z danych zawartych w opisie śmigłowca i specyfikacji, przy czym oświadczenie wykonawcy w zakresie specyfikacji śmigłowca miało być sporządzone według określonego przez Zamawiającego wzoru. Odwołujący, reasumując szczegółowe uzasadnienie przedmiotowego zarzutu, wskazywał, że wskazany w ofercie śmigłowiec do realizacji przedmiotu zamówienia, nie posiada zdolności do wykonania tego zamówienia przy założeniach postawionych w opisie przedmiotu zamówienia.

A przecież – jak już wcześniej zostało wskazane - warunkiem udziału w postępowaniu było dysponowanie śmigłowcem zdolnym do wykonania wymaganych przez Zamawiającego operacji. Wobec powyższego, zdaniem Izby, Odwołujący mógł i powinien podnosić przedmiotowy zarzut w związku czynnością Zamawiającego zaproszenia poszczególnych wykonawców do składania ofert.

Odwołujący w toku posiedzenia wprawdzie podkreślał, że postawił zarzut niezgodności oferty z treścią SIWZ, nie kwestionował zaś spełniania przez ww. wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Jednak przedstawiona argumentacja, ma zdaniem Izby, wyłącznie na celu obejście przepisów prawa, dotyczących terminów wnoszenia odwołań.

To, że Odwołujący postawił zarzut niezgodności oferty z treścią SIWZ, nie przesądza o tym, że termin na wniesienie odwołania w tym zakresie należy liczyć od dnia przesłania przez Zamawiającego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Przeczą temu okoliczności faktyczne niniejszej sprawy, wskazane powyżej, z których wynika, że sformułowanie w ten sposób zarzutu prowadzi w istocie do obejścia przepisów prawa, dotyczących terminów wnoszenia odwołań.

Jednocześnie należy zauważyć, że Zamawiający – jak sam przyznał w toku posiedzenia z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego – wbrew dyspozycji przepisu art. 51 ust. 1a ustawy Pzp, nie powiadomił wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach co do spełniania tych warunków. Jak wynika z przepisu art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający winien był zgodnie z przepisem art. 51 ust. 1a ustawy Pzp powiadomić wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie czyniąc tego dopuścić się naruszenia ustawy Pzp w tym zakresie. Jednakże, w ocenie Izby, nie powoduje to odmiennej oceny co do zarzutu podniesionego przez Odwołującego, iż jest on spóźniony. To rzeczą Odwołującego było ustalenie w terminie ustawowym, czy Zamawiający wykluczył z udziału w postępowaniu pozostałych wykonawców bądź też czy zaprosił ich do składania ofert. Odwołujący winien był wykazać się należyłą starannością i ustalić lub choćby podjąć próbę ustalenia jakie są wyniki dokonanej oceny spełniania przez poszczególnych wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Nie wnosił on do Zamawiającego o przesłanie stosownej informacji. Ponadto, Odwołujący nie podnosił nawet zarzutu wobec braku powiadomienia, o którym mowa powyżej, ani w terminie liczonym od daty zaniechania tej czynności, ani nie podnosił tego zarzutu w ramach odwołania, będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia.

Odwołujący winien był zatem podnieść zarzut w terminie określonym w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, stanowiącym, iż: *Odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się: 1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.*

Zarzut powinien zostać podniesiony na etapie badania i oceny wniosków o dopuszczenie wykonawców do udziału w postępowaniu.

W dalszej kolejności, stwierdzić należy, że ustawa Pzp nie przewiduje instytucji częściowego odrzucenia odwołania.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*

Powyżej powołany przepis stanowi o odrzuceniu odwołania w całości, w przypadku, gdy zostało ono wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Jednocześnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że zarzuty, co do których zachodzą przesłanki, dla których samodzielnie złożone odwołanie podlegałoby odrzuceniu, nie podlegają rozpatrzeniu przez Izbę [por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lipca 2013r. o sygn. akt KIO 1718/13].

Wobec powyższego, z uwagi na to, że zarzut został podniesiony z uchybieniem terminu, określonego w ustawie Pzp, skład orzekający Izby pozostawił go bez rozpoznania.

- II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia czy oferta wykonawców działających wspólnie - Konsorcjum firm: General Aviation Services oraz HeliJet Charter GmbH zawiera rażąco niską cenę i w konsekwencji przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.*

Zarzut ten, w ocenie Izby, nie zasługuje na uwzględnienie.

Uzasadniając przedmiotowy zarzut Odwołujący odwołał się do brzmienia obowiązującego obecnie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, iż: *Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.*

Na gruncie aktualnie obowiązującego brzmienia powołanego powyżej przepisu prawa, w przypadku zaistnienia sytuacji, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, istnieje niejako automatyczny obowiązek zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawcy, który taką cenę zaoferował, o udzielenie wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Jednak, do przedmiotowego postępowania ma zastosowanie przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia tego postępowania, zgodnie z którym: *Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.*

Prawdą jest, tak jak wskazywał Odwołujący, że w piśmiennictwie wyrażany jest pogląd, że obowiązek badania czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny powstaje wówczas, gdy Zamawiający nabierze wobec jej wysokości uzasadnionych wątpliwości. Także, w niniejszej sprawie, gdyby istniały okoliczności, wskazujące na to, że Zamawiający powinien powziąć uzasadnione wątpliwości co do jej wysokości, to wówczas byłby on zobowiązany do wystąpienia do wykonawców o złożenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Takie okoliczności powinien też przedstawić Odwołujący na poparcie podniesionego zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny.

Jednakże Odwołujący nie podał żadnej argumentacji wskazującej na to, że w tym postępowaniu Zamawiający powinien był powziąć uzasadnione wątpliwości co do rażąco niskiej ceny, a jedynie odwołał się do przepisu, w brzmieniu, który nie ma zastosowania do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Z uzasadnienia odwołania wynika, że jedynym argumentem powołanym przez Odwołującego jest to, że cena oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia General Aviation Services oraz HeliJet Charter GmbH, stanowi niecałe 63% szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego. W ocenie Izby, tak sformułowany i uzasadniony zarzut, w sytuacji, gdy do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia tego postępowania, jest całkowicie bezzasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. b), § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 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).

W związku z powyższym Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł, uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł, stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie przedstawionej faktury VAT.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....