

WYROK
z dnia 23 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Małgorzata Matecka
Anna Osiecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 i 19 marca 2021 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 22 lutego 2021 r. przez wykonawcę **Heli Service International GmbH z siedzibą w Emden, Niemcy**,

B. w dniu 22 lutego 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **General Aviation Services Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Góraszce oraz Heli Holland Air Service B.V. z siedzibą w Emmer-Compascuum, Holandia**

w postępowaniu prowadzonym przez

LOTOS Petrobaltic Spółkę akcyjną z siedzibą w Gdańsku

przy udziale wykonawców:

A. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **General Aviation Services Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Góraszce oraz Heli Holland Air Service B.V. z siedzibą w Emmer-Compascuum, Holandia** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 250/21 po stronie zamawiającego,

B. **Heli Service International GmbH z siedzibą w Emden, Niemcy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 252/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 250/21 w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczącego nieprawidłowego i niezgodnego ze stanem faktycznym podania danych dotyczących terminu eksploatacji śmigłowca, a w konsekwencji nieprawidłowej oceny oferty w ramach kryteriów oceny ofert i nakazuje LOTOS Petrobaltic Spółce akcyjnej wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **General Aviation Services Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Heli Holland Air Service B.V. oraz odrzucenie**

oferty tych wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. oddała odwołanie o sygn. akt KIO 250/21 w pozostałym zakresie,
3. uwzględniła odwołanie o sygn. akt KIO 252/21 i nakazuje LOTOS Petrobaltic Spółce akcyjnej wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy Heli Service International GmbH,
4. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 250/21 obciąża proporcjonalnie Heli Service International GmbH oraz LOTOS Petrobaltic Spółkę akcyjną, kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 252/21 obciąża Heli Service International GmbH i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Heli Service International GmbH i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia General Aviation Services Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (sprawa sygn. akt KIO 250/21) oraz Heli Holland Air Service B.V. (sprawa sygn. akt KIO 252/21) tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od LOTOS Petrobaltic Spółki akcyjnej na rzecz Heli Service International GmbH kwotę 4 440 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści złotych zero groszy) stanowiącą proporcjonalne koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocników,
 - 4.3. zasądza od Heli Service International GmbH na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia General Aviation Services Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Heli Holland Air Service B.V. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 250/21

KIO 252/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Lotos Petrobaltic S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług transportu lotniczego na platformy Zamawiającego” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 15 kwietnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 074-177330. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko odwołującego Heli Service – odwołanie o sygn. KIO 250/21

Odwołujący – Heli Service International GmbH wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, pkt 3 i pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie, a tym samym zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia General Aviation Services Sp. z o.o. i Heli Holland Air Service B.V., zwanych dalej „przystępującym General Aviation”, podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także zawiera błędy w obliczeniu ceny,
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie, a tym samym zaniechanie wykluczenia przystępującego General Aviation z postępowania, z uwagi na to, że przystępujący General Aviation co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu,
3. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie wobec oferty przystępującego General Aviation, co doprowadziło do niedopuszczalnej ingerencji Zamawiającego w treść oferty przystępującego General Aviation i zmianę oświadczenia woli złożonego przez przystępującego General Aviation w postępowaniu,

4. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty przystępującego General Aviation jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ta powinna być odrzucona, względnie przystępujący General Aviation powinien być wykluczony z postępowania, a oferta ta nie powinna być najwyżej oceniona zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

5. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie w stosunku do przystępującego General Aviation, podczas gdy dokumenty złożone przez przystępującego General Aviation w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych były niekompletne i zawierały błędy, w związku z czym Zamawiający powinien był co najmniej wystąpić o ich uzupełnienie,

6. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych pozostające w związku z naruszeniem innych przepisów wskazanych w powyższych zarzutach, polegające na tym, że w wyniku naruszenia wskazanych powyżej przepisów doszło również do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a także

7. innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wynikających z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,

2. odrzucenia oferty przystępującego General Aviation na podstawie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, pkt 3 i pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, względnie wykluczenia przystępującego General Aviation z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych,

3. dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, z uwzględnieniem zarzutów odwołania,

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,

5. przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania na okoliczności wynikające z tego uzasadnienia.

Na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów skutkujących nakazaniem Zamawiającemu dokonania czynności, o których mowa w punkcie 1-3, Odwołujący zakwestionował zaniechanie udostępnienia mu pełnej treści dokumentów: polisy ubezpieczeniowej Heli Holland Air Service B.V. oraz wykazu osób na potwierdzenie spełniania przez przystępującego General Aviation warunków udziału w postępowaniu jako – jak Odwołujący się domyśla – stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego General Aviation, a także zaniechanie udostępnienia uzasadnienia tajemnicy zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie, podczas gdy te informacje nie stanowią

tajemnicy przedsiębiorstwa i powinny być udostępnione – czym Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z czym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu tych dokumentów.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego General Aviation, podczas gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Jednym z kryteriów oceny ofert w postępowaniu były „Dodatkowe wymogi bezpieczeństwa”. Na potrzeby oceny tego kryterium wykonawcy byli zobowiązani do złożenia w ofertach oświadczeń na okoliczność wieku oferowanego śmigłowca jako jednego z podkryteriów. Fakt, że chodzi o wiek śmigłowca, a nie o jakikolwiek inny parametr, jest jednoznacznie potwierdzony w instrukcji wypełnienia formularza oferty zawartej w pkt 14.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „Na potrzeby niniejszego kryterium Wykonawca zobowiązany jest zawrzeć odpowiednie oświadczenie w Formularzu Ofertowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ”. Zgodnie z pozycją 2. tabeli zawartej w tym punkcie oświadczenie, za które przyznawano punkty, miało być złożone na okoliczność „wieku śmigłowca przeznaczonego do zabezpieczenia LOTOS Petrobaltic na dzień składania Ofert”. Zgodnie z definicją językową podawaną przez internetowy słownik Wydawnictwa Naukowego PWN termin „wiek” powinno rozumieć się jako „długość życia człowieka od urodzenia do danej chwili; też: długość życia rośliny lub zwierzęcia lub czas istnienia czegoś”. W ocenie Odwołującego pojęcie to jest jasne już w oparciu o powyższą definicję językową i nie wymaga dalszej wykładni. Odnosząc definicję językową pojęcia „wieku” do śmigłowca, uwzględniając przy tym instrukcje dotyczące wypełnienia formularza oferty zawarte w punkcie 14.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należy przyjąć, że Zamawiającemu chodziło o wskazanie całkowitego okresu istnienia oferowanego śmigłowca od momentu jego wyprodukowania do dnia składania ofert w postępowaniu. Takie rozumienie pojęcia „wieku” śmigłowca ma swoje uzasadnienie również z punktu widzenia celowościowego. Podkryterium „wieku” było bowiem elementem szerszego kryterium „Dodatkowe wymogi bezpieczeństwa”. Podkryterium „wieku” ma więc sens jedynie przy przyjęciu, że przy jego wyznaczeniu należy uwzględnić datę produkcji śmigłowca, a nie dzień rozpoczęcia eksploatacji przez określonego wykonawcę (np. dzień jego nabycia i włączenia do floty w przypadku używanych śmigłowców). Trudno byłoby uzasadnić, z jakiego powodu okres eksploatacji śmigłowca przez wykonawcę, a nie okres jego istnienia od daty produkcji,

miałby być oceniany przez Zamawiającego w ramach kryterium dotyczącego bezpieczeństwa. Gdyby przyjąć w tym zakresie okres eksploatacji śmigłowca, to rezultat byłby absurdalny, gdyż fakt niedawnego nabycia przez wykonawcę używanego, dawno wyprodukowanego śmigłowca byłby dla Zamawiającego bardziej istotny z punktu widzenia bezpieczeństwa niż nieco dłuższy okres eksploatacji młodszego śmigłowca.

Pojęcie „wieku” zgodnie z powyższym rozumieniem potwierdza również pkt 6.4 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wprowadzający warunek brzegowy dla śmigłowca, zgodnie z którym śmigłowiec powinien być nie starszy niż 15 lat na dzień składania ofert. Warunek brzegowy dla wieku śmigłowca powinien być analizowany łącznie z podkryterium „wieku” z punktu 14.2.2, ponieważ są to zagadnienia komplementarne. Pojęcie „nie starszy niż” trudno rozumieć inaczej niż odnosząc do daty produkcji śmigłowca.

W ocenie Odwołującego instrukcja wypełnienia formularza oferty z punktu 14.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w świetle pozostałych postanowień specyfikacji i całokształtu okoliczności, była jasna i jednoznacznie z niej wynikało, że chodziło o datę produkcji śmigłowca, a nie rozpoczęcie jego eksploatacji przez wykonawcę. Tymczasem przystępujący General Aviation wskazał w ofercie „wiek” rozumiany jako okres zaczynający swój bieg od dnia rozpoczęcia eksploatacji śmigłowca przez przystępującego General Aviation w 2017 r. Powyższy fakt został potwierdzony w wyjaśnieniach przystępującego General Aviation z 29 czerwca 2020 r., do których załączono m.in. oświadczenie o zgodności statku powietrznego dla oferowanego śmigłowca wydane w 2009 r. Zatem to w 2009 r., a nie w 2017 r. zaoferowany przez przystępującego General Aviation śmigłowiec Airbus EC 155 B1 o numerze rejestracyjnym PH-EUB, został wyprodukowany. Data produkcji tego śmigłowca jest niesporna i wynika z dokumentacji złożonej Zamawiającemu przez przystępującego General Aviation w postępowaniu.

W związku z tym, że przystępujący General Aviation wpisał w ofercie w oświadczeniu dotyczącym wieku śmigłowca datę początku jego eksploatacji (2017 r.), a nie datę jego produkcji (2009 r.), należy uznać, że przystępującego General Aviation wypełnił formularz oferty nieprawidłowo, niezgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta wypełniona w sposób niezgodny z instrukcją zawartą w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest ofertą, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co sprawia, że Zamawiający ma obowiązek jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Sformułowanie „eksploatacja” śmigłowca w formularzu ofertowym jest niesprzeczne z pozostałymi fragmentami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. „Eksploatacja” rozumiana prawidłowo, tj. przez pryzmat zasad z punktu 14.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz przy uwzględnieniu okoliczności, że chodzi o kryterium „Dodatkowe wymogi bezpieczeństwa”, powinna być interpretowana jako „całkowity okres

eksploatacji od daty produkcji”, a nie jako „okres eksploatacji przez aktualnego wykonawcę”. Specyfikację istotnych warunków zamówienia należy w tym przypadku czytać jako jeden spójny dokument i nie można powoływać się na wyrwane z kontekstu fragmenty formularza ofertowego mówiące o „eksploatacji” śmigłowca.

Uprzedzając kontrargument, że wpisanie nieprawidłowego parametru wpływa jedynie na punktację i jest błahym błędem nie wpływającym na ewentualne odrzucenie oferty – Odwołujący nie zgadza się z taką argumentacją, a błąd nie jest błahy. Nie chodzi w nim wyłącznie o to, ile punktów otrzyma oferta, ale czy wpisany parametr jest zgodny z żądaniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z punktu widzenia uczciwej konkurencji istotne jest, by wykonawcy wpisywali taki parametr, o jaki są pytani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Działanie przystępującego General Aviation nosi również znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zdaniem Odwołującego przystępujący General Aviation, będąc przecież podmiotem profesjonalnym, powinien wiedzieć, że Zamawiającemu chodzi o podanie w ofercie „wieku” śmigłowca liczonego od daty produkcji. Tymczasem przystępujący General Aviation złożył w ofercie oświadczenie znacznie korzystniejsze dla siebie i przedstawił „wiek” śmigłowca w sposób, który był niezgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ale przy odrobinie nieuwagi ze strony Zamawiającego mógł zapewnić lepszą pozycję w postępowaniu. Takie działanie nie zasługuje na ochronę prawną i jest co najmniej sprzeczne z dobrymi obyczajami (a być może nawet prawem – art. 297 § 1 Kodeksu Karnego penalizuje składanie nierzetelnych informacji w przetargu w celu uzyskania zamówienia publicznego), a dodatkowo narusza interes Odwołującego polegający na możliwości uzyskania zamówienia objętego postępowaniem. W związku z powyższym, oferta przystępującego General Aviation podlega również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oferta przystępującego General Aviation nie spełnia warunków brzegowych określonych w opisie przedmiotu zamówienia – pkt 6.4 lit. a) w zw. z pkt 6.4 lit. d) specyfikacji istotnych warunków zamówienia – w związku z tym, że zaoferowany śmigłowiec EC155, numer seryjny 6802, nr rejestracyjny PH-EUB nie jest w stanie zabrać na pokład 9 osób i wykonać lotu nad otwartym morzem, przy spełnieniu pozostałych założeń specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na odległość 180 km. Z tego powodu oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dodatkowo przystępujący General Aviation wpisał w załączniku cenowym oferty zbyt niską liczbę lotów na platformy, niezbędnych do wymiany załóg, co wpływa na oferowaną cenę. Tak niska liczba lotów jest niemożliwa do spełnienia w praktyce przy spełnieniu założeń specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dotyczy to platformy Petro Giant oraz innych platform.

Dokonane przez Odwołującego wyliczenia, a także opinia techniczna sporządzona przez Leonardo Helicopters potwierdzają, że przy spełnieniu założeń specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest możliwy, by zaoferowany śmigłowiec EC155 zabrał na pokład 9 osób i wykonał lot na dystansie 180 km przy spełnieniu założeń specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oznacza to, że oferta nie spełnia warunków brzegowych – pkt 6.4 lit. a) i d) specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokumenty te potwierdzają również, że nie jest możliwe, aby zaoferowany śmigłowiec wykonał wskazaną, zbyt niską liczbę lotów w ramach wymiany załóg na platformach. Przystępujący General Aviation zadeklarował w formularzu cenowym wykonanie 3, a nie 4 lotów niezbędnych do wymiany 28-osobowej załogi (tabela 2., kolumna „Liczba lotów do realizacji 1 wymiany załogi”, pozycja 4. dotycząca platformy Petro Giant). Faktycznie na platformę Petro Giant śmigłowiec przystępującego General Aviation może zabrać na pokład jedynie maksymalnie 7 lub 8 (przy temperaturze otoczenia 25 stopni C), w najlepszym razie 8 lub 9 osób (przy temperaturze otoczenia 15 i 20 stopni C), a nie 10 zadeklarowanych osób. Jeżeli śmigłowiec może zabrać na pokład 8 lub 9 osób, to potrzebne są 4 loty, ponieważ 3 loty to za mało, by przewieźć 28-osobową załogę (lot z 10 osobami).

Parametry te są niemożliwe do spełnienia m.in. dlatego, że osiągi śmigłowca typu EC155 drastycznie spadają przy wyższych temperaturach otoczenia. Zamawiający nie sprecyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia założeń co do temperatury otoczenia, jednak w warunkach polskich (Gdańsk) temperatury rzędu 15-20-25 stopni C są normalnie występującymi temperaturami. Dlatego Odwołujący dokonał obliczeń przy uwzględnieniu wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia (np. masa pustego śmigłowca, masa urządzeń na śmigłowcu wymaganych w specyfikacji, masa paliwa, masa dwóch pilotów, masa osób możliwych do zabrania na pokład wraz z bagażem, przy czym specyfikacja istotnych warunków zamówienia zakłada 115 kg na osobę, dystans itd., wymogi tzw. CAT A Performance Class 1). Zastosowanie CAT A Performance Class 1 jest to standardem w lotach typu offshore, ponieważ zapewnia niezbędne wymogi bezpieczeństwa, oznacza jednak konieczność odpowiednio mniejszego obciążenia śmigłowca (w tym w zakresie zabrania mniejszej liczby osób na pokład). Zastosowanie tzw. CAT A Performance Class 2, chociaż teoretycznie pozwala wziąć na pokład więcej osób, niesie ze sobą istotne ryzyko. Przy starcie i lądowaniu zawsze będzie istniał okres, w którym jeden silnik nie będzie miał wystarczającej mocy, aby przeprowadzić ten manewr bezpiecznie. Dlatego, zdaniem

Odwołującego, Performance Class 2 nie powinna być w tym przypadku wykorzystywana, a Aircraft Management Guidelines co do zasady wykluczają jej zastosowanie w nieprzyjnym środowisku, jakim jest lot nad morzem Bałtyckim wg według rozporządzenia Komisji (UE) nr 965/2016. tytułu. Z dokumentacji postępowania wynika, że kwestie bezpieczeństwa są dla Zamawiającego niezwykle istotne.

Obliczenia przystępującego General Aviation dotyczące liczby lotów na platformy, przedstawione Zamawiającemu w wyjaśnieniach z 20 lipca 2020 r., potwierdzone pismem z dnia 29 października 2020 r., zawierają dane nierealne i nieprawdziwe. Obliczenia te są bazowane na prędkości 145 KIAS, która dla założonych parametrów lotu nie odpowiada prędkości 157 KTAS (jak przyjął przystępujący General Aviation). Nie jest tak dla założonej wysokości przelotowej 1500 ft (wskazanej w obliczeniach przystępującego General Aviation), a jedynie teoretycznie dla wysokości 5000 ft. Na wysokości 1500 ft prędkość 145 KIAS odpowiada 148,6 KTAS. Oznacza to, że przystępujący General Aviation w obliczeniach „poprawił” sztucznie swój wynik o więcej niż 8 węzłów na prędkości (ok. 5%), co oznacza dłuższy w rzeczywistości czas lotu, a tym samym większe zużycie paliwa. Zużycie paliwa musi być planowane zgodnie z dokumentacją producenta, mimo że w praktyce teoretycznie może ono być wyższe lub niższe, w zależności od warunków. Zużycie paliwa wskazywane przez przystępującego General Aviation jest generalnie dużo mniejsze niż wskazuje Airbus na swoich wykresach, zarówno dla przelotu, jak i dla trybu „holding”. Wydaje się, że podczas rejsu obliczają 330 kg/h przy 145 KIAS, podczas gdy wartość na wykresie wynosi 357 kg/h (8% więcej). Dla trybu „holding” 240 kg/h vs 253 kg/h (5% więcej).

CAT-A (PC 1) maksymalna masa startowa dla lotów offshore jest wskazana w obliczeniach przystępującego General Aviation jako 4,750 kg. Nie bierze on jednak pod uwagę wysokości pokładu dla helikopterów (decku) i wynikającego z tego dostępnego spadku maksymalnej masy startowej. Przy wysokości pokładu 120 stóp i warunkach 15°C maksymalna masa startowa wynosi 4.730 kg. Wartość ta drastycznie spada wraz ze wzrostem temperatury. Przy 20°C maksymalna masa startowa została już zredukowana do 4,630 kg.

Dodatkowo przystępujący General Aviation wykorzystał ostrożnie niskie i niepotwierdzone szacunki dotyczące masy pustego śmigłowca. Jest wysoce nieprawdopodobne, aby rzeczywista waga była prawie taka sama, jak masa śmigłowca w konfiguracji innej niż Oil & Gas. Wagi wskazane przez Leonardo w opinii technicznej na potwierdzenie obliczeń Odwołującego pokazują normalną konfigurację Oil & Gas i znacznie wyższą wagę. Przystępujący General Aviation nie dostarczył wykresów A (wykaz całego wyposażenia śmigłowca i wskazanie mas), B (rzeczywiste wyniki ważenia) i C (co znajdowało się na śmigłowcu w momencie ważenia), aby Zamawiający mógł sprawdzić masę. Zdaniem Odwołującego obliczenia Konsorcjum są „poprawione” sztucznie i niemożliwe do spełnienia.

Ponadto paliwo potrzebne do pozostawania na lądowisku w trybie włączonego silnika zostało skalkulowane bardzo nisko. Prawdopodobnie przystępujący General Aviation założył, że silnik wyłącza się na pokładzie, potwierdza to wskazany czas, przy czym chodzi o to, aby zaoszczędzić paliwo. Stwarza to możliwość utknięcia śmigłowca na lądowisku na platformie, jeżeli wystąpi problem podczas rozruchu – dlatego Zamawiający wymagał, aby nie wyłączać silnika na lądowisku. W normalnych okolicznościach tego się nie robi, w związku z czym występuje zużycie paliwa. Podobnie paliwo potrzebne do kołowania. Paliwo potrzebne do przelotu jest nierealne, co zostało wykazane. Nie ma uwzględnionego czynnika wiatru, a także nie wskazano temperatury otoczenia, przy czym temperatura ma kluczowy wpływ na osiągi śmigłowca, gdyż na Morzu Bałtyckim nie panują tzw. warunki neutralne.

Suma powyższych okoliczności (50 kg): 1,5 minuty dłuższa podróż na odległość w jedną stronę (z odpowiednim TAS) przy przepływie paliwa z wykresów = + 22 kg + 2 kg (10%) = 24 kg; rezerwa na „holding” = + 6 kg; 20 kg mniej dla masy startowej na morzu = + 20 kg uniemożliwiają oba loty z 10 pasażerami, nawet przy + 15°C. W temperaturach wyższych niż 15 stopni obliczenia wyglądają gorzej dla przystępującego General Aviation, nie ma więc marginesu pozwalającego na przeloty przy wyższych temperaturach i wietrze. Helikopter powinien być w stanie wykonać misję w każdych warunkach, a nie tylko w sprzyjających, przy dobrych warunkach pogodowych.

Różnica punktów między ofertą Odwołującego a ofertą przystępującego General Aviation wynosi zaledwie 0,44 punktu.

Nieprawidłowe (niezgodne z rzeczywistością) wpisanie liczby lotów w formularzu cenowym należy traktować jako podstawę do odrzucenia oferty przystępującego General Aviation. Wpisanie niezgodnej z rzeczywistością liczby lotów stanowi o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). W specyfikacji istotnych warunków zamówienia została zawarta jasna instrukcja wypełnienia załącznika cenowego. W formularzu cenowym, tabela 2., kolumna „Liczba lotów do realizacji 1 wymiany załogi” należało wpisać rzeczywistą liczbę potrzebnych lotów przy spełnieniu założeń określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (m.in. w zakresie liczby osób do przewiezienia na platformę i dystansu). Wpisanie w tę kolumnę liczby, która nie odpowiada rzeczywistości, stanowi działanie niezgodne z instrukcją wypełnienia tabeli, która została określona w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i powoduje niezgodność ze specyfikacją całej oferty.

Nieprawidłowe (niezgodne z rzeczywistością) wpisanie liczby lotów w formularzu cenowym nosi także znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Oferta powinna zatem być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie

sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zdaniem Odwołującego przystępujący General Aviation, będąc podmiotem profesjonalnym i znając możliwości swojego śmigłowca, jak i założenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinien wiedzieć, że podane w załączniku cenowym liczby lotów na platformy są zbyt niskie i niemożliwe do spełnienia. Przystępujący General Aviation przedstawił jednak liczbę lotów, która była niemożliwa do spełnienia, ale mogła zapewnić lepszą pozycję w postępowaniu. Takie działanie nie zasługuje na ochronę prawną i jest co najmniej sprzeczne z dobrymi obyczajami, a być może nawet prawem – art. 297 § 1 Kodeksu Karnego, dodatkowo narusza interes Odwołującego polegający na uzyskaniu zamówienia. W związku z tym oferta podlega również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Również Zamawiający nabrał wątpliwości co do możliwości wykonania przez przystępującego General Aviation wskazanej liczby lotów i w piśmie z 13 lipca 2020 r., w ramach żądania wyjaśnień, stwierdził, że „wątpliwości Zamawiającego budzi Formularz Cenowy, w szczególności Tabela nr 2 poz. 4, w której wskazują Państwo, iż liczba lotów jaką należy wykonać celem wymiany jednej załogi w liczbie 28 osób to 3 przeloty. Z wieloletniego doświadczenia Zamawiającego wynika, iż możliwe, że wykonanie wymiany 28-osobowej załogi przy deklarowanym typie śmigłowca (Helicopter EC155, serial numer 6802, nr rejestracyjny PH-EUB) wymaga 4, a nie jak wskazali Państwo w Formularzu Cenowym, 3 lotów śmigłowcem. Dotychczasowa praktyka/doświadczenie w realizacji lotów wskazuje na możliwość przewiezienia jednym lotem max. ilości 9 pasażerów. Wielokrotnie zdarzało się podczas trwania obecnej umowy, zwłaszcza w warunkach IFR na trasie GDN – platformy, gdy konieczność zabrania większego zapasu paliwa dla wskazanego typu śmigłowca redukowałą dopuszczalną max. wagę łączną pasażerów i prowadziła do redukcji ich ilości w jednym locie”. Powyższe pismo Zamawiającego potwierdza, że przystępujący General Aviation, działając z należytą starannością, już chociażby w oparciu o dotychczasową praktykę, jak i znając możliwości techniczne swojego śmigłowca, powinien przyjąć w ofercie większą liczbę lotów wymaganych do wymiany załóg.

W trakcie postępowania Zamawiający wielokrotnie unieważniał swoje wcześniejsze czynności. Unieważnił również ww. wezwanie przystępującego General Aviation do złożenia wyjaśnień i 29 października 2020 r. wystosował podobne wezwanie, łagodząc jego wydźwięk – zdaniem Odwołującego dlatego, aby nie utrudniać udzielenia odpowiedzi: „W tabeli nr 2 poz. 4 Formularza Cenowego, wskazują Państwo, iż liczba lotów jaką należy wykonać celem wymiany załogi Platformy PETRO GIANT (odległość całego przelotu na trasie Gdańsk – platforma PETRO GIANT – Gdańsk = 260km) w liczbie 28 osób to 3 przeloty. Z zadeklarowanej liczby lotów wynika, że w jednym z nich musiałyby podróżować 10 pasażerów. Z dotychczasowej praktyki wynika, że takie loty są możliwe i sporadycznie

zdarzały się już w przeszłości, jednak dla rozstrzygnięcia wątpliwości wskazane byłoby przedstawienie stosownych obliczeń bazujących na parametrach i osiągnięciach oferowanego śmigłowca, które potwierdzałyby możliwość każdorazowego transportu 10 osób w jednym z lotów w ramach wymiany załogi Platformy PETRO GIANT". Ta zmiana podejścia Zamawiającego może stanowić o faworyzowaniu go w postępowaniu. Zgodnie z wiedzą Odwołującego jest tak, jak Zamawiający wskazał w wezwaniu z lipca 2020 r., tj. aktualna praktyka wykonywania umowy między Zamawiającym a przystępującym General Aviation pokazuje, że nie jest możliwe przewiezienie 10 osób na platformę śmigłowcem przystępującego General Aviation.

Nieprawidłowe (niezgodne z rzeczywistością) wpisanie liczby lotów w formularzu cenowym powoduje, że oferta przystępującego General Aviation zawiera błędy w obliczeniu ceny, zatem podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Poprzez podanie nieprawidłowej, zbyt niskiej, liczby lotów przystępujący General Aviation doprowadził do sytuacji, w której również koszty operacji lotniczych w ramach obliczenia ceny ofertowej okazały się nieprawidłowe.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia cenę ofertową należało obliczyć w formularzu cenowym, z wykorzystaniem m.in. tabeli 2. Skoro podane dane w zakresie cen niezbędnych do obliczenia całkowitej ceny ofertowej są niewiarygodne, nieprawdziwe i niezgodne z instrukcją w zakresie tego, co należało wpisać w tabelę, to należy przyjąć, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny. Cen jednostkowych w zakresie poszczególnych operacji śmigłowcowych nie można bowiem w żaden racjonalny sposób poprawić. Są one oparte na błędnym założeniu co do nierzeczywistej liczby lotów na platformy, niezbędnych dla wymiany załóg.

Przystępujący General Aviation powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. z uwagi na fakt, że co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Przedstawione powyżej okoliczności potwierdzają, że przystępujący General Aviation podał w ofercie korzystniejsze dla siebie dane w zakresie „wieku” śmigłowca oraz co do liczby potrzebnych lotów na platformy podanych w formularzu cenowym, które mogą wprowadzić Zamawiającego w błąd. Istotność wpływu tego działania na decyzje Zamawiającego polega na tym, że Zamawiający dokonał badania i oceny ofert w sposób nieprawidłowy w oparciu o nieprawdziwe dane.

Podając jakiegokolwiek dane zamawiającemu wykonawca jest obowiązany działać z należytą starannością. Miernik należytej staranności został określony w Kodeksie cywilnym, przy czym przystępującego General Aviation jako profesjonalistę obowiązuje podwyższony

standard należytej staranności zgodny z art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego (staranność profesjonalna). Ten standard nie został dochowany przede wszystkim przy podaniu „wieku” śmigłowca. Przystępujący General Aviation powinien już na podstawie analizy punktu 14.2.2. i punktu 6.4 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia zauważyć, że w formularzu ofertowym należy podać „wiek” śmigłowca liczony od daty jego produkcji. Świadczy o tym również fakt, że w tej sprawie chodziło o kryterium oceny ofert „Dodatkowe wymogi bezpieczeństwa”. W ocenie Odwołującego było to jasne i jednoznaczne. Jeżeli przystępujący General Aviation nie miał jasności w tym zakresie, to jako profesjonalista działający z należyłą starannością powinien był zadać Zamawiającemu pytanie, czego nie uczynił. Niedochowanie standardu staranności wymaganego od podmiotu profesjonalnego jest jednoznaczne co najmniej z przyjęciem winy nieumyślnej (lekkomyślności lub niedbalstwa). Podobnie należy ocenić podanie zbyt małej liczby lotów na platformy, niemożliwej do spełnienia w warunkach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przystępujący General Aviation nie mógł o tym nie wiedzieć, już chociażby ze względu na to, że ma doświadczenie we współpracy z Zamawiającym, gdyż jest wykonawcą aktualnie realizującym usługi transportu lotniczego dla Zamawiającego o zakresie przedmiotowym analogicznym do objętego niniejszym postępowaniem. Pisma Zamawiającego z 13 lipca i 29 października 2021 r. potwierdzają, że podanie zbyt małej liczby lotów w formularzu cenowym wynikało co najmniej z lekkomyślności lub niedbalstwa. Działając z należyłą starannością, już chociażby w oparciu o dotychczasową praktykę, jak i znając możliwości techniczne swojego śmigłowca, przystępujący General Aviation powinien przyjąć w ofercie większą liczbę lotów wymaganych do wymiany załóg, zdecydował się jednak podać liczby bardziej korzystne dla siebie, nie dochowując przy tym należytej staranności wymaganej od profesjonalisty. Z całą pewnością miało to również wpływ na wynik postępowania.

W związku z tym, że przystępujący General Aviation co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu, powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z uwagi na naturę tego naruszenia nie sposób zastosować procedury samooczyszczenia z art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Trudno jest sobie wyobrazić, jakie działania mogłyby wykazać rzetelność przystępującego General Aviation, powodującą możliwość pozostania w postępowaniu.

Zamawiający dokonał poprawienia w ofercie przystępującego General Aviation rzekomo zaistniałej innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czynność ta została dokonana z naruszeniem

prawa, ponieważ oferta powinna być odrzucona jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Wypełniając formularz cenowy (wersja z 2 czerwca 2020 r.), stanowiący załącznik do oferty, przystępujący General Aviation dokonał zmiany wartości w polu E17: Przeciętna cena paliwa w [waluta]/m³ (tabela 3.: Szacunkowe koszty paliwa). W oryginalnej wersji formularza udostępnionego przez Zamawiającego pole to było wypełnione i zawierało wartość „592” EUR. Algorytm zawarty w formularzu cenowym pozwalał na zmianę waluty oferty w polu E7 tabeli 1. z EUR na PLN, co automatycznie powodowało przeliczenie przeciętnej ceny m³ paliwa na PLN i zmianę wartości w polu E17 tabeli 3. na 2545 PLN.

Wszystkie wersje formularza cenowego udostępnione przez Zamawiającego były prawidłowe i pozwalały na przeliczenie waluty z EUR na PLN. Również ostatnia wersja opublikowana 2 czerwca 2020 r. – ta, którą należało wykorzystać do złożenia oferty – zawierała prawidłowy i działający algorytm przeliczający kwotę wskazaną w polu E17 tabeli 3. z PLN na EUR i odwrotnie.

Zmiana wartości w polu E17 tabeli 3. formularza cenowego stanowiła niedozwoloną ingerencję przystępującego General Aviation w formularz ofertowy. Pole E17 zawierało założenie Zamawiającego co do przeciętnej ceny m³ paliwa, którą należało przyjąć na potrzeby obliczenia ceny ofertowej, i której to ceny wykonawcy nie mogli zmieniać samodzielnie. Gdyby wykonawcy mogli ingerować w treść formularza w tym zakresie, to oferty byłyby nieporównywalne. Pole E17 zawierało wartość uprzednio wpisaną przez Zamawiającego i „zaszyty” algorytm przeliczania waluty. Wartość podana przez Zamawiającego w tym polu należało zatem przyjąć jako założenie, a nie dokonywać jej zmiany.

Podobny charakter, tj. założenia na potrzeby obliczenia ceny ofertowej, miały również np. pola E7-E10 tabeli 2. (Przeciętna liczba osób na 1 wymianę załogi) oraz G7-G10 tabeli 2. (Szacowana liczba wymian załogi w trakcie trwania umowy). Również te pola były uprzednio wypełnione przez Zamawiającego. Nie można pominąć faktu, że wszystkie pola, które należało wypełnić w formularzu ofertowym nie tylko były puste (niewypełnione przez Zamawiającego), ale również były oznaczone kolorem zielonym. Pola wypełnione przez Zamawiającego jako założenia do oferty, takie jak pole E17 tabeli 3. i pola E7-E10 tabeli 2. (Przeciętna liczba osób na 1 wymianę załogi) oraz G7-G10 tabeli 2. (Szacowana liczba wymian załogi w trakcie trwania umowy), które nie mogły być swobodnie zmieniane, były wypełnione i oznaczone kolorem białym. Pola E7-E10 tabeli 2. (Przeciętna liczba osób na 1 wymianę załogi) oraz G7-G10 tabeli 2. (Szacowana liczba wymian załogi w trakcie trwania umowy) były więc dokładnie takimi samymi polami, jak pole E17 tabeli 3. – pola wypełnione przez Zamawiającego. W związku z tym należy je potraktować tak samo.

Pozostali wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, tj. Odwołujący oraz Bel Air Aviation A/S, prawidłowo zrozumieli to, że skoro pole E17 tabeli 3. zostało wypełnione przez Zamawiającego, a także zawiera „zaszyty” algorytm przeliczania waluty i nie jest oznaczone kolorem zielonym, to nie należy zmieniać jego wartości.

Zmiana, której dokonał przystępujący General Aviation nie jest omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Gdyby przystępujący General Aviation wypełnił puste pole formularza ofertowego w sposób niezgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, można by rozważać takie działanie w kategoriach „innej omyłki”, o której mówi ten przepis. Jednak w tym przypadku to coś więcej niż tylko z niezamierzone (omyłkowe) działanie. Zmiana w polu E17 tabeli 3. została dokonana nie przypadkiem, niechcący, czy w sposób niezamierzony (omyłkowo), ale świadomie i celowo. Przystępujący General Aviation widział bowiem wpisaną uprzednio wartość podaną przez Zamawiającego i musiał najpierw ją usunąć, aby następnie móc wpisać inną wartość. Racjonalnie działający wykonawca powinien wiedzieć, co robi usuwając wartość podaną przez Zamawiającego – co implikuje świadomość dokonywania zmiany, a także liczyć się z tym, że po usunięciu wartości podanej przez Zamawiającego w polu E17 jego oferta będzie niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp., lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”. Skoro w niniejszym przypadku nie było w ogóle omyłki, lecz świadome i celowe działanie polegające na zmianie wartości wpisanej przez Zamawiającego w pole E17, to przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może być przez Zamawiającego zastosowany. Orzecznictwo KIO potwierdza, że omyłka nie może być wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy. Aby uznać działanie wykonawcy za omyłkę, niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia musi mieć taki charakter, by pozwalała na ustalenie pierwotnego, zamierzonego oświadczenia wykonawcy. W niniejszej sprawie zamierzonym działaniem przystępującego General Aviation było zastosowanie w ofercie takiej średniej ceny paliwa, którą podał on po usunięciu założenia Zamawiającego (592 EUR lub 2545 PLN). W związku z tym nie można w ogóle odtworzyć oryginalnego zamierzenia wykonawcy, które byłoby zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest możliwe, gdy mamy do czynienia z „omyłką”, a zatem działaniem niezamierzonym, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Taka sytuacja w niniejszej sprawie nie zachodzi. Przystępujący General Aviation z całą pewnością chciał zastosować inną cenę m³ paliwa niż podana przez Zamawiającego, co miało następnie wpływ na cenę całkowitą oferty. Złożenie oferty o określonej cenie

całkowitej jest oświadczeniem woli złożonym w postępowaniu i w treść tego oświadczenia Zamawiający nie ma prawa ingerować.

Zmiana całkowitej ceny ofertowej została dokonana pismem Zamawiającego z 29 października 2020 r. Brak jest jakiegokolwiek podstawy prawnej dla takiej ingerencji. Podstawy prawnej dla takiego działania nie podaje również sam Zamawiający w ww. piśmie. Poprawienie ceny całkowitej nie mieści się w kategoriach żadnej z omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Poprawienie przez Zamawiającego „innej omyłki” spowodowało istotną zmianę w treści oferty przystępującego General Aviation, gdyż w efekcie cena całkowita oferty zmieniła się o kwotę około 300.000 EUR brutto. Jest to ogromna kwota w liczbach bezwzględnych i w kontekście „innych omyłek” – do tej pory KIO akceptowała znacznie mniejsze kwoty zmiany. W niniejszej sprawie nie była to zmiana nieistotna, gdyż różnica pomiędzy ofertami wynosi zaledwie 0,44 punktu. W konsekwencji Zamawiający powinien zastosować art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzucając ofertę jako niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia ze względu na dokonanie celowych i świadomych, niedozwolonych zmian w formularzu cenowym i zastosowanie odmiennej od podanej przez Zamawiającego ceny paliwa na potrzeby oferty.

Oferta przystępującego General Aviation podlega odrzuceniu, względnie przystępujący General Aviation powinien być wykluczony z postępowania. W razie nieuwzględnienia tych zarzutów przez Izbę, oferta przystępującego General Aviation nie powinna być oceniona najwyżej zgodnie z kryteriami oceny ofert, w oparciu o które dokonuje się oferty najkorzystniejszej (art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). To oferta Odwołującego powinna być oceniona najwyżej. Oceny oferty przystępującego General Aviation należy dokonać przy uwzględnieniu okoliczności, że oświadczenie o „wieku” śmigłowca zawarte w ofercie jest niezgodne z prawdą (prawidłowo rozumiany „wiek” powinno liczyć się od 2009 r. a nie od 2017 r.). W związku z tym, że takie oświadczenie jest częścią oferty, którego nie można poprawić ani zmienić, przystępujący General Aviation w podkryterium „Wiek śmigłowca przeznaczonego do zabezpieczenia LOTOS Petrobaitic na dzień składania ofert” powinno uzyskać 0 punktów. Oświadczenie nieprawidłowe powinno być potraktowane tak, jakby go nie było. Zamawiający nie może samodzielnie poprawić oświadczenia w ofercie i przyjąć, że przystępujący General Aviation wpisał w ofertę rok 2009 zamiast 2017. Tymczasem tak właśnie Zamawiający uczynił, przyznając ofercie przystępującego General Aviation w tym podkryterium 7 punktów, tj. przyznał punkty niezgodnie z oświadczeniem znajdującym się w ofercie.

Ponadto Zamawiający powinien dokonać oceny oferty przystępującego General Aviation w ramach kryterium ceny przy uwzględnieniu faktu, że podał on w formularzu cenowym dane

dotyczące niemożliwej do spełnienia (zbyt niskiej) liczby lotów na platformy. W ocenie Odwołującego taka sytuacja powoduje konieczność odrzucenia oferty, względnie wykluczenia z postępowania i nie można poprawić tej liczby lotów na prawidłową. Gdyby Izba nie podzieliła argumentów Odwołującego w tym zakresie, to w najlepszym razie ofertę należy ocenić w oparciu o rzeczywistą liczbę lotów. W szczególności, gdyby w formularzu cenowym, tabela 2., kolumna „Liczba lotów do realizacji 1 wymiany załogi”, w pozycji 4. dotyczącej platformy Petro Giant, wpisać prawidłową liczbę lotów, tj. 4 zamiast 3, to cena oferty wzrosłaby na tyle, że to ofertę Odwołującego należałoby ocenić najwyżej. Oczywiście prawidłową liczbę lotów należałoby również wpisać w inne pozycje tabeli dotyczące lotów na pozostałe platformy.

Biorąc pod uwagę powyższe błędy dokonane przez Zamawiającego w ramach przydzielania poszczególnym ofertom punktów na podstawie kryteriów oceny ofert, po ich poprawieniu oferta Odwołującego powinna być oceniona najwyżej i, w konsekwencji, to oferta Odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. O zmianie wyniku postępowania może zdecydować nawet najmniejsza zmiana punktacji ofert, gdyż różnica w punktacji ofert wskazana w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej wynosi zaledwie 0,44 punktu.

Zamawiający dokonał również nieprawidłowego wyboru oferty przystępującego General Aviation w sytuacji, w której nie złożyło on Zamawiającemu wszystkich prawidłowych oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ramach oświadczeń lub dokumentów złożonych Zamawiającemu na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych brakowało następujących dokumentów – względnie dokumenty były nieprawidłowe:

1) Certyfikat AOC któregośkolwiek z wykonawców składających się na konsorcjum – wymóg z punktu 9.1.1.2 w zw. z pkt 10.4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wśród dokumentów złożonych przez przystępującego General Aviation znajduje się wyłącznie „Oświadczenie o zgodności statku powietrznego” oraz „Świadectwo rejestracji”, które nie są certyfikatami AOC. Oświadczenie i świadectwo stanowią załączniki 1a i 1b do pisma z 18 grudnia 2020 r., w ramach którego doszło do przekazania Zamawiającemu oświadczeń i dokumentów. Zgodnie z art. 6 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 1008/2008 z dnia 24 września 2008 r. w sprawie wspólnych zasad wykonywania przewozów lotniczych na terenie Wspólnoty (wersja przekształcona) certyfikat AOC (czyli certyfikat przewoźnika lotniczego) wydawany jest przez właściwy organ państwa członkowskiego Unii Europejskiej. W przypadku Odwołującego takim organem jest niemiecki Luftfahrt-Bundesamt, w związku z czym Odwołujący złożył prawidłowy certyfikat wydany przez LBA. Zasadniczo certyfikat AOC powinien wyglądać podobnie w przypadku wszystkich państw

członkowskich Unii Europejskiej, ma bowiem ustalony format: strona tytułowa, spis treści, specyfikacje operacyjne oraz punkty kontaktu operacyjnego.

W punkcie 9.1.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający postawił wymóg, aby specyfikacje operacyjne certyfikatu AOC zawierały określone postanowienia dotyczące chociażby: jako rodzaj dozwolonych operacji – przewozy pasażerskie (A-1), a także przewozy towarowe (A2), w tym przewóz materiałów niebezpiecznych (E11); dozwolony obszar prowadzenia operacji – Europa, umożliwienie śmigłowcowych operacji przybrzeżno-morskich (offshore) (E12). Kwestii tych nie da się zweryfikować na podstawie posiadanych przez Zamawiającego dokumentów przystępującego General Aviation, wśród których brak jest certyfikatu AOC. Z nieznanymi Odwołującemu względów przystępujący General Aviation złożył Zamawiającemu jedynie „Oświadczenie o zgodności statku powietrznego” (załącznik 1a do pisma, przy czym w nazwie pliku znalazło się mylące określenie „AOC”), które zostało wydane przez producenta śmigłowca – spółkę Eurocopter (obecnie Airbus), a nie przez organ, oraz świadectwo rejestracji śmigłowca. Żaden z powyższych dokumentów nie jest jednak certyfikatem AOC. Zgodnie z informacją zawartą w koncesji przystępującego General Aviation na przewozy lotnicze (załącznik nr 1 do pisma), certyfikat AOC powinien mieć numer NL-AOC-30. Żaden z powyższych dokumentów złożonych przez przystępującego General Aviation nie jest opatrzony tym numerem.

2) Ubezpieczenia przystępującego General Aviation – wymóg z punktu 9.1.2.1 w zw. z punktem 10.4.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Certyfikaty ubezpieczeniowe przedstawione przez przystępującego General Aviation jako załączniki nr 2 do pisma z 18 grudnia 2020 r. nie potwierdzają rodzajów i sum gwarancyjnych ubezpieczenia, których Zamawiający wymagał w punkcie 9.1.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W certyfikacie wydanym dla General Aviation Services brak jest chociażby ubezpieczenia w wysokości 19 SDR na 1 kg towaru w przewozie handlowym. Poza tym ten certyfikat został wydany na śmigłowiec Bell, którego przystępujący General Aviation nie zaoferował w postępowaniu. Natomiast certyfikaty przedstawione przez Heli Holland Air Services B.V. nie wskazują żadnych rodzajów ani sum ubezpieczenia. Wobec tego nie wiadomo, w jaki sposób Zamawiający ustalił spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przystępujący General Aviation nie został nawet wezwany do wyjaśnień w tej sprawie.

W związku z powyższymi brakami przystępujący General Aviation powinien zostać wezwany do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego Zamawiający nie uczynił.

W związku z wszystkimi powyższymi naruszeniami przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ustanawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

w postępowaniu, ponieważ Zamawiający nie postąpił zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ustawy Prawo zamówień publicznych, które ustanawiają równe dla wszystkich wykonawców zasady ubiegania się o zamówienie.

W zakresie zarzutu ewentualnego nieudostępnienia Odwołującemu pełnej treści wykazu osób na potwierdzenie spełniania przez przystępującego General Aviation warunków udziału w postępowaniu Odwołujący wskazał, że 12 stycznia 2021 r., tj. w tym samym dniu, w którym otrzymał zawiadomienie o wyborze oferty przystępującego General Aviation, zawnioskował do Zamawiającego o dostęp do korespondencji między Zamawiającym a Konsorcjum. W odpowiedzi, 14 stycznia 2021 r., Odwołujący otrzymał od Zamawiającego pismo z załączeniem stosownych dokumentów, a 15 stycznia 2021 r. pismo, do którego był załączony protokół postępowania. Jednak ani do pierwszego, ani do drugiego pisma nie dołączono pełnej treści polis ubezpieczeniowych Heli Holland Air Service B.V. oraz wykazu osób na potwierdzenie spełniania przez przystępującego General Aviation warunków udziału w postępowaniu. Treść tych dokumentów została „wyblankowana” w wersji przekazanej Odwołującemu. Wersje przekazane Odwołującemu nie były też opatrzone podpisem elektronicznym. Odwołujący podejrzewa – ponieważ nie został o tym poinformowany przez Zamawiającego – że chodzi o to, iż przystępujący General Aviation zastrzegł, że te dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Poprzez nieudostępnienie Odwołującemu powyższych dokumentów Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto Odwołujący nie otrzymał nawet uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do informacji wskazanych w wyjaśnieniach przystępującego General Aviation. Odwołujący nie jest zatem w stanie zweryfikować poprawności zastrzeżenia, co utrudnia mu poprawne sformułowanie środka ochrony prawnej.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Wyjątki od zasady jawności muszą być wykładane ściśle. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych warunkiem skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie zastrzeżenia na określonym etapie postępowania, tj. najpóźniej w terminie składania ofert, a ponadto wykazanie przez zastrzegającego wykonawcę, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający jest zobowiązany do badania prawidłowości zastrzegania określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców i w razie braku spełnienia przesłanek do zastrzeżenia, określonych w art. 8 ust. 3, zobowiązany jest do ujawnienia informacji zgodnie z zasadą jawności postępowania.

Trudno zrozumieć, w jaki sposób treść ubezpieczenia i wykaz osób mogą spełniać przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do której odsyła art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stanowić „informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”. Trudno zrozumieć, w jaki sposób informacje te miałyby nie być powszechnie znane lub łatwo dostępne osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, pracującym w branży lotniczej. Standardowe warunki ubezpieczeń czy tożsamość pilotów latających na śmigłowcach u konkurenta nie są tajemnicą dla osób z branży.

Ponadto przystępujący General Aviation był zobowiązany do sporządzenia szczegółowego uzasadnienia zastrzeżenia udzielanych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z zasadą jawności Odwołujący powinien mieć dostęp do tego uzasadnienia, chociażby po to, aby mieć możliwość weryfikacji prawidłowości dokonania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jest wątpliwe, aby istniało jakiegokolwiek uzasadnienie dla zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa samego uzasadnienia w tym zakresie. W związku z tym Odwołujący chciałby uzyskać do niego dostęp.

II Stanowisko odwołującego General Aviation – odwołanie o sygn. KIO 252/21

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia General Aviation Services Sp. z o.o. oraz Heli Holland Air Service B.V. wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 punkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Heli Service International GmbH, zwanego dalej „przystępującym Heli Service”, pomimo że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie dokonania czynności wykluczenia przystępującego Heli Service z postępowania – zaniechania uznania oferty przystępującego Heli Service za odrzuconą,
3. art. 24 ust. 1 punkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego Heli Service z postępowania, pomimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu,

4. art. 24 ust. 1 punkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego Heli Service z postępowania, pomimo że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpoznanie oraz uwzględnienie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą,
2. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia przystępującego Heli Service z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Izbą według złożonej faktury.

Odwołujący wskazał, że posiada we wniesieniu odwołania, ponieważ posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Źródłem interesu Odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia jest sam fakt złożenia oferty w tym postępowaniu oraz okoliczność, że zamówienie nie zostało jeszcze udzielone, gdyż umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta – nastąpił jedynie wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Dopóki Odwołujący nie zawrze umowy z Zamawiającym, jego interes w uzyskaniu danego zamówienia nie zostaje zaspokojony. Z uwagi na fakt, że istnieje potencjalna możliwość złożenia odwołania również przez przystępującego Heli Service na wybór oferty Odwołującego, istnieje potencjalna groźba powstania szkody po stronie Odwołującego. Przesłanka szkody w tym przypadku powinna być badana w kontekście danego postępowania o udzielenie zamówienia, a nie wyłącznie danego postępowania odwoławczego. Zaś szkoda może mieć charakter nie tylko bezpośredni, polegający na pozbawieniu możliwości uzyskania zamówienia, ale też ewentualny, w postaci zagrożenia możliwością poniesienia szkody. Tę drugą szkodę wypełnia sytuacja kwestionowania oferty wybranego wykonawcy przez jego konkurenta. Powyższe stanowisko co do posiadania interesu i możliwości powstania szkody po stronie Odwołującego potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO 1669/19, KIO 1679/19, KIO 1682/19). W wyroku tym Izba stanęła na stanowisku, że w sytuacji wniesienia odwołania również na wybór oferty, możliwości prawne zagrożonego wykonawcy nie mogą ograniczać się tylko do obrony jego oferty. Gdyby bowiem ta obrona się nie powiodła, to zanim zostałaby złożona skarga do sądu, zamówienie mogłoby zostać już udzielone konkurentowi, którego oferta podlegała odrzuceniu, a nie została odrzucona przez zamawiającego. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co

czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do wniesienia niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący stwierdził, że zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu. W punkcie 9. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł warunek udziału w postępowaniu dotyczący kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, tj. posiadają koncesję na przewozy lotnicze wydaną na podstawie rozporządzenia Rady (EWG) nr 1008/2008 z dnia 24 września 2008 r. w sprawie wspólnych zasad wykonywania przewozów lotniczych na terenie Unii Europejskiej (dalej „rozporządzenie 1008/2008”), a także w odniesieniu do polskich przewoźników – zgodnie z ustawą Prawo lotnicze, ustawą o swobodzie działalności gospodarczej, tj. koncesję na wykonywanie regularnych/nierregularnych przewozów lotniczych przy użyciu statków powietrznych bez ograniczenia maksymalnej masy startowej i ilości miejsc pasażerskich – punkt 9.1.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w sposób jednoznaczny kierując się dyspozycją art. 22 ust. 1b ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć kompetencji lub uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile to wynika z odrębnych przepisów. Dodatkowo jak wynika z art. 22b ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi, w zakresie, w jakim wykonawcy muszą posiadać określone zezwolenie lub muszą być członkami określonej organizacji, aby móc świadczyć w swoim kraju pochodzenia określone usługi, zamawiający może wymagać od nich udowodnienia, że posiadają oni takie zezwolenie lub status członkowski w takiej organizacji. Doprecyzowanie tego przepisu znajduje się w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1 tego rozporządzenia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających posiadanie takich kompetencji lub uprawnień, o ile obowiązek ich posiadania wynika z odrębnych przepisów, w szczególności: koncesji, zezwolenia, licencji lub dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest wpisany do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych prowadzonych w państwie członkowskim Unii Europejskiej, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Zamawiający miał zatem prawo do określenia warunku

udziału w postępowaniu w zakresie koncesji, tak jak uczynił to w punkcie 9.1.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie było to również kwestionowane przez przystępującego Heli Service.

Przystępujący Heli Service, mając świadomość, że posiadana przez niego koncesja ma charakter ograniczony, zdecydował się mimo wszystko na złożenie oferty w postępowaniu. O ile w treści samego dokumentu koncesji przystępującego Heli Service nie ma wzmianki o charakterze posiadanej koncesji, o tyle przedstawione przez Odwołującego dowody jednoznacznie wskazują, że na dzień składania ofert przystępujący Heli Service nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 9.1.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Powyższy warunek był znany wszystkim wykonawcom od momentu publikacji ogłoszenia o postępowaniu i od tego momentu prawem każdego z wykonawców była możliwość zwrócenia się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub złożenia odwołania wobec jej treści. W trakcie postępowania przystępujący Heli Service nie zadał pytania ani nie wniósł odwołania w zakresie warunku posiadania koncesji bez ograniczeń. W takim przypadku ryzyko złożenia oferty nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, również w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, obciąża wykonawcę jako profesjonalistę, od którego wymagany jest miernik staranności znacznie większy niż od innych uczestników rynku.

Przystępujący Heli Service w złożonej ofercie (oświadczeniu JEDZ) na stronie 16. w części IV.A „Kompetencje” oświadczył, że „spełnia warunki, o których mowa w pkt 9.1.1 SIWZ, tj. posiada wszystkie wymienione w tych warunkach dokumenty, takie jak koncesja na przewozy lotnicze oraz certyfikat operatora lotniczego (AOC) zgodnie z wymaganiami Zamawiającego z pkt 9.1.1 SIWZ”. Dodatkowo przystępujący Heli Service złożył koncesję wraz z tłumaczeniem na język polski, z której wynika, że jest uprawnione zgodnie z rozporządzeniem Rady (WE) Nr 1008/2008 z dnia 24 września 2008 r. do przewozu pasażerów, poczty lub/i towarów w komercyjnym ruchu lotniczym.

Rozporządzenie 1008/2008 przewiduje w artykule 4 zasady wydawania koncesji przez właściwy organ państwa członkowskiego. Jednym z warunków wydania koncesji jest spełnienie warunków z artykułu 5 rozporządzenia 1008/2008. Na podstawie artykułu 5 rozporządzenia 1008/2008 możemy wyróżnić dwa rodzaje koncesji: koncesję bez ograniczeń, dla uzyskania której wymagane jest spełnienie warunków z artykułu 5 ust. 1 i ust. 2 rozporządzenia 1008/2008 oraz koncesję z ograniczeniami, dla uzyskania której wymagane jest spełnienie warunków z artykułu 5 ust. 3 rozporządzenia 1008/2008.

Artykuł 5 ust. 1 i 2 rozporządzenia 1008/2008 (właściwy dla koncesji nieograniczonej) stanowi, że „1. Właściwy organ wydający koncesje dokonuje dokładnej oceny, czy

przedsiębiorstwo występujące po raz pierwszy o koncesję może wykazać, że: a) może w każdym momencie wypełnić swoje istniejące i potencjalne zobowiązania, ustalone na podstawie realistycznych założeń, przez okres 24 miesiące od rozpoczęcia prowadzenia operacji; oraz b) może pokryć koszty stałe i operacyjne ponoszone w związku z prowadzonymi operacjami zgodnie ze swym planem gospodarczym i ustalone na podstawie realistycznych założeń, przez okres trzech miesięcy od daty rozpoczęcia prowadzenia operacji, nie uwzględniając żadnych przychodów z prowadzonych przez niego operacji. 2. Do celów oceny, o której mowa w ust. 1, każdy wnioskodawca przedstawia plan gospodarczy na okres przynajmniej pierwszych trzech lat prowadzenia operacji. Plan gospodarczy szczegółowo określa również powiązania finansowe wnioskodawcy z każdą inną działalnością handlową, w którą wnioskodawca jest zaangażowany bezpośrednio lub przez przedsiębiorstwa powiązane. Wnioskodawca dostarcza również wszystkie istotne informacje, w szczególności dane określone w załączniku I pkt 1.”

Z kolei artykuł 5 ust. 3 rozporządzenia 1008/2008 (właściwy dla koncesji ograniczonej) stanowi, że: „Ustępy 1 i 2 niniejszego artykułu nie mają zastosowania do przedsiębiorstwa ubiegającego się o koncesję, która ma objąć eksploatację statku powietrznego o maksymalnej masie startowej (MTOM) poniżej 10 ton lub o liczbie miejsc poniżej 20. Takie przedsiębiorstwa muszą wykazać, że ich kapitał netto wynosi przynajmniej 100.000 EUR lub dostarczyć, w przypadku, gdy jest to wymagane przez właściwy organ wydający koncesje, wszystkie informacje istotne do celów ust. 1, w szczególności dane, o których mowa w załączniku I pkt 1”.

Z ogólnie dostępnych informacji zawartych na stronach Federal Aviation Office z siedzibą Braunschweig wynika, że przystępujący Heli Service posiada koncesję w kategorii 5,7-10 ton maksymalnej masy startowej (MTOM), tj. z ograniczeniem maksymalnej masy startowej. Z wykazu aktywnych koncesji i ich kategorii (poz. 60) wynika, że koncesja przystępującego Heli Service załączona do jego oferty jest koncesją z ograniczeniami. Informacje o udzielonych koncesjach znajdują się również na oficjalnej stronie Komisji Europejskiej. Z wykazu zawartego na stronie Komisji Europejskiej wynika, że przystępujący Heli Service posiada ważną koncesję wydaną 9 kwietnia 1999 roku obejmującą kategorię „B”. Kategoria „B”, zgodnie z legendą znajdującą się na końcu wykazu, oznacza koncesję ograniczoną na podstawie przepisu artykułu 5 ust. 3 rozporządzenia 1008/2008. Odwołujący, który posiada koncesję nieograniczoną zgodną z warunkiem udziału w postępowaniu określonym przez Zamawiającego, oznaczony jest w omawianym wykazie kategorią „A”.

Z tych względów przystępujący Heli Service powinien podlegać wykluczeniu z postępowania wobec niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 punkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przystępujący Heli Service w swojej ofercie (oświadczeniu JEDZ) na stronie 16. w części IV.A „Kompetencje” oświadczył, że „spełnia warunki, o których mowa w pkt 9.1.1 SIWZ – tj. posiada wszystkie wymienione w tych warunkach dokumenty, takie jak koncesja na przewozy lotnicze oraz certyfikat operatora lotniczego (AOC) zgodnie z wymaganiami Zamawiającego z pkt 9.1.1.1. SIWZ”. W ocenie Odwołującego oświadczenie o tej treści wprowadza Zamawiającego w błąd i ma wpływ na podejmowane przez Zabawiającego decyzje w postępowaniu – również w zakresie przekonania, że przystępujący Heli Service spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Przesłanki wykluczenia z powodu wprowadzenia w błąd, zostały sformułowane w art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Elementem wspólnym obu przesłanek jest wprowadzenie zamawiającego w błąd. Błąd definiuje się w orzecznictwie jako stan rozbieżności pomiędzy rzeczywistością a wyobrażeniem zamawiającego o niej lub jej odbiciu (wyrok KIO 567/17). Każda z przesłanek wymaga, aby informacja przekazywana przez wykonawcę zamawiającemu spowodowała odmienne od rzeczywistego wyobrażenie zamawiającego o istniejącej sytuacji faktycznej. Wystąpienie takiej przesłanki jest zatem uzależnione od podmiotu wprowadzającego w błąd, a także od sposobu wprowadzenia w ten błąd. W obu wskazanych przesłankach podmiotem kreującym mylne wyobrażenie zamawiającego o rzeczywistości jest wykonawca.

W orzecznictwie przyjmuje się, iż rażące niedbalstwo odnoszone jest do naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Ma to być szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania dłużnika; stopień naganności postępowania, które drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach (wyrok SN z 22 kwietnia 2004 r., II CK 142/03). Jak wskazano w wyroku SN z 10 marca 2004 r. (IV CK 151/03) „przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej.” W przypadku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych wystarczające jest natomiast, aby wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd w sposób niezamierzony (wina nieумыślna) rozumiany jako niezachowanie ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, tj. na skutek niedbalstwa lub lekkomyślności.

Ponieważ do czynności zamawiającego i wykonawców podjętych w postępowaniu stosuje się z mocy art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych przepisy kodeksu cywilnego, zachowanie wykonawcy polegające na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd

zamawiającego i mogących mieć wpływ na decyzje przez niego podejmowane należy oceniać cywilistycznie, czyli pod kątem dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia (wyrok KIO 728/17). W praktyce zastosowanie miernika należytej staranności polega na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zastrzone w stosunku do profesjonalistów. Przepis art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania (wyrok KIO 1004/17). Z powyższego wynika, iż wykonawca jako profesjonalista powinien zwrócić szczególną uwagę na to, w jaki sposób wypełnia dokumenty oraz oświadczenia składane wraz z ofertą w postępowaniu, tak, aby uniknąć sytuacji wprowadzenia zamawiającego w błąd ze względu na profesjonalny charakter jego działalności.

Błąd w przekonaniu zamawiającego, który może skutkować wykluczeniem wykonawcy, może być również wynikiem lekkomyślności, która stanowi najłżejszy stopień winy nieumyślnej. Lekkomyślność najprościej określić jako stan, w którym wykonawca przewiduje, że podanie przez niego informacji może doprowadzić do powstania u zamawiającego mylnego przekonania o rzeczywistości, lecz bezpodstawnie ocenia, że taki efekt nie powstanie.

Wykluczenie ze wskazanych podstaw wyłącza możliwość wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewiduje wezwania do uzupełnienia dokumentów w przypadku dokumentów i oświadczeń zawierających informacje nieprawdziwe (wyrok KIO 619/17, KIO 1004/17).

Przystępujący Heli Service: 1) zapoznał się z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym również z treścią punktu 9.1.1, która w sposób czytelny i jasny wymagała od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania koncesji o charakterze nieograniczonym, 2) w trakcie postępowania nie zadawał pytań do specyfikacji ani nie kwestionował jej postanowień w zakresie warunków udziału w postępowaniu, 3) miał świadomość, że posiada koncesję o charakterze ograniczonym, co wynika z przedłożonych

przez Odwołującego dowodów, 4) wprowadził tym samym Zamawiającego w błąd w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zachowując miernika należytej staranności, musiał przewidywać również negatywne konsekwencje wynikające z takiego a nie innego działania, zatem powinien zostać wykluczony z postępowania również na podstawie przesłanek wskazanych treścią ww. przepisów, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą na podstawie przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

III Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uznał w całości odwołanie o sygn. KIO 252/21 oraz wniósł o oddalenie w całości odwołania o sygn. KIO 250/21, a także o dopuszczenie dowodów z załączonych do odpowiedzi dokumentów: 1) umowy nr FH/ZP-12/2016 z 29 września 2017 r. wraz z aneksem z 29 września 2017 r., 2) umowy nr LPB/MSZ/4500406636/2020 z 29 września 2020 r. wraz z załącznikami, 3) oświadczenia Lotos Petrobaltic S.A. dotyczącego dotychczasowej współpracy i możliwości spełnienia oferowanych warunków celem wykazania faktów: obowiązywania pomiędzy Zamawiającym a przystępującym General Aviation poprzednich umów, na podstawie których przystępujący General Aviation świadczy usługi z wykorzystaniem tego samego typu śmigłowca, możliwości spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie przelotów i liczby załogi, dysponowania przez Zamawiającego dokumentami z poprzednich postępowań, w tym certyfikatem AOC konsorcjum oraz polisą ubezpieczeniową, które potwierdzają również warunki udziału w niniejszym postępowaniu, 4) zestawienia wykonanych w ostatnim półroczu lotów 10-osobowych na platformy LPB, 5) wezwania do złożenia wyjaśnień w postępowaniu NH/ZP-12/2016 z 15 marca 2017 r., 6) wyjaśnienia przystępującego General Aviation z 22 marca 2017 r. złożonego w postępowaniu NH/ZP-12/2016 celem wykazania obowiązywania pomiędzy Zamawiającym a przystępującym General Aviation poprzednich umów, na podstawie których konsorcjum świadczy usługi z wykorzystaniem tego samego typu śmigłowca, możliwości spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie przelotów i liczby załogi, 7) oświadczenia M. S. (pracownika Zamawiającego) dotyczącego formularza cenowego celem wykazania możliwości zmiany przez wykonawców treści formularza ofertowego, w tym przyjętej przez Zamawiającego wartości średniej ceny paliwa, zamieszczenia przez Zamawiającego formularza niezabezpieczonego hasłem, co umożliwiło jego zmianę, 8) certyfikatu AOC przystępującego General Aviation stanowiącego załącznik do umowy NH/ZP-12/2016 celem wykazania obowiązywania pomiędzy Zamawiającym a przystępującym General Aviation poprzednich umów, na podstawie których konsorcjum świadczy usługi z wykorzystaniem tego samego typu śmigłowca, dysponowania

przez Zamawiającego dokumentami z poprzednich postępowań, w tym certyfikatem AOC przystępującego General Aviation, który potwierdza warunki udziału w niniejszym postępowaniu, 9) rozporządzenia WE nr 785/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie wymogów w zakresie ubezpieczenia w odniesieniu do przewoźników lotniczych i operatorów statków powietrznych celem wykazania spełnienia przez przystępującego General Aviation warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego ubezpieczenia, 10) pisma z Urzędu Lotnictwa Cywilnego z 18 lutego 2021 r. celem wykazania faktów: odpowiedzi udzielonej przez Urząd Lotnictwa Cywilnego, z której wynika, że koncesja Heli Service International GmbH jest ograniczona i nie spełnia warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Co do odwołania o sygn. KIO 250/21 Zamawiający wskazał, że w punkcie 6.4. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił wymagania wobec śmigłowca przeznaczonego do realizacji usługi na rzecz Zamawiającego, m.in. wiek śmigłowca – nie starszy niż 15 lat na dzień składania ofert. W kryterium „Dodatkowe wymogi bezpieczeństwa” Zamawiający mógł przyznać maksymalnie 30 punktów. Jeśli chodzi o wiek śmigłowca, punktacja została podzielona na trzy kategorie (pkt 14.2.2.): 8 lat i mniej – 15 pkt, 8 do 13 lat – 7 pkt, ponad 13 lat – 0 pkt.

Wykonawca zobowiązany był zawrzeć odpowiednie oświadczenie w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Formularz stanowił załącznik o ściśle określonej treści. Na stronie 1. formularza zawarte zostało sformułowanie, iż „Usługi lotnicze będą świadczone przy wykorzystaniu śmigłowca/typ/... eksploatowanego od roku ...”. Zatem Zamawiający w formularzu ofertowym posłużył się niejasnym pojęciem „eksploatacji” śmigłowca, co oznacza, że na tej podstawie potencjalni oferenci mogli zasadnie przypuszczać, że konieczne/możliwe jest wskazanie daty, od której śmigłowiec jest eksploatowany przez oferenta, a nie daty produkcji śmigłowca. Należy bowiem zwrócić uwagę, że w potocznym rozumieniu pojęcie „eksploatacji” oznacza użytkowanie czegoś i przeciętny odbiorca zasadnie może rozumieć to pojęcie jako powinność określenia daty, począwszy od której użytkuje dany obiekt. Tym bardziej, że bardzo często „wiek” nie jest tożsamy z faktycznym okresem „eksploatacji”, np. możliwe byłoby wyprodukowanie śmigłowca w 2009 roku, a następnie jego eksploatacja począwszy od 2010 lub nawet 2011 roku. Nawet w takim, globalnym ujęciu wiek śmigłowca nie jest tożsamy z pojęciem jego eksploatacji. Śmigłowiec może zostać wprowadzony do użytku/eksploatacji kilka/kilkanaście miesięcy od daty jego produkcji.

Zamawiający przyznaje zatem, że w formularzu ofertowym zawarte zostało pojęcie, które nie odzwierciedlało treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub co najmniej mogło rodzić niejasności lub wątpliwości w tym zakresie. Jeżeli tak się stało, to wszelkie wątpliwości

w tym zakresie powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy – przystępującego General Aviation. Znajduje to odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: KIO 643/12, KIO 1236/19, KIO 2735/15, KIO/KD 14/17. Tym samym, jeżeli w treści formularza ofertowego stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia pojawił się błąd lub nieścisłość/niejednoznaczność, to nie może być ona interpretowana na niekorzyść wykonawcy.

Przystępujący General Aviation wykazał dalej idącą staranność, bowiem w treści swojej oferty (na stronie 2.) wskazał: „Usługi lotnicze będą świadczone przy wykorzystaniu śmigłowca/typ/: Helicopter EC155, serial number 6802, nr rejestracyjny PH-EUB. eksploatowanego od roku: 2017”. Tym samym wykonawcy wskazali, poza datą, również numer seryjny oraz numer rejestracyjny śmigłowca, zatem więcej niż wymagał Zamawiający zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. To oznacza, że już na tej podstawie wyraźnie określono, o jaki dokładnie, konkretny śmigłowiec chodzi. Już na tej podstawie możliwe było dokonanie kwalifikacji daty produkcji tego śmigłowca z uwagi na wskazanie numeru seryjnego i numeru rejestracyjnego. Gdyby rzeczywistą intencją wykonawcy było wprowadzenie Zamawiającego w błąd lub działanie wbrew treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w celu uzyskania większej liczby punktów, to wykonawca nie podawałby dodatkowych, niewymaganych danych umożliwiających identyfikację śmigłowca oraz daty jego produkcji/wieku.

Kwestia wieku śmigłowca stanowiła przedmiot szczegółowych wyjaśnień ze strony przystępującego General Aviation. Zamawiający, z uwagi na powzięte wątpliwości, pismem z 25 czerwca 2020 r. zwrócił się o złożenie wyjaśnień w związku z punktem 14.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treścią formularza ofertowego. W wezwaniu tym wskazał: „Wątpliwości Zamawiającego budzi deklarowany wiek śmigłowca. Zamawiający na podstawie typu śmigłowca, serial number oraz numeru rejestracyjnego powziął informacje, iż deklarowany przez Państwa śmigłowiec nie został wyprodukowany w roku 2017. Według wiedzy Zamawiającego rok produkcji tego śmigłowca może przypadać na lata 2007/2008”. Powyższe wezwanie wyraźnie dowodzi, że już na pierwszy rzut oka, na podstawie wiedzy Zamawiającego, możliwe było zweryfikowanie przez Zamawiającego, że rok 2017 nie stanowi daty produkcji śmigłowca. Typ śmigłowca, serial number oraz numer rejestracyjny umożliwiły zweryfikowanie daty produkcji. Oferta złożona przez wykonawców nie może być zatem odczytywana jako wprowadzająca w błąd Zamawiającego oraz jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W wyjaśnieniach z 29 czerwca 2020 r. przystępujący General Aviation potwierdził, że zaferowano śmigłowiec Airbus EC155 o numerze seryjnym 6802 oraz numerze rejestracyjnym PH-EUB. Wyjaśnił, zgodnie z prawdą, że śmigłowiec jest eksploatowany przez Heli Holland Air Service B.V. jako właściciela od roku 2017, co potwierdza oficjalny

dokument „Certyfikat rejestracji”. Data wystawienia „Certyfikatu rejestracji” (11 lipca 2017 r.) jest jednocześnie datą, od której śmigłowiec mógł być legalnie eksploatowany/użytkowany przez Heli Holland Air Service B.V. Jednocześnie przystępujący General Aviation wyraźnie wskazał, że śmigłowiec został wyprodukowany w roku 2009, co potwierdza „Oświadczenie o zgodności statku powietrznego” wystawione przez Eurocopter (obecnie Airbus), które również załączono do wyjaśnień.

Tym samym treść wyjaśnień przystępującego General Aviation nie pozostawia żadnych wątpliwości odnośnie wieku/daty produkcji śmigłowca. Ponadto Zamawiający i tak miał już wiedzę na temat wieku i daty produkcji śmigłowca, gdyż zaoferowany w toczącym się postępowaniu śmigłowiec to ten sam śmigłowiec, którym były i obecnie są świadczone usługi dla Zamawiającego zgodnie z umowami zawartymi z Zamawiającym w wyniku poprzednich postępowań o udzielenie zamówień publicznych (umowa nr FH/ZP-12/2016 z 29 września 2017 r., aneks nr 1 do umowy nr FH/ZP-12/2016, umowa nr LPB/MSZ/4500406636/2020 z 29 września 2020 r.). W trakcie jednego z poprzednich postępowań wykonawca również składał wyjaśnienia i uzupełnienia (3 lipca 2017 r.), w których wyraźnie wskazał, że „posiada tabor samolotów i że wskazany helikopter Airbus EC 155 B1, PH-EUB, rok produkcji 2009” spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego wskazane w postępowaniu NH-ZP-12/2016. Wyjaśnienia z 3 lipca 2017 r. zostały załączone również do wyjaśnień z 29 czerwca 2020 r. złożonych w ramach przedmiotowego postępowania. Powyższe oznacza, że analizując złożone wyjaśnienia oraz przedłożone w toku wyjaśnień dokumenty w zakresie wieku śmigłowca Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości odnośnie jego wieku. Niezależnie od tego wiedzę w zakresie wieku śmigłowca Zamawiający mógł bez żadnego problemu powziąć na podstawie dodatkowych, wskazanych w formularzu ofertowym danych: typ śmigłowca, serial number oraz nr rejestracyjny.

Zamawiający nie dopuścił się w toku badania oferty w zakresie dodatkowych wymogów bezpieczeństwa żadnego uchybienia. Zamawiający przyjął rok 2009 jako datę produkcji i zgodnie z kryteriami oceny ofert przyznał wykonawcy 7 punktów.

W zakresie wieku śmigłowca nie może być mowy o jakimkolwiek wprowadzeniu w błąd Zamawiającego bądź działaniu mającym na celu naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 lub 3 ustawy Prawo zamówień publicznych byłoby dopuszczalne wyłącznie w przypadku prostej i oczywistej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oczywistego i celowego działania wykonawcy mającego na celu ukrycie wieku śmigłowca lub wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Na powyższe wskazuje się również w orzecznictwie KIO: KIO 2058/17, KIO 1672/16, KIO 1906/18.

W punkcie 6.4. lit. a) i d) specyfikacji istotnych warunków zamówienia sformułowano następujące wymagania wobec śmigłowca przeznaczonego do realizacji usługi na rzecz Zamawiającego:

- a) Śmigłowiec ma zapewniać co najmniej 9 miejsc siedzących dla pasażerów ubranych w zapewniane przez Zamawiającego kombinezony ratunkowe (aktualnie używane: Hełły Hansen typ Sea Air, E 300-2 lub Sea Mob),
- b) Śmigłowiec będzie w stanie przy zachowaniu wszelkich wymogów prawnych wykonać lot nad otwartym morzem na odległość nie mniejszą niż 180 km i z powrotem przy założeniu średniej masy pasażera na poziomie 105 kg oraz zabranii przez każdego z pasażerów bagażu o wadze do 10 kg.

Zarzuty Odwołującego sprowadzają się do tego, że według jego subiektywnej oceny zaoferowany przez przystępującego General Aviation śmigłowiec nie jest w stanie zabrać na pokład minimalnej liczby 9 osób, wykonać lotu na dystansie 180 km. Ponadto Odwołujący zarzuca, że wpisano w formularzu zbyt niską liczbę lotów na platformy, niezbędną do wymiany załóg – co w ocenie Odwołującego wpływa na zaoferowaną cenę. Z powyższymi argumentami nie można się zgodzić, stanowią one wyłącznie dowolne i subiektywne przekonanie Odwołującego. To na Odwołującym spoczywa ciężar dowodu, że oferta przystępującego General Aviation nie odpowiada wymogom specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zaoferowany w toczącym się postępowaniu śmigłowiec to ten sam śmigłowiec, którym były i nadal są świadczone usługi dla Zamawiającego na podstawie dwóch poprzednio zawartych umów. Z dotychczasowego doświadczenia Zamawiającego oraz współpracy z przystępującym General Aviation wynika, że nie ma problemu z wykonaniem zaoferowanych warunków brzegowych, co potwierdza podpisane przez przedstawicieli Zamawiającego oświadczenie dotyczące dotychczasowej współpracy i możliwości spełnienia oferowanych warunków oraz zestawienie wykonanych w ostatnim półroczu lotów 10-osobowych na platformy Zamawiającego jako potwierdzenie możliwości ich wykonania w praktyce. To na Odwołującym spoczywa ciężar dowodu, że oferta wykonawcy w tym zakresie jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Mając na uwadze dotychczasowe doświadczenie Zamawiającego i przebieg współpracy z wykonawcą (praktyka lotów), należy uznać, że Odwołujący tym wymogom nie sprostał i powołuje wyłącznie gołosłowne twierdzenia.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut Odwołującego o niedopuszczalności dokonania przez Zamawiającego poprawienia w ofercie przystępującego General Aviation omyłki w zakresie przeciętnej ceny paliwa wyrażonej w walucie/m³.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków

zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Poprawienie omyłek w trybie tego przepisu stanowi obowiązek zamawiającego. Celem tej regulacji jest umożliwienie poprawienia błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania oferty. Intencją ustawodawcy było usprawnienie procedury udzielania zamówień publicznych, zmniejszenie liczby odrzuconych ofert i unieważnień postępowań.

W orzecznictwie KIO podkreśla się, że każda rozbieżność pomiędzy treścią oferty a treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi omyłkę, chyba że wyraźnie wykonawcy może zostać przypisane świadome i celowe złożenie oświadczenia sprzecznego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W razie jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie wykonawcy nie może zostać przypisane świadome i intencjonalne działanie (wyrok KIO 2907/13).

Poprawienie omyłki jest dopuszczalne w sytuacji, w której zamawiający może samodzielnie dokonać poprawy oferty (zamawiający ma wywiązać się z obowiązku poprawy oferty nawet w sytuacji braku wyjaśnień ze strony wykonawcy) albo po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień o „pomocniczym” jedynie charakterze. Tym samym poprawienie jest dopuszczalne, a zarazem stanowi obowiązek zamawiającego w każdym przypadku, gdy omyłka powoduje stan niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jej poprawienie ma na celu przywrócenie stanu niezgodności oferty ze specyfikacją, poprawienie omyłki nie prowadzi do istotnej zmiany treści oferty. Omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego. W zakresie pojęcia „istotności” zmiany treści oferty ocena powinna być dokonywana w oparciu o ogół okoliczności sprawy. Dla takiej oceny nie ma znaczenia zakres zmian w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia. Poprawienie omyłki jest dopuszczalne również w sytuacji, w której prowadzi do zmiany ceny oferty, na co wskazuje się w orzecznictwie KIO (wyrok KIO 2200/12, KIO 1844/19). Kwalifikator „istotnych zmian” należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje, czy nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. Punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przeszkody w zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 nie stanowi również co do zasady fakt, że poprawiona oferta stanie się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Dokonana przez Zamawiającego poprawka nie miała charakteru istotnego. Ponadto nie jest możliwe na gruncie stanu faktycznego niniejszej sprawy przypisanie przystępującemu General Aviation działania celowego, intencjonalnego bądź zamiaru wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Nie można również tracić z pola widzenia stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia, parametrów wskazywanych przez oferentów oraz wielości danych składających się na formularz cenowy, który z uwagi na stopień skomplikowania zamówienia zapewne nie był „idealny”. Zamawiający przyznaje, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał instrukcji wypełniania formularza cenowego. Komórka E17 dotyczy przeciętnej ceny paliwa wyrażonej w walucie/m³. Zamawiający zamieścił w niej przeciętną, przyjętą cenę paliwa na potrzeby porównania ceny ofert. Wartość ta była aktualna na dzień sporządzenia dokumentacji przetargowej, tak, aby zapewnić możliwie maksymalnie równość, transparentność oraz porównywalność ofert wedle uśrednionej wartości. Podkreślenia jednak ponownie wymaga, że Zamawiający nie zawarł wyraźnej instrukcji odnośnie wypełniania formularza cenowego, w szczególności w zakresie przyjętej uśrednionej ceny paliwa za 1 m³. W ostatecznej wersji udostępnionego na platformie przetargowej formularza komórka ta nie została również zablokowana, a zatem fizycznie i technicznie możliwa była jej modyfikacja poprzez wprowadzenie realnej na dzień sporządzenia oferty wartości. Zamawiający przyznaje zatem, że technicznie możliwe było wprowadzenie innej, realnej wartości. Oferenci mieli zatem możliwości wpisania innej ceny paliwa, która przecież stale się zmienia. Ponadto przeciętna cena paliwa i tak miała charakter orientacyjny w tym sensie, że wskazana wartość nie jest brana pod uwagę podczas realizacji umowy. Cena paliwa jest bowiem zmienna i zależna od zewnętrznych dostawców. W toku realizacji umowy wykonawca rozlicza się z Zamawiającym na podstawie faktycznych kosztów ceny paliwa.

Poprawienie omyłki nie stanowiło zatem istotnej modyfikacji, prowadziło do zmiany niewielkiego fragmentu formularza ofertowego w celu przyjęcia jednej uśrednionej dla wszystkich oferentów wartości. Omyłka była dla Zamawiającego łatwo dostrzegalna poprzez proste zestawienie i porównania komórki E17. Poprawienie omyłki polegało na wstawieniu zamiast kwoty podanej przez wykonawcę, kwoty przyjętej w formularzu cenowym. Dalsze zmiany były wyłącznie konsekwencją zmiany ww. kwoty i polegały na dokonaniu określonych działań matematycznych. Poprawienie omyłki nie wymagało pozyskania od wykonawcy jakichkolwiek dalszych informacji. Nie ma więc mowy o prowadzeniu przez Zamawiającego z wykonawcą niedozwolonych negocjacji co do treści oferty. Dokumenty przetargowe nie zawierały informacji dla wykonawców o braku możliwości edycji spornego formularza, nie określały również sankcji za dokonanie takich modyfikacji w postaci odrzucenia oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Omyłka nie stanowiła również merytorycznej wady w sporządzeniu oferty, stanowiła jedynie wadliwy sposób ujęcia danych, skutkujący jedynie formalną niezgodnością oferty ze

specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Na takie ujęcie omyłek wskazuje się również w orzecznictwie KIO (wyrok KIO 1864/20, KIO 222/20).

Dodatkowo za brakiem istotności zmiany przemawia fakt, że poprzez dokonanie odpowiednich zmian rachunkowych, tj. podstawienie w formularzu uśrednionej, przyjętej przez Zamawiającego ceny paliwa, cena całkowita wzrosła jedynie o ok. 3,2 %, z kwoty 42.222.281,68 zł do kwoty 43.592.905,70 zł. Gdyby nie dokonano poprawienia omyłki, to i tak oferta konsorcjum nadal stanowiłaby ofertę najkorzystniejszą.

Przystępujący General Aviation, podobnie jak inni wykonawcy, nie miał możliwości złożenia wiążącego oświadczenia woli w zakresie ceny paliwa za określoną cenę. Przedmiot zamówienia od początku stanowiła usługa przewozu, a nie dostawa paliwa. Omyłka nie zmieniała zatem w sposób istotny treści oferty, dotyczyła wyłącznie jeden z przyjętych przez Zamawiającego szacunkowych danych, nie mających żadnego wpływu na przedmiot świadczenia.

Dzień przed terminem składania ofert przedstawiciel przystępującego General Aviation zgłosił telefonicznie, że nie może wypełnić formularza. Wówczas przedstawiciel Zamawiającego sprawdził, czy formularz działa prawidłowo. W związku z tym, że był to dzień przed terminem składania ofert, zamieścił na platformie przetargowej formularz cenowy niezabezpieczony hasłem, w treści dokładnie tej samej, co zahasłowany. W treści formularza niezabezpieczonego hasłem każdy z wykonawców (pomimo wpisania w tabeli stałej wartości średniej ceny paliwa) mógł jednak swobodnie dokonać zmiany wpisanej wartości poprzez wpisanie dowolnej, w tym aktualnej na dzień składania ofert, ceny paliwa. Nie zawarto jednak szczegółowej instrukcji dotyczącej sposobu wypełniania formularza, zakazu zmiany wpisanej wartości ani sankcji za zmianę wartości wpisanej przez Zamawiającego, którą w zamieszczonym na dzień przed terminem składania ofert formularzu cenowym każdy z wykonawców mógł swobodnie zmienić.

O udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

pkt 9.1.1. – kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów tj. posiadają: 9.1.1.2. – certyfikat operatora lotniczego (AOC), w którym w specyfikacji operacyjnej wskazane są jako rodzaj dozwolonych operacji przewozy pasażerskie (A-1), a także przewozy towarowe (A2), w tym przewóz materiałów niebezpiecznych (E11); dozwolony obszar prowadzenia operacji – Europa, specyfikacja operacyjna ma umożliwiać śmigłowcowe operacje przybrzeżno-morskie (ang. offshore) (E12); instrukcja operacyjna nie może zawierać zastrzeżeń, które będą uniemożliwiać wykonywanie usługi przewozu na rzecz Zamawiającego,

9.1.2. – sytuacji ekonomicznej lub finansowej tj.: 9.1.2.1. spełniają wymagania rozporządzenia WE nr 785/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie wymogów w zakresie ubezpieczenia w odniesieniu do przewoźników lotniczych i operatorów statków powietrznych:

- odpowiedzialność przewoźnika za pasażera, bagaż, ładunek powinna być ubezpieczona co najmniej do wysokości 250.000 SDR na pasażera oraz 1131 SDR na bagaż pasażera i 19 SDR na 1 kg towaru w przewozie handlowym;
- odpowiedzialność w zakresie odpowiedzialności cywilnej wobec osób trzecich, minimalna suma gwarancyjna powyżej MTOM kg 6000 odpowiednio 7 milionów SDR, 12000 kg – 18 milionów SDR, powyżej 25000 kg – 80 milionów SDR;

Zgodnie z art. 26 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. W zakresie certyfikatu AOC przystępujący General Aviation załączył inne dokumenty odwołujące się do tego certyfikatu. Ponadto Zamawiający jest w posiadaniu tego dokumentu, bowiem stanowi on załącznik do dotychczasowych umów z Zamawiającym. Tym samym w zakresie przedmiotowego certyfikatu kierowanie wezwania przez Zamawiającego byłoby niecelowe i nieuprawnione.

Jeśli chodzi o ubezpieczenie, to przystępujący General Aviation jako załączniki do pisma z 18 grudnia 2020 r. przedstawił w ramach dokumentów wymaganych w punkcie 10.4.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie warunku opisanego w punkcie 9.1.2: kopie polis ubezpieczeniowych lub innych dokumentów potwierdzających zawarcie stosownych ubezpieczeń: polisę ubezpieczenia lotniczego wystawioną Heli Holland Air Service B.V. w wersji angielskiej wraz z tłumaczeniem (dokument oznaczony numerem „2. HH Insurance Certificate EUB en OSF 2020 ENG” oraz „2. HH polisa OCPL”, ubezpieczenie lotnicze wystawione na rzecz GAS – dokument oznaczony numerem „2. GAS Polisa OCPL”. Tym samym w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przystępujący General Aviation przedstawił m.in. w polisę Heli Holland Air Service B.V., w której wprost zawarte jest odwołanie do Rozporządzenia WE nr 785/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie wymogów w zakresie ubezpieczenia w odniesieniu do przewoźników lotniczych i operatorów statków powietrznych: „Ochrona ubezpieczeniowa wynikająca z niniejszej polisy jest zgodna z Rozporządzeniem (WE) nr 785/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r.”. Treść polisy powinna być zatem interpretowana łącznie z postanowieniami ww. rozporządzenia. Z treści polisy wynika wyraźnie, że ochrona ubezpieczeniowa jest zgodna z rozporządzeniem, a z art. 4 ust. 1

rozporządzenia wynika, że ubezpieczenie zgodne z rozporządzeniem obejmuje swoim zakresem pasażerów, bagaż, ładunek oraz strony trzecie, a zatem odnosi się do zakresu z punktu 9.1.2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Art. 6 ust. 1-3 rozporządzenia wskazuje również minimalne sumy ubezpieczenia odnoszące się do pasażerów, bagażu oraz ładunku, zaś art. 7 ust. 1 rozporządzenia minimalne sumy ubezpieczenia odnoszące się do osób trzecich.

Ubezpieczenie przewyższa wymogi dotyczące sumy ubezpieczenia, które zostały wskazane w ww. rozporządzeniu, gdyż zawiera klauzulę: „Limit łączny (uszkodzenia ciała/szkody na mieniu): 100.000.000 USD dla każdego zdarzenia/statku, w tym AWN 52E”. Tym samym zakres i sumy ubezpieczenia spełniają wymogi wynikające ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie ma zatem potrzeby ani wymogu, aby polisa powtarzała postanowienia rozporządzenia, do którego się odnosi. Ponadto Zamawiający dysponował treścią polisy również na podstawie obowiązującej obecnie umowy.

W odniesieniu do zarzutu ewentualnego nieudostępnienia Odwołującemu pełnej treści dokumentów: polisy Heli Holland Air Service B.V. oraz wykazu osób, Zamawiający wskazał, że 3 czerwca 2020 r. konsorcjum złożyło ofertę, w której jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegło wykaz osób przeznaczonych do realizacji zamówienia zgodnie z punktem 9.1.3.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazanych w JEDZ członka konsorcjum – Heli Holland Air Service B.V. Do oferty wykonawca dołączył uzasadnienie zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazując podstawy uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wskazał środki, jakie podjął, aby dane te stały się tajemnicą. Zamawiający uznał za zasadne zastrzeżenie tych informacji biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia i uznał, że nie będzie dokonywał odtajnienia tych informacji.

Zamawiający, pismem z 13 lipca 2020 r., wezwał przystępującego General Aviation do złożenia wyjaśnień w zakresie brzegowych warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla osiągow śmigłowca oraz liczby lotów. 20 lipca 2020 r. przystępujący General Aviation złożył wyjaśnienia przedkładając również Navigation Plan for VFR flight rules i Navigation Plan for IFR flight rules. W wyjaśnieniach tych zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa wskazując, że informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią informację techniczną, technologiczną i organizacyjną wykonawcy i posiadają wartość gospodarczą, jako całość lub w szczególnym zestawieniu nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób oraz podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania tych informacji w poufności. Dodatkowo nadmienił, że uzasadnienie powyższych okoliczności jest tożsame z uzasadnieniem wskazanym w piśmie złożonym wraz z ofertą i zachowuje swoją aktualność i powinno być analogicznie zastosowane do przedstawionych powyżej informacji.

Zamawiający, po analizie złożonych wyjaśnień, pismem z 2 grudnia 2020 r., zawiadomił wykonawcę o odtajnieniu informacji niestanowiącej tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający odtajnił złożone wyjaśnienia z wyłączeniem informacji dotyczącej osób skierowanych do realizacji zamówienia (danych pilotów wskazanych w JEDZ i wykazie osób). Zamawiający nie otrzymał informacji zwrotnej, która podważałaby jego decyzję.

12 stycznia 2020 r. przedstawiciel Odwołującego zawnioskował o udostępnienie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wszystkich załączników do protokołu, w szczególności korespondencji między Zamawiającym a przystępującym General Aviation oraz dokumentów Zamawiającego dotyczących dokonanego badania i oceny ofert. W odpowiedzi Zamawiający 14 i 15 stycznia 2020 r. udostępnił szereg dokumentów. Wśród przekazanej dokumentacji znalazły się również odtajnione wyjaśnienia konsorcjum z 20 lipca 2020 r. Zamawiający zanonimizował jedynie informacje dotyczące pilotów, które wcześniej według Zamawiającego, zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W dokumentach znajdowało się również zawiadomienie o odtajnieniu informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający przyznaje, że w toku badania i oceny ofert oraz licznej korespondencji pomiędzy Zamawiającym i wykonawcami omyłkowo nie udostępnił uzasadnienia objęcia części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa, które stanowiło załącznik do oferty konsorcjum. Słusznie zatem Odwołujący powziął informację, iż przekazane zanonimizowane dokumenty w postaci polisy ubezpieczeniowej Heli Holland Air Service B.V. i wykaz osób zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Co do odwołania o sygn. KIO 252/21 Zamawiający wskazał, że w punkcie 9.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarto warunek, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu, m.in. posiadają koncesję na przewozy lotnicze wydaną na podstawie rozporządzenia Rady (EWG) Nr 1008/2008 z dnia 24 września 2008 r. w sprawie wspólnych zasad wykonywania przewozów lotniczych na terenie Unii Europejskiej (a także w odniesieniu do polskich przewoźników – zgodnie z ustawą Prawo lotnicze, ustawą o swobodzie działalności gospodarczej), tj. koncesję na wykonywanie regularnych/nierregularnych przewozów lotniczych przy użyciu statków powietrznych „bez ograniczenia maksymalnej masy startowej i ilości miejsc pasażerskich”.

Odwołujący argumentuje, że koncesja przystępującego Heli Service stanowi tzw. koncesję ograniczoną.

Zamawiający jest spółką paliową, zatem przedmiotem jego działalności nie są przewozy lotnicze. W związku z tym zarówno sformułowanie wymogu specyfikacji istotnych warunków

zamówienia, jak i rozstrzygnięcie zarzutu w zakresie koncesji nie było możliwe wyłącznie w oparciu o wiedzę Zamawiającego. Dlatego pismem z 15 lutego 2021 r. zwrócił się do Urzędu Lotnictwa Cywilnego z prośbą o wyjaśnienie kwestii koncesji przystępującego Heli Service. Z otrzymanej odpowiedzi z 18 lutego 2021 r. Zamawiający wnioskuje, że zarzuty są zasadne. Urząd Lotnictwa Cywilnego wskazał bowiem, że stosownie do art. 10 ust. 3 rozporządzenia 1008/2008 wykaz decyzji wydanych przez właściwe organy wydające koncesje dotyczących przyznania, zawieszenia lub cofnięcia koncesji jest corocznie publikowany w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Lista przewoźników lotniczych posiadających koncesje jest także publikowana pod adresem internetowym: <https://cc.cnropa.cn/iran.spprt0nodcs/ttir/inlema1-market> w podpunkcie „Licensed European airlines”. Wskazywany przewoźnik widnieje na tej liście jako posiadacz koncesji potocznie oznaczanej jako typ B, tj. obejmującej eksploatację statku powietrznego o maksymalnej masie startowej (MTOM) poniżej 10 ton lub o liczbie miejsc poniżej 20”. Co jednakże istotne, zgodnie z przypisem Komisja Europejska nie gwarantuje poprawności danych i nie bierze za nie odpowiedzialności. Jednakże dane odzwierciedlają informacje uzupełniane bezpośrednio przez państwa członkowskie. Tym samym, w przypadku wskazywanego przewoźnika informacje o rodzaju koncesji wskazał stosowny organ niemiecki (LBA).

Powyższe oznacza, że koncesja przystępującego Heli Service stanowi koncesję ograniczoną i zarzut jest zasadny. W związku z powyższym Zamawiający uznał odwołanie.

IV Stanowisko przystępującego General Aviation – odwołanie o sygn. KIO 250/21

Przystąpienie do odwołania o sygn. KIO 250/21 po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia General Aviation Services Sp. z o.o. i Heli Holland Air Service B.V.

Co do zarzutu dotyczącego podkryterium oceny ofert – wiek śmigłowca przystępujący General Aviation wskazał, że zaoferował w postępowaniu śmigłowiec Airbus EC155, o numerze seryjnym 6802 oraz numerze rejestracyjnym PH-EUB, co wynika bezspornie z oświadczenia złożonego w formularzu ofertowym. W formularzu tym, w pozycji sformułowanej przez Zamawiającego: „eksploatowanego od roku ...” przystępujący General Aviation wpisał „2017”.

Pismem z 25 czerwca 2020 r. Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień w zakresie wieku oferowanego śmigłowca. W odpowiedzi na te wezwanie przystępujący General Aviation, pismem z 29 czerwca 2020 r., szczegółowo wyjaśnił omyłkę dotyczącą wieku śmigłowca i wpisania w pozycji formularza rok: „2017”, zamiast „2009”, wskazując, że śmigłowiec jest eksploatowany przez Heli Holland Air Service B.V., jako właściciela, od roku

2017. W celu potwierdzenia załączył do wyjaśnień oficjalny dokument pod nazwą „Certificate of Registration” (Świadectwo Rejestracji) wraz z tłumaczeniem na język polski, z którego wynika, że: „wyżej wymienione statki powietrzne (EC 155, PH-EUB, numer seryjny 6802) zostały należycie wpisane do rejestru holenderskich statków powietrznych zgodnie z Konwencją o międzynarodowym lotnictwie cywilnym z dnia 7 grudnia 1944 r. oraz z holenderską ustawą o lotnictwie”, data wystawienia Świadectwa Rejestracji (11 lipca 2017 r.) jest jednocześnie datą, od której śmigłowiec mógł być legalnie eksploatowany/użytkowany przez Heli Holland Air Service B.V., do wyjaśnień Przystępujący załączył również dokument pod nazwą „Aircraft Statement of Conformity” (Oświadczenie o zgodności statku powietrznego) wraz z tłumaczeniem na język polski, z którego w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że data produkcji śmigłowca to 26 czerwca 2009 r.

Zamawiający po raz pierwszy powziął wiedzę o dacie produkcji śmigłowca już w roku 2016, w trakcie prowadzonego poprzednio postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o identycznym przedmiocie zamówienia jak postępowanie, tj. w postępowaniu przetargowym o numerze NH-ZP-12/2016 z 2017 r. W trakcie postępowania z 2017 przystępujący General Aviation składał wyjaśnienia i uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w dniu 3 lipca 2017 r. W treści tych wyjaśnień wskazał, że „posiada tabor samolotów i że wskazany helikopter Airbus EC 155 B1, PH-EUB, rok produkcji 2009” spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego wskazane w postępowaniu NH-ZP-12/2016. Zatem z dniem złożenia oferty w postępowaniu z 2017 r., również w wyniku wyjaśnień z 2017 r., Zamawiający miał wiedzę o śmigłowcu i jego parametrach, w tym dacie produkcji.

We wrześniu 2017 r. Zamawiający zawarł z przystępujący General Aviation umowę o identycznym przedmiocie zamówienia, w ramach której przystępujący General Aviation świadczył usługi tym samym śmigłowcem. 29 września 2020 r. pomiędzy Zamawiającym a przystępującym General Aviation została zawarta kolejna umowa o zamówienie publiczne, w ramach której przystępujący General Aviation nadal świadczy usługi transportu lotniczego na rzecz Zamawiającego z wykorzystaniem tego śmigłowca.

Numer rejestracyjny statku powietrznego od czasu produkcji nie ulega zmianie i nie jest możliwa sytuacja, w której kilka statków powietrznych posiadałoby ten sam numer rejestracyjny – a co za tym idzie, że można twierdzić, że istnieje różna data produkcji dla statku powietrznego zarejestrowanego pod danym numerem;

Zamawiający co najmniej od roku 2017 posiada wiedzę o śmigłowcu oraz dacie jego produkcji, wynikającą z oświadczenia o zgodności statku powietrznego wystawionego przez Eurocopter (Airbus), gdzie wskazana jest data produkcji 26 czerwca 2009 r.

Odwołujący, nie mając prawdopodobnie wiedzy o użytkowaniu przez przystępującego General Aviation tego samego śmigłowca nieprzerwanie od 2017 roku w ramach usług

świadczonych na rzecz Zamawiającego, wywodzi subiektywne przekonanie o niezgodności złożonej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Kwestię ewentualnej niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy rozpatrywać zawsze w kontekście konkretnych indywidualnych sytuacji, w których dokonuje się takiej oceny, a nie w oderwaniu od niej, przyjmując hipotezy bez uwzględnienia całokształtu sprawy oraz posiadanych informacji i dokumentów przez samego zamawiającego, który takiej oceny dokonuje. Badanie treści złożonej oferty pod kątem jej zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia odbywa się zawsze w oparciu o oświadczenia zawarte w ofercie, z uwzględnieniem informacji dostępnych dla zamawiającego, istniejących w dniu dokonywania oceny oferty.

W świetle przepisu art. 26 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Zamawiający posiada wiedzę o wieku śmigłowca co najmniej od roku 2017, z przekazanych w 2017 roku dokumentów. W ocenie przystępującego General Aviation powyższa regulacja – o ile dotyczy kwestii spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia – o tyle, jeśli wiąże się z obowiązkiem dokumentowania pewnych faktów i zjawisk, które mają również znaczenie w kontekście kryteriów oceny ofert i badania treści oferty – ma analogiczne zastosowanie.

Również treść § 10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia wskazuje, że w przypadku wskazania przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2, § 5 i § 7, które znajdują się w posiadaniu zamawiającego, w szczególności oświadczeń lub dokumentów przechowywanych przez zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający korzysta z posiadanych oświadczeń lub dokumentów, o ile są one aktualne. Natomiast art. 97 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający przechowuje protokół wraz z załącznikami przez okres 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób gwarantujący jego nienaruszalność. Jeżeli czas trwania umowy przekracza 4 lata, zamawiający przechowuje umowę przez cały czas trwania umowy.

Naczelnym celem powyższych regulacji miało być dążenie do odbiurokratyzowania procesu udzielania zamówień i zapobiegania składaniu zamawiającemu oświadczeń lub

dokumentów, w posiadaniu których zamawiający się znajduje lub które może on pobrać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych. Zgodnie z orzecznictwem, jeśli zamawiający dysponuje dokumentami potwierdzającymi spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wykonawca nie ma obowiązku ich składać. Ustawodawca wprowadził rozwiązanie art. 26 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w celu ograniczenia ilości dokumentów, których zamawiający musiałby żądać, a wykonawca składać, w sytuacji, gdy nie ma takiej potrzeby, gdyż konieczne do oceny spełniania warunku dokumenty są już w posiadaniu zamawiającego.

Na znaczenie kwestii związanej z samodzielnym pozyskiwaniem dokumentów przez zamawiającego zwraca uwagę również motyw 85 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, w którym stwierdzone zostało, że należy przewidzieć, by instytucje zamawiające nie zwracały się o wciąż aktualne dokumenty, które posiadają już w związku z wcześniejszymi postępowaniami o udzielenie zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, skoro Zamawiający jest w posiadaniu dokumentów potwierdzających wiek śmigłowca, to nielogiczne i bezpodstawne jest zarzucanie przystępującemu General Aviation że chciał on wprowadzić Zamawiającego w błąd w postępowaniu, oferując dokładnie ten sam śmigłowiec, dla tego samego Zamawiającego, w następujących po sobie postępowaniach na tożsame usługi, tj. w 2017 roku, w 2020 roku i w obecnym postępowaniu. Tym samym zarzut niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest chybiony i nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sugeruje, że oferta przystępującego General Aviation nie spełnia warunków brzegowych określonych w ramach opisu przedmiotu zamówienia, punkt 6.4 litera a) w związku z punktem 6.4 litera d) specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z tym, że zaoferowany śmigłowiec nie jest w stanie zabrać na pokład 9 osób i wykonać lotu nad otwartym morzem, przy spełnieniu pozostałych założeń specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na odległość 180 km i z tych względów oferta przystępującego General Aviation powinna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dodatkowo Odwołujący zarzucił przystępującemu General Aviation, że wpisał w załączniku cenowym zbyt niską liczbę lotów na platformy niezbędne do wymiany załóg, co w jego ocenie powoduje, że wykonanie takiej liczby lotów nie jest możliwe przy spełnieniu innych założeń specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący błędnie przypisuje przystępującemu General Aviation i posiadanemu przez niego śmigłowcowi brak spełnienia parametrów wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Śmigłowiec zaoferowany w postępowaniu to ten sam śmigłowiec, który wykonuje operacje lotnicze na rzecz Zamawiającego w ramach umowy z 2017 r. oraz umowy z 2020 r.

Zgodnie z punktem 6.4 litera a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia śmigłowiec ma zapewnić co najmniej 9 miejsc siedzących dla pasażerów ubranych w zapewniane przez Zamawiającego kombinezony ratunkowe. Punkt 6.4 litera d) specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazuje, że śmigłowiec będzie w stanie przy zachowaniu wszelkich wymogów prawnych wykonać lot nad otwartym morzem na odległość nie mniejszą, niż 180 km i z powrotem przy założeniu średniej masy pasażera na poziomie 105 kg oraz zabranii przez każdego z pasażerów bagażu o wadze do 10 kg.

Przystępujący General Aviation w formularzu cenowym w tabeli nr 2 pod nazwą „Przeciętna liczba minut lotów” wskazał odpowiednio w pozycjach Lp. 2-4 w kolumnie 6., w tym również w pozycji Lp. 2 (PETRO GIANT), do której referuje Odwołujący, liczbę „3” jako liczbę lotów do realizacji w celu wymiany jednej załogi.

Odwołujący w sposób nieuprawniony wskazuje, że śmigłowiec nie może zabrać na pokład 10 osób i rzekomo potrzebne są 4, a nie 3 loty do przewiezienia 28-osobowej załogi na trasie lotnisko Rębiechowo – platforma PETRO GIANT, gdyż jego zdaniem oferowany śmigłowiec może zabrać na pokład maksymalnie 7 lub 8 osób przy temperaturze otoczenia 25°C oraz 8 lub 9 osób przy temperaturze otoczenia 15-20°C. Przystępujący General Aviation zaprzecza twierdzeniom Odwołującego i oświadcza, że śmigłowiec spełnia powyższe wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wykonywał oraz wykonuje w ramach umowy z 2017 r. oraz umowy z 2020 r. loty nad otwartym morzem na platformy Zamawiającego, w tym platformę PETRO GIANT (w obie strony) przy powyższych założeniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co potwierdzają listy pasażerów.

Odwołujący buduje swoją argumentację oraz tezy na bazie tylko sobie znanego założenia warunków atmosferycznych 15, 20 oraz 25°C, nie wyjaśniając, dlaczego przyjął takie temperatury jako referencyjne. Takie założenia są bezzasadne, gdyż w żadnej części dokumentacji przetargowej, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia i opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający nie zawarł warunków dotyczących temperatury w celu potwierdzenia, że oferowany śmigłowiec będzie w stanie wykonywać operacje lotnicze; każdy lot jest wykonywany w danych (innych) warunkach atmosferycznych występujących danego dnia, a nie tylko we wskazanych warunkach temperatury; przed każdym z lotów przystępujący General Aviation otrzymuje dane meteorologiczne i w oparciu o te dane ustalana jest dokłada trasa lotu oraz możliwości jego wykonania, z zachowaniem najwyższych standardów bezpieczeństwa.

Odwołujący przedstawił wykonane przez siebie kalkulacje lotów (ich liczby) odpowiednio dla temperatury 15, 20 oraz 25°C, dotyczące śmigłowca zaoferowanego przez Odwołującego, tj. AW139, przecząc tym samym oświadczeniom zawartym w złożonej przez siebie ofercie, gdyż w ofercie Odwołującego w formularzu cenowym tabela nr 2 kolumna 4. dla pozycji Lp. 4 „lotnisko Rębiechowo – platforma PETRO GIANT – lotnisko Rębiechowo” Odwołujący

oświadczył, że wykona lot na tej trasie zaoferowanym śmigłowcem AW139 w czasie 78 minut, natomiast do odwołania załączył kalkulacje, z których wynika, że niezależnie od temperatury Odwołujący nie jest w stanie wykonać lotu na odcinku zaoferowanym w ofercie w czasie 78 minut, lecz w czasie 94 minut. Świadczy to o tym, że kalkulacje przygotowane przez Odwołującego są błędne, nierzetelne i zawierają nieprawdziwe dane, mogące wprowadzać Zamawiającego w błąd co do zakresu oferty Odwołującego. Celem Odwołującego jest wykreowanie danych wyłącznie na potrzeby wykazania rzekomej wadliwości kalkulacji i oferty przystępującego General Aviation, nieopartych na żadnych potwierdzonych tezach czy wytycznych, które dodatkowo nie są spójne w szczególności z tym, co Odwołujący zaoferował we własnej ofercie. Poza tym załączniki do odwołania nie zostały przetłumaczone na język polski. Zgodnie z art. 506 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie odwoławcze jest prowadzone w języku polskim, a art. 506 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje wyraźnie, że wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Zgodnie z orzecznictwem, w związku z bezwzględnym wymaganiami przedstawiania tłumaczeń wszelkich dokumentów sporządzonych w języku obcym przedkładanych w trakcie rozprawy Izba nie może wziąć pod uwagę i oprzeć się na informacjach w języku obcym, których tłumaczeń nie przedstawiono (wyrok KIO 2478/13, KIO 2576/10).

Niezrozumiałe jest również dokonywanie obliczeń przez Odwołującego na podstawie danych rzekomo zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, których w istocie tam nie ma. Odwołujący w odwołaniu przytacza takie dane jak: masa pustego śmigłowca, masa urządzeń na śmigłowcu, masa paliwa, masa dwóch pilotów, które nie zostały określone przez Zamawiającego, a zatem nie mogą stanowić podstawy wiążących obliczeń.

Przystępujący przedłożył protokół z testowego lotu, który w 100% potwierdza zgodność jego oświadczeń złożonych w ofercie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz ze stanem faktycznym.

Przystępujący General Aviation nie zgadza się również z zarzutem wprowadzenia Zamawiającego w błąd, gdyż wiek śmigłowca był znany Zamawiającemu od 2017 r. w związku z postępowaniem z 2017 r., a następnie umową z 2020 r. Obecne postępowanie będzie, w przypadku utrzymania ważności wyboru oferty przystępującego General Aviation jako najkorzystniejszej – kontynuacją usług świadczonych na rzecz Zamawiającego dokładnie tym samym śmigłowcem. Nie ma żadnego logicznego uzasadnienia, dlaczego miałby wprowadzić Zamawiającego w błąd przy świadczeniu usług nieprzerwanie od ponad 3 lat tym samym śmigłowcem.

Przystępujący General Aviation wielokrotnie wykonywał 3 loty w ramach wymiany załogi na platformach Zamawiającego, co potwierdza bezzasadność zarzutów Odwołującego.

Co do wątpliwości samego Zamawiającego co do możliwości wykonania 3, a nie 4 lotów i zabrania na pokład śmigłowca 10 pasażerów, to inicjatorem zgłaszającym zarzuty do oferty przystępującego General Aviation przed dniem dokonania jakichkolwiek czynności przez Zamawiającego był sam Odwołujący, który pismami z 10 i 19 czerwca 2020 r. sugerował Zamawiającemu rzekome uchybienia w treści oferty. Zamawiający, prawdopodobnie chcąc wyjaśnić powstałe wątpliwości, zwrócił się następnie do przystępującego General Aviation z prośbą o wyjaśnienia. Nie jest zatem tak, że nigdy nie wykonano 3 lotów i nigdy nie zabrano na pokład 10 pasażerów, co wynika z doświadczeń Zamawiającego w realizacji umów z przystępującym General Aviation.

Zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zamawiający, pismem z 29 października 2020 r., działając w oparciu o powyższy przepis, zawiadomił przystępującego General Aviation o dokonaniu poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności jego oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i o konsekwencjach dokonania poprawek w zakresie ceny ofertowej z dotychczasowej ceny 9.626.822,70 EUR na 9.939.329,38 EUR. Pismem z 29 października 2020 r. przystępujący General Aviation wyraził zgodę na dokonanie poprawki we wskazanym zakresie.

Argumentacja Odwołującego sprowadza się w istocie do twierdzenia, że brak jest podstawy prawnej do takiej ingerencji w treść oferty i że poprawienie ceny całkowitej nie mieści się w kategoriach żadnej z omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przystępujący General Aviation nie zgadza się z zaprezentowaną przez Odwołującego argumentacją.

Komórka E17, która o jest przedmiotem sporu, dotyczy przeciętnej ceny paliwa w walucie/m³. Zamawiający w tej komórce zamieścił przeciętną średnią cenę paliwa, jaka prawdopodobnie była aktualna na dzień przygotowywania dokumentacji przetargowej, tj. kwotę 592 EUR.

Weryfikacja ofert wykonawców dokonywana w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest przywilejem, ale obowiązkiem zamawiającego, co wynika z użycia przez ustawodawcę sformułowania „zamawiający poprawia”. Celem wprowadzenia tej regulacji było dążenie do ograniczenia sytuacji, w których korzystne cenowo oferty podlegały odrzuceniu z uwagi na fakt, iż pojawiały się w nich mało znaczące błędy,

niemożliwe do poprawienia na mocy innych określonych ustawowo zasad. Rozwiązanie miało przyczynić się do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert, jak również do ograniczenia liczby unieważnianych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Cechą omyłki jest to, że ma charakter niezamierzony i to bez względu na to, czy ma charakter zawiniony, czy niezawiniony. Nie można wywieść z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, że omyłka oznacza wyłącznie przypadki tzw. niezawinionego błędu. Można co najwyżej przyjąć, że chodzi o błąd niezamierzony w tym sensie, że składający oświadczenie woli objęte ofertą zamierza i chce złożyć je zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale w rezultacie składa ofertę niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie zdając sobie z tego sprawy. W zasadzie każdą rozbieżność pomiędzy treścią oferty a treścią specyfikacji należy uznać za omyłkę, chyba że zamawiający ma podstawy do przypisania wykonawcy świadomego celowego złożenia oświadczenia woli sprzecznego z nią merytorycznie (wyrok KIO 665/13).

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na konieczność jego zastosowania w przypadku omyłki, która charakteryzuje się łącznie tym, że: nie musi mieć charakteru oczywistego, tak jak omyłka pisarska, czy omyłka rachunkowa, o których mowa art. 87 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, musi powodować stan niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – w przeciwnym wypadku nie powstałby obowiązek poprawienia oferty wykonawcy, jej poprawienie ma na celu przywrócenie stanu zgodności oferty ze specyfikacją, poprawienie omyłki nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Skutkiem tego, że „inna omyłka” nie ma charakteru oczywistego jest to, że poprawienie omyłki jest dopuszczalne w sytuacji, w której zamawiający może samodzielnie dokonać poprawy oferty (zamawiający ma wywiązać się z obowiązku poprawy oferty nawet w sytuacji braku wyjaśnień ze strony wykonawcy) albo po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień (wyrok KIO 2359/16). Punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawki do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawki (wyrok KIO 1844/19). Wynikiem skorzystania przez zamawiającego z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest każdorazowo zmiana treści oferty. Granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby nie miała ona istotnego charakteru. Przy czym ocena tej kwestii jest uzależniona od okoliczności konkretnej sprawy. Przede wszystkim jednak dla oceny istotności wprowadzanych zmian znaczenie ma ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia.

Wraz z ofertą należało złożyć formularz, który stanowił załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W żadnej części specyfikacji Zamawiający nie wskazał instrukcji wypełnienia formularza, zastrzeżeń z tym związanych, w tym również pól edytowalnych czy zablokowanych. Na platformie zakupowej Zamawiającego formularz był zamieszczany trzykrotnie (16 kwietnia 2020 r., 18 maja 2020 r. i 2 czerwca 2020 r.). W każdym przypadku, w którym wykonawca zmieniał walutę w komórce E7 z EUR na PLN lub z PLN na EUR, komórka powiązana z E7, czyli E17 nie dokonywała odpowiedniego przeliczenia waluty, tylko była blokowana lub umożliwiała wpisanie ręczne wartości w komórce E17, na dowód czego przystępujący General Aviation przedłożył protokoły z notarialnego otwarcia wszystkich formularzy dostępnych na platformie Zamawiającego.

Przystępujący General Aviation z uwagi na brak zablokowania lub oznaczenia tej komórki kolorem zielonym, co miało oznaczać zakaz dokonywania jej modyfikacji przez wykonawców, a także fakt, że Zamawiający nie udzielił żadnej instrukcji co do wypełniania formularza, zamieścił w tej komórce kwotę 282,82 EUR, która odpowiadała przeciętnej cenie paliwa za m³ na 25 maja 2020 r., a więc bezpośrednio przed terminem składania ofert, który przypadał na 3 czerwca 2020 r., co potwierdza faktura otrzymana od LOTOS – Air BP Polska sp. z o.o.).

Ponadto komórka E17 formularza, tj. przeciętna cena paliwa, określa kwotę, która miała charakter wyłącznie orientacyjny, przyjęty dla porównania cen i nie była wartością, która będzie brana pod uwagę podczas realizacji umowy o zamówienie publiczne, gdyż cena paliwa jest zależna od zewnętrznego dostawcy i wykonawca, który będzie realizował umowę z Zamawiającym, nie będzie się rozliczał za cenę paliwa według pozycji E17 formularza, tylko za faktyczny koszt nabycia paliwa, refakturowany następnie na Zamawiającego. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie usługi przewozu pracowników Zamawiającego, a nie dostawa paliwa.

Popętniona przez przystępującego General Aviation omyłka nie wpływa w żaden sposób na ważność oferty, nie ma charakteru istotnego, gdyż w wyniku tej zmiany doszło do modyfikacji jedynie niewielkiego fragmentu oferty, a nie całej jej treści, który to fragment nie miał wpływu na ważność zaoferowanego świadczenia. Omyłka ta była dla Zamawiającego łatwo dostrzegalna, gdyż w wyniku prostego porównania wartości komórki E17 wskazanej przez Zamawiającego i przystępującego General Aviation skorygowanie tej omyłki nie nastroczało jakichkolwiek trudności. Omyłka ta powodowała jedynie formalną niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, polegającą na wadliwym sposobie ujęcia danych, o czym świadczy, m.in. łatwość w dostrzeżeniu tej wady oraz wiedza Zamawiającego na temat przyjętej przez siebie przeciętnej ceny paliwa. Jedynie błędy o charakterze merytorycznym stanowią podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89

ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie.

Omyłka nie jest istotna, gdyż na skutek jej poprawienia poprzez dokonanie przez Zamawiającego odpowiednich zmian rachunkowych, tj. podstawienie w formularzu uśrednionej kwoty paliwa wynikającej z wzoru formularza, cena oferty wzrosła jedynie nieznacznie, bo o około 3,15 % i nadał jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Powyższe potwierdza spełnienie przez omyłkę przesłanek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oferta przystępującego General Aviation odpowiada pod względem merytorycznym przedmiotowi zamówienia oraz warunkom jego realizacji określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i trudno zidentyfikować, z jakim konkretnie postanowieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferta miałaby być niezgodna, skoro Zamawiający nie wskazał instrukcji wypełnienia formularza, odblokowany formularz nie zawierał pól, których nie dało się wypełnić, a zmiana (omyłka) wystąpiła w polu wyłącznie mającym charakter orientacyjny, przyjęty dla porównania ofert, a nie kategorię oświadczenia woli o zapewnieniu Zamawiającemu dostawy paliwa. Omyłka ta nie zmieniła w sposób istotny treści oferty, gdyż dotyczyła jednego z założeń przyjętych przez Zamawiającego, nie mających wpływu na przedmiot świadczenia czy jego jakość. Zgodnie z orzecznictwem KIO niewielka zmiana ceny spowodowana „inną omyłką” nie może być uznana za zmianę istotną. Dokonana poprawka zwiększa wartość oferty z 984.970,32 zł brutto na 1.014.713,52 zł brutto, co stanowi niecałe 3% ceny oferty przed poprawą.

Zatem zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest niezasadny. W konsekwencji nie jest zasadny również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zatem wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób zasadniczy i nieusuwalny, a takiego zarzutu nie można postawić ofercie przystępującego General Aviation.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych niezrozumiałe są wywody Odwołującego, który z jednej strony wskazuje, że przystępujący General Aviation wprowadził Zamawiającego w błąd co do wieku śmigłowca, a z drugiej

strony sugeruje, że złożone oświadczenie w zakresie wieku śmigłowca należy traktować jako oświadczenie, którego nie było.

Odwołujący sugeruje, że w tabeli 2. formularza cenowego należy dopisać jeden lot więcej (4 zamiast 3), co w konsekwencji doprowadzi do sytuacji, w której globalna cena ofertowa przystępującego General Aviation wzrośnie na tyle, że w ramach punktacji kryteriów oceny ofert oferta ta straci status oferty najkorzystniejszej. Logika takiego rozumowania ma cechy ekwilibrystyki prawniczej, a Odwołujący za wszelką cenę stara się wykazać, że to jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Przystępujący General Aviation wykazał kwestie wieku śmigłowca oraz liczby wymaganych lotów, a tym samym prawidłowość własnej oferty, opierając się na doświadczeniu w realizacji usług dla Zamawiającego, oraz na rzetelnych dowodach, których złożenia zaniechał Odwołujący.

Również zarzut rzekomego naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie powinien zostać uwzględniony, gdyż przystępujący General Aviation na wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych złożył wszystkie wymagane dokumenty. Po złożeniu tych dokumentów 18 grudnia 2020 r. Zamawiający nie wzywał przystępującego General Aviation do uzupełnienia dokumentu AOC, bowiem był w posiadaniu tego dokumentu co najmniej od lipca 2017 r., a z pewnością od września 2017 r. (dzień zwarcia umowy z 2017 r.). Zamawiający, który jest w posiadaniu danego dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu lub brak podstaw do wykluczenia, nie ma obowiązku żądać tego dokumentu ponownie od wykonawcy.

Przystępujący General Aviation przedłożył certyfikat NL-AOC-30 z 11 lipca 2018 r. wskazując, że różnica w datach wystawienia certyfikatów wynika jedynie z tego, że cyklicznie poszerza bazę posiadanych śmigłowców, dla których pozyskuje certyfikaty AOC, przy czym każdy z certyfikatów AOC jest oznaczony numerem NL-AOC-30 i jest wystawiony bezterminowo, co wynika bezpośrednio z treści certyfikatów AOC.

W świetle przepisu art. 26 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy.

Na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1. Dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wystarczające jest, aby jeden z grupy takich podmiotów wykazał spełnienie warunków

udziału w postępowaniu. W konsekwencji łącznie mogą być spełniane takie warunki, jak dysponowanie potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadaniem potencjałem finansowym czy ekonomicznym.

W przypadku przystępującego General Aviation w zakresie warunku wskazanego w punkcie 9.1.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (sytuacja ekonomiczna i finansowa), wykazanie spełniania tego warunku zostało dokonane przez złożenie stosownych dokumentów przez członka konsorcjum – Heli Holland Air Service B.V.

Przystępujący General Aviation, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, złożył 18 grudnia 2020 r. kopię polisy ubezpieczenia lotniczego dla członka konsorcjum – General Aviation Services Sp. z o.o., jak i dla Heli Holland Air Service B.V. Na potrzeby oceny wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu należy brać pod uwagę jedynie dokument (polisę ubezpieczeniową) wystawiony dla Heli Holland Air Service B.V.

Z przedstawionej polisy ubezpieczeniowej wynikają następujące fakty: polisa jest wystawiona na jednego z członków konsorcjum – Heli Holland Air Service B.V., ubezpieczeniem objęty jest zaferowany śmigłowiec, tj. helikopter EC 155 o numerze rejestracyjnym PH-EUB, polisa jest ważna od 18 września 2020 r. do 18 września 2021 r., łączny limit odpowiedzialności (uszkodzenia ciała/szkody na mieniu) na podstawie polisy wynosi 100.000.000 USD dla każdego zdarzenia/statku, ochrona ubezpieczeniowa wynikająca z polisy jest zgodna z rozporządzeniem (WE) nr 785/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z 21 kwietnia 2004 r. Zgodnie z punktem 9.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający oczekiwał od wykonawców spełnienia warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. spełnienia wymagań rozporządzenia 785/2004 w następujący sposób: odpowiedzialność przewoźnika za pasażera, bagaż, ładunek powinna być ubezpieczona co najmniej do wysokości 250.000 SDR (345.000 USD) na pasażera oraz 1131 SDR (1560 USD) na bagaż pasażera i 19 SDR (26 USD) na 1 kg towaru w przewozie handlowym; odpowiedzialność w zakresie odpowiedzialności cywilnej wobec osób trzecich, minimalna suma gwarancyjna powyżej MTOM kg 6000 odpowiednio 7 milionów SDR (9.660.000 USD), 12000 kg – 18 milionów SDR (24.840.000 USD), powyżej 25000 kg – 80 milionów SDR (110.400.000 USD). Zamawiający w zakresie wysokości sum ubezpieczenia odwołał się bezpośrednio do treści rozporządzenia 785/2004. Wszystkie kwoty, które wskazane są w warunku udziału w postępowaniu w punkcie 9.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia są transpozycją kwot, które są wskazane jako minimalne kwoty (sumy ubezpieczenia) w treści artykułu 6 ust. 1-3 oraz artykułu 7 ust. 1 rozporządzenia. Minimalne różnice w wielkości sum ubezpieczenia wskazanych w punkcie 9.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia z treścią przywołanych przepisów wynikają z faktu, że artykuł 6 ust. 2 oraz ust. 3 rozporządzenia 785/2004 został zmieniony przez art. 1 rozporządzenia nr

1118/2020 z dnia 27 kwietnia 2020 r. zmieniającego to rozporządzenie z dniem 30 lipca 2020 r., a więc już po dacie ogłoszenia postępowania przez Zamawiającego.

Zatem nie ma możliwości zawarcia umowy ubezpieczenia lotniczego oraz wystawienia polisy niespełniającej minimalnych wymogów rozporządzenia 785/2004 w zakresie sum ubezpieczenia. Sumy te mogą być większe niż wskazane rozporządzeniem 785/2004, ale nie ma to znaczenia w niniejszej sprawie, bowiem Zamawiający określił warunki sytuacji ekonomicznej i finansowej w zakresie posiadanego ubezpieczenia lotniczego właśnie na minimalnym dopuszczalnym poziomie.

Z powyższych względów zarzut odwołania jest całkowicie chybiony.

Co do zarzutu ewentualnego naruszenia art. 8 ust. 1, 2, 3 w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przystępujący General Aviation wskazał, że nie zastrzegął jako tajemnicy przedsiębiorstwa polisy ubezpieczeniowej wystawionej na spółkę Heli Holland Air Service B.V. Poza tym, skoro Odwołujący kwestionuje prawidłowość tej polisy, oznacza to, że dokument ten został Odwołującemu udostępniony.

W zakresie „Wykazu osób” przystępujący General Aviation złożył wraz z ofertą uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie tego wykazu, wskazując na istnienie wszystkich przesłanek określonych przepisem art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

V Stanowisko przystępującego Heli Service – odwołanie o sygn. KIO 252/21

Przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 252/21 po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Heli Service International GmbH.

W stosunku do Odwołującego podniósł zarzut braku przesłanki materialnej odwołania w postaci naruszenia interesu Odwołującego i możliwości poniesienia szkody, oferta Odwołującego została bowiem wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. W związku z tym, zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej należy uznać, że nawet teoretyczne zaniechanie wykluczenia innego wykonawcy, względnie odrzucenia jego oferty, nie pozostaje w związku z naruszeniem interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia objętego postępowaniem. Podobnie nie można dopatrzeć się związku pomiędzy czynnością oceny oferty konkurenta (nawet jeżeli ostatecznie okazałaby się wadliwa) a możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego. W konsekwencji przesłanka materialna odwołania, określona w art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych nie jest spełniona, a odwołanie podlega zatem oddaleniu.

W ocenie przystępującego Heli Service z punktu widzenia racjonalności procesu przetargowego i postępowania odwoławczego nie można dopuścić do sytuacji, w której podmiot wygrywający przetarg może skarżyć pozytywne dla niego rozstrzygnięcie, gdyż pozytywne rozstrzygnięcie postępowania dla Odwołującego nie zagraża Odwołującemu. Nawet rozumiejąc interes w złożeniu odwołania szeroko i uwzględniając zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, w ocenie przystępującego Heli Service nie ma możliwości dojścia w sposób racjonalny do wniosku, że Odwołujący może złożyć odwołanie od wyboru jego oferty w postępowaniu. Odwołujący na tym etapie sprawy powołuje się na hipotetyczne przyszłe rozstrzygnięcia w tym przetargu związane ze złożeniem własnego odwołania przez przystępującego Heli Service. Jednak to jest za mało z punktu widzenia obowiązujących przepisów prawa. Na razie, na tym etapie sprawy, mamy wyłącznie rozstrzygnięcie pozytywne dla Odwołującego. Jeżeli ostatecznie rozstrzygnięcie postępowania będzie inne, to Odwołujący będzie miał możliwość złożenia nowego odwołania. W wyroku KIO 446/18 Izba uznała, że według stanu na dzień wniesienia odwołania nie istniały po stronie odwołującego przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów o zamówieniach publicznych. Zgodnie z uzasadnieniem wyroku kwestia koncentracji środków ochrony prawnej nie może obecnie przesądzać o możliwości późniejszego podniesienia zarzutu wobec ofert niżej sklasyfikowanych, gdyż zmienione zasady oceny ofert, w których najpierw weryfikowana jest oferta najwyższej oceniona prowadzą do tego, iż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie wymaga obecnie pełnej weryfikacji pozostałych ofert. Tym samym dopiero wzruszenie wyniku postępowania zobowiązuje zamawiającego do przeprowadzenia dalszych czynności związanych z weryfikacją złożonych ofert, których wyniki stanowią mogą podstawę do wnoszenia odwołania. Podobnie wypowiedziała się Izba także w wyroku KIO 781/17, KIO 792/17, KIO 799/17, gdzie wskazano że szkodę, zarówno zaistniałą, jak i potencjalną, należy odnosić do sytuacji w postępowaniu, jaka ma miejsce w dacie wniesienia odwołania. Przez możliwość poniesienia szkody nie można natomiast rozumieć możliwości, która dopiero mogłaby powstać w hipotetycznym przypadku dokonania nowych czynności, czy to na mocy wyroku Izby, czy też z inicjatywy własnej zamawiającego. Przyjęcie stanowiska przeciwnego nie dałoby się pogodzić z racjonalnością i ekonomią postępowania, prowadziłyby bowiem do przyznania legitymacji do wnoszenia odwołań każdemu wykonawcy w każdej sytuacji (zawsze wykonawca mógłby się bowiem powołać na choćby teoretyczną możliwość wystąpienia zdarzeń, które będą godzić w jego interesy). Dopuszczenie korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana i podnoszenia zarzutów przeciwko wykonawcom, których oferty zostały odrzucone lub są mniej korzystne, stałoby w sprzeczności z *ratio legis* przywołanego wyżej przepisu.

Niezależnie od powyższego zarzuty Odwołującego są przedwczesne. Postępowanie jest aktualnie na takim etapie, w którym dokumenty i oświadczenia przystępującego Heli Service w takim zakresie, w jakim nie były one zawarte w ofercie, nie były i nie mogły być jeszcze przedmiotem badania i oceny ze strony Zamawiającego. Jest tak tym bardziej, że w postępowaniu zastosowana została procedura odwrócona z art. 24aa ustawy Prawo zamówień publicznych. Dotyczy to również koncesji Odwołującego, która nie była załącznikiem do oferty, a więc nie powinna być jeszcze w ogóle przedmiotem analizy ze strony Zamawiającego.

Na tym etapie postępowania Zamawiający wzywał jedynie Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 1 Prawo zamówień publicznych do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania i spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W chwili obecnej jest za wcześnie, aby oceniać analogiczne dokumenty i oświadczenia przystępującego Heli Service, formalnie nie ma ich bowiem jeszcze w postępowaniu. W chwili obecnej w postępowaniu istnieje wyłącznie oświadczenie złożone w JEDZ, które odnosi się do spełniania warunków udziału w postępowaniu, m.in. w zakresie posiadania stosownej koncesji. Niezależnie od tego, że to oświadczenie jest prawidłowe, Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób to oświadczenie miałyby wprowadzać Zamawiającego w błąd przy podejmowaniu decyzji w postępowaniu.

Odwołujący kwestionuje ofertę przystępującego Heli Service zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 4, art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych – wszystkie zarzuty koncentrują się na posiadanej przez przystępującego Heli Service koncesji na przewozy lotnicze.

Przystępujący wyjaśniał już kwestię posiadanej koncesji w korespondencji z Zamawiającym – pismo Zamawiającego z 26 czerwca 2020 r. (wezwanie do udzielenia wyjaśnień) oraz odpowiedź z 2 lipca 2020 r., pismo Zamawiającego z 29 października 2020 r. oraz odpowiedź z 3 listopada 2020 r. stanowiąca w zasadniczej części potwierdzenie wcześniejszej odpowiedzi przystępującego Heli Service z dodatkową argumentacją.

Przeciwnie do tego, co twierdzi Odwołujący, rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 1008/2008 z dnia 24 września 2008 r. w sprawie wspólnych zasad wykonywania przewozów lotniczych na terenie Wspólnoty (wersja przekształcona) nie wyróżnia żadnych kategorii koncesji. Rozróżnienie koncesji na koncesje kategorii A lub B – zgodnie z informacjami zawartymi na stronach internetowych, które Odwołujący przywołuje w odwołaniu jest niezrozumiałe – w każdym razie nie jest to w żaden sposób ograniczenie koncesji.

Każda koncesja musi być analizowana łącznie z towarzyszącym jej certyfikatem operatora lotniczego (AOC), który wyszczególnia warunki dotyczące prowadzonych operacji. Certyfikat

AOC zawiera prawa i ograniczenia dotyczące każdego z rodzajów użytkowanych statków powietrznych (rozdział II, artykuł 6 rozporządzenia 1008/2008). Ograniczenia takie mogą więc wynikać właśnie z certyfikatu AOC, który będzie dotyczył użytkowanych statków powietrznych, a nie z samej koncesji. Zgodnie z obowiązującymi przepisami to uzyskanie koncesji jest zależne od posiadania certyfikatu AOC, a nie na odwrót (artykuł 6 ust. 1). Koncesja będzie więc wydana po uzyskaniu certyfikatu AOC, który w naturalny sposób może posiadać ograniczenia dla danego typu statku powietrznego, ale sama w sobie nie wprowadza ograniczeń. Takich ograniczeń nie ma w szczególności w treści koncesji na przewozy lotnicze wydanej dla przystępującego Heli Service, na dowód czego przedstawił aktualnie posiadaną koncesję wraz z tłumaczeniem na język polski, jak i posiadany certyfikat AOC, na podstawie którego można prześledzić, jakie statki powietrzne użytkuje przystępujący Heli Service i jakie ma ograniczenia w tym zakresie (a nie ma żadnych ograniczeń, które powodowałyby niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia).

Artykuł 5 ust. 3 rozporządzenia 1008/2008 również nie wprowadza ograniczeń w zakresie samej koncesji. Rozdział II tego rozporządzenia zawiera przepisy ustanawiające warunki finansowe jej uzyskania przez wnioskodawców ubiegających się o nią po raz pierwszy (artykuł 5) oraz warunki utrzymywania jej ważności (artykuł 8). W tym kontekście artykuł 5 ust. 3 ustanawia jedynie warunki finansowe dla takiego wnioskodawcy ubiegającego się po raz pierwszy o koncesję, który jednocześnie zamierza użytkować statek powietrzny o masie startowej (MTOM) mniejszej niż 10 ton lub o liczbie miejsc poniżej 20 na podstawie posiadanego certyfikatu AOC. Nie ustanawia jednak ograniczeń dla samej koncesji. O tym, który ustęp artykułu 5 zostanie zastosowany w praktyce przy ubieganiu się o koncesję po raz pierwszy, tj. czy będzie to ust. 1 przewidujący warunki zwykłe, czy ust. 3 przewidujący warunki uproszczone, decyduje wielkość wnioskodawcy oraz typ statku powietrznego, który wnioskodawca zamierza użytkować w momencie składania pierwszego wniosku (a więc w praktyce to, co znajdzie się w certyfikacie AOC). Istotny jest też pogląd właściwego organu na wnioskodawcę i jego stabilność finansową. Organ wydający koncesję nie musi wcale zastosować uproszczonych wymogów finansowych jej wydania, co wynika w szczególności z końcowej części pierwszego akapitu oraz drugiego akapitu przepisu artykułu 5 ust. 3, zatem nawet w przypadku użytkowania mniejszych statków powietrznych może zajść konieczność zastosowania artykułu 5 ust. 1, tj. bez zastosowania procedury uproszczonej.

Kategoria B koncesji (zgodnie z przedstawionymi przez Odwołującego informacjami, bo przepisy nie wprowadzają takiej kategorii) oznacza prawdopodobnie wyłącznie to, że zastosowano artykuł 5 ust. 3 rozporządzenia 1008/2008, i to w jakiegokolwiek formie, tj. uproszczonych warunków finansowych bądź też wymogów zwykłych – artykuł 5 ust. 3 daje również organowi możliwość zastosowania artykułu 5 ust. 1 – przy ubieganiu się o wydanie

pierwszej koncesji, a nie ograniczenie dla samej koncesji. W przypadku przystępującego Heli Service oznacza to zastosowanie określonego kryterium finansowego w momencie ubiegania się o pierwszą koncesję w sierpniu 1999 r. – w tamtym momencie wykonawca był stosunkowo niewielką spółką i wykorzystywał jedynie mniejsze statki powietrzne, w związku z czym organ właściwy, tj. Luftfahrt-Bundesamt (LBA), zdecydował o skorzystaniu z procedury ubiegania się o koncesję określonej w artykule 5 ust. 3 (przystępujący Heli Service nie jest w stanie potwierdzić, czy w tamtym momencie został zastosowany uproszczony wymóg kapitałowy, czy wymóg zwykły z artykułu 5 ust. 1 rozporządzenia). Dopiero w roku 2004 przystępujący Heli Service rozpoczął operacje przybrzeżno-morskie i dopiero wtedy dołączono do floty niewielkie Bo-105, a później większe S-76, AW139 i AW169 – wszystkie w kategorii poniżej 10 ton WITOM i 20 pasażerów – jednak nie jest to istotne z punktu widzenia procesu udzielania koncesji, ponieważ dodanie nowych statków powietrznych następuje już po pierwszym ubieganiu się o koncesję i w tym momencie znajdują zastosowanie inne zasady, wskazane w artykule 8 rozporządzenia 1008/2008. Warunki dotyczące monitorowania i badania spełniania wymogów koncesyjnych są zawarte w artykule 8 ust. 2, natomiast warunki ponownego przedkładania koncesji do zatwierdzenia zostały zawarte w artykule 8 ust. 3. Dodatkowo artykuł 8 ust. 1 rozporządzenia pozwala organowi na zażądanie informacji wymaganych dla uzyskania koncesji (artykuł 5 ust. 1 i ust. 2) w każdym czasie od każdego przewoźnika lotniczego posiadającego już koncesję. Od czasu wydania pierwszej koncesji przystępujący Heli Service stał się znacznie większą spółką. Jeżeli organ dostrzegłby potrzebę ponownego zbadania wymogów wydania koncesji, to znalazłby zastosowanie artykuł 8 rozporządzenia 1008/2008. W szczególności gdyby miał dodać do swojej aktualnej floty statek powietrzny o MTOM większej niż 10 ton lub liczbie miejsc dla pasażerów 20 lub więcej, to musiałby przedstawić koncesję organowi do zatwierdzenia na podstawie artykułu 8 ust. 3 rozporządzenia 1008/2008. Organ w takim przypadku mógłby, ale nie musiał, zdecydować o ponownym zbadaniu spełniania wymogów koncesyjnych. Natomiast z całą pewnością przystępujący Heli Service musiałby dostosować certyfikat AOC – tak jak każdy inny przewoźnik lotniczy. Wszelkie prawa i ograniczenia dotyczące typu statku powietrznego są zawarte właśnie w certyfikacie AOC. Natomiast w kontekście samej koncesji przystępujący Heli Service mógłby być zobowiązany w szczególności do przedstawienia pełnych założeń finansowych działalności, tak jak to określono w artykule 5 ust. 1 rozporządzenia 1008/2008, jeżeli organ uznałby to za właściwe. Jednak zgodnie z artykułem 8 ust. 1 rozporządzenia organ może żądać tego typu pełnych informacji finansowych od każdego przewoźnika lotniczego, w tym od tych przewoźników, którzy legitymują się koncesją wydaną na podstawie artykułu 5 ust. 1, czyli koncesją typu A według przedstawionych przez Odwołującego informacji. Oznacza to tyle, że po udzieleniu koncesji po raz pierwszy, z punktu widzenia warunków finansowych jej przyznania

efektywnie nie ma żadnej różnicy między koncesjami typu A i B (wedle przedstawionych przez Odwołującego informacji), ponieważ zastosowanie wymogów finansowych w praktyce zależy od organu przyznającego koncesje.

W związku z tym, że przystępujący Heli Service w ciągu ostatnich 6 lat dodał do swojej floty nowe, większe i nowocześniejsze statki powietrzne, i w ciągu tego czasu nie doszło do ponownej weryfikacji warunków przyznania koncesji, poza rutynowymi działaniami mającymi na celu utrzymanie jej w mocy, wydaje się wątpliwe, aby nawet po dodaniu do floty statku powietrznego o MTOM ponad 10 ton podlegał pod pełną procedurę ponownej weryfikacji wymogów finansowych. Organ właściwy, LBA, postrzega przystępującego Heli Service jako stabilną i dobrze zarządzaną spółkę i posiada wszelkie wymagane informacje dotyczące jej sytuacji finansowej, aby stwierdzić, że jest w stanie dodać do swojej floty większe (i przez to bardziej wymagające finansowo) statki powietrzne. Od czasu udzielenia przystępującemu Heli Service pierwszej koncesji w roku 1999 nie doszło do ponownego zbadania spełniania warunków jej przyznania. Zgodnie z wiedzą przystępującego Heli Service wszyscy uczestnicy postępowania posiadają koncesje od wielu lat i żaden z nich nie użytkuje statku powietrznego powyżej 10 t MTOM, ewentualnie 20 lub więcej miejsc dla pasażerów, w związku z czym nie było w stosunku do nich potrzeby ponownego przedkładania koncesji do zatwierdzenia na podstawie artykułu 8 ust. 3 lit. c rozporządzenia 1008/2008. Jednak nie można wykluczyć, że zaistniały wobec nich inne przesłanki określone w artykułach 8 ust. 2 i ust. 3, co może oznaczać w szczególności trudności finansowe. To może tłumaczyć posiadanie przez konkurenta koncesji w kategorii A (według informacji przedstawionych przez Odwołującego), czyli wydanej wedle surowszych reguł finansowych.

Odwołujący zawarł również w odwołaniu odesłanie do tabeli na stronie internetowej LBA, zgodnie z którą przystępujący Heli Service użytkuje statki powietrzne o masie startowej pomiędzy 7,5 a 10 ton. Ta tabela wskazuje najwyższą spośród trzech kategorii użytkowanych statków powietrznych: <5,7 t, 5,7-10 t, >10 t. To informacja zgodna z prawdą, ponieważ przystępujący Heli Service nigdy nie użytkował statku powietrznego o MTOM wyższym niż 10 t, ale użytkuje statek powietrzny z MTOM poniżej 5,7 t. Jednak fakt użytkowania takich statków powietrznych nie stanowi ograniczenia dla samej koncesji. Informacja o użytkowanych statkach powietrznych wynika z certyfikatu AOC, dlatego w zestawieniu koncesji na stronie internetowej LBA, na którą powołuje się Odwołujący, obok kategorii użytkowanych statków powietrznych znalazła się informacja o numerze tego certyfikatu.

W aktualnej wersji tabeli Komisji Europejskiej zawartej na wskazanej stronie internetowej brak jest legendy, do której odnosi się odwołanie, dotyczącej kategorii A lub B koncesji. Jak wskazywał przystępujący Heli Service w wyjaśnieniach kierowanych do Zamawiającego, przepisy rozporządzenia 1008/2008 nie rozróżniają żadnych kategorii koncesji, a fakt

ewentualnego zastosowania art. 5 ust. 3 rozporządzenia 1008/2008 stanowi tylko o zastosowaniu konkretnego kryterium finansowego przy pierwszym ubieganiu się o koncesję, a nie o jakichkolwiek ograniczeniach dla samej koncesji. Brak legendy w aktualnej wersji tabeli może wskazywać na to, że Komisja Europejska zdała sobie sprawę z nieprawidłowości sformułowania znajdującego się w legendzie, tym bardziej, że zgodnie z informacją w stopce najnowszej tabeli „Komisja nie gwarantuje dokładności ani kompletności danych zawartych w tym dokumencie, ani nie bierze odpowiedzialności za jego wykorzystanie”.

W ocenie przystępującego Heli Service warunek udziału w postępowaniu dotyczący koncesji został sformułowany w sposób nieprawidłowy. Odnosi on bowiem ograniczenia w zakresie MTOM i liczby miejsc dla pasażerów do koncesji, a nie do certyfikatu AOC. Wprawdzie warunek ten nie został zakwestionowany przez żadnego z wykonawców na etapie publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale nie zmienia to faktu, że nie jest aktualnie możliwe zastosowanie w praktyce wymogu, zgodnie z którym koncesja nie może być ograniczona co do masy startowej (MTOM) lub maksymalnej liczby pasażerów. Jest tak dlatego, że ze swojej istoty koncesja nie zawiera takich ograniczeń.

Zastosowanie tego wymogu byłoby niezgodne w szczególności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ w sposób nieuprawniony ograniczyłoby konkurencję w postępowaniu. Zgodnie z wiedzą przystępującego Heli Service wszyscy uczestnicy postępowania użytkują statki powietrzne o MTOM i dopuszczalnej liczbie miejsc dla pasażerów plasujących się w tej samej kategorii, a sam fakt, że w stosunku do niektórych z nich zastosowano określone warunki finansowe przyznania koncesji, nie powinien różnicować ich sytuacji prawnej w postępowaniu. Posiadanie koncesji nie jest warunkiem udziału w postępowaniu determinującym zdolność ekonomiczną czy finansową, ale posiadanie uprawnień do wykonywania określonego rodzaju działalności. Takie uprawnienia w pełnym wymaganym zakresie przystępujący Heli Service posiada.

Koncesja nie jest dokumentem przedkładanym na okoliczność spełniania warunków finansowych lub ekonomicznych postawionych w postępowaniu, a ewentualne rozróżnienie w zakresie trybu jej wydania różnicuje sytuację wykonawców wyłącznie w zakresie sposobu badania stanu finansów wykonawcy przy pierwszym ubieganiu się o koncesję. W żadnym wypadku nie różnicuje jej w zakresie wprowadzania ograniczeń w samej koncesji.

W związku z powyższym wszystkie zarzuty Odwołującego wobec oferty przystępującego Heli Service oparte o naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 4, art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych powinny zostać oddalone.

VI Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) do czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), natomiast do postępowania odwoławczego przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).

Izba stwierdziła także, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., a Odwołujący mają interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., który stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

W pozostałym zakresie Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania dotyczący postawionych zarzutów (w szczególności treść ofert Przystępujących i złożonych przez nich dokumentów oraz treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie jest sporny między Stronami i Przystępującymi.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępujących, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionego przez Zamawiającego oraz pism, dokumentów i stanowisk Stron i Przystępujących przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie o sygn. KIO 250/21 zasługuje na częściowe uwzględnienie, a odwołanie o sygn. KIO 252/21 zasługuje na uwzględnienie.

Izba wzięła pod uwagę wszystkie dokumenty przedstawione przez Strony i Przystępujących spełniające wymogi art. 506 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., tj. sporządzone w języku polskim lub przedstawione wraz z tłumaczeniem na język polski, z zastrzeżeniem części graficznej dokumentów. Przy tym Izba zauważyła, że dokumenty prywatne uznawane są za stanowisko danej strony lub uczestnika postępowania.

Odwołanie o sygnaturze KIO 250/21

Odwołujący Heli Service zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie, a tym samym zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego General Aviation, podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także zawiera błędy w obliczeniu ceny,
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie, a tym samym zaniechanie wykluczenia przystępującego General Aviation z postępowania, z uwagi na to, że przystępujący General Aviation co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu,
3. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie wobec oferty przystępującego General Aviation, co doprowadziło do niedopuszczalnej ingerencji Zamawiającego w treść oferty przystępującego General Aviation i zmianę oświadczenia woli złożonego przez przystępującego General Aviation w postępowaniu,
4. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty przystępującego General Aviation jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ta powinna być odrzucona, względnie przystępujący General Aviation powinien być wykluczony z postępowania, a oferta ta nie powinna być najwyższej oceniona zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
5. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie w stosunku do przystępującego General Aviation, podczas gdy dokumenty złożone przez przystępującego General Aviation w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych były niekompletne i zawierały błędy, w związku z czym Zamawiający powinien był co najmniej wystąpić o ich uzupełnienie,
6. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, pozostające w związku z naruszeniem innych przepisów wskazanych w powyższych zarzutach, polegające na tym, że w wyniku naruszenia wskazanych powyżej przepisów doszło również do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu,
7. innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wynikających z uzasadnienia (odwołujący Heli Service oświadczył podczas rozprawy, że w uzasadnieniu nie sformułował innych zarzutów niż wskazane w tym miejscu, nie wynika to też z treści uzasadnienia odwołania),

8. art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu Heli Service pełnej treści polisy ubezpieczeniowej Heli Holland Air Service B.V. oraz wykazu osób na potwierdzenie spełniania przez przystępującego General Aviation warunków udziału w postępowaniu jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego General Aviation, a także zaniechanie udostępnienia uzasadnienia tajemnicy zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie, podczas gdy te informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i powinny być udostępnione – jako zarzut ewentualny.

Przywołane przepisy stanowią:

Art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;

3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

6) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych: Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający poprawia w ofercie: inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub

poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Po zapoznaniu się z zarzutami postawionymi w odwołaniu KIO 250/21 Izba stwierdziła, że pomimo przytoczenia przez odwołującego Heli Service wielu przepisów oraz podziału w *petitum* na liczne punkty, zarzutów odwołania jest w istocie pięć (pięć zagadnień do rozstrzygnięcia). Izba wzięła pod uwagę, iż, zgodnie z praktyką orzecniczą, zarzut nie jest jedynie wskazaniem przepisu prawnego, ale stanowi całość wraz z jego uzasadnieniem. Dodatkowo, niektóre okoliczności określane jako „zarzuty” ze swojej istoty nie są samodzielne lub są jedynie konsekwencją innych okoliczności, albo nie mogą się ziścić bez wystąpienia zdarzeń koniecznych na wcześniejszym etapie. W niektórych okolicznościach zakres stosowania przepisów może się pokrywać i być konsumowany przez przepis bardziej adekwatny do sytuacji lub tradycyjnie w danej sytuacji stosowany. Także z jednych okoliczności faktycznych mogą wynikać różne skutki prawne, np. dane wskazanie w ofercie może jednocześnie być niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz stanowić wprowadzenie w błąd albo jednocześnie skutkować uznaniem, że zostały przedstawione nieprawdziwe informacje i nie został spełniony warunek udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Izba uznała, jak wskazała na wstępie, że niniejsze odwołanie sprowadza się w istocie do pięciu zarzutów.

Co do zarzutu 1., dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie, a tym samym zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego General Aviation, podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego General Aviation z postępowania, z uwagi na to, że co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem 14. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert”, kryteriami oceny ofert są: najniższa cena z wagą 60%, dodatkowe wymogi bezpieczeństwa z wagą 30% oraz dodatkowe możliwości śmigłowca z wagą 10%. Jak wynika z punktu 14.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w celu oceny w kryterium „Dodatkowe wymogi bezpieczeństwa” wykonawca zobowiązany był zawrzeć odpowiednie oświadczenie w formularzu ofertowym przygotowanym przez Zamawiającego jako załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Kryterium „Dodatkowe wymogi bezpieczeństwa” składało się z dwóch podkryteriów:

- 1) Lotniczy staż załóg wyznaczonych do zabezpieczenia LOTOS Petrobaltic /wylatane godziny/ w operacjach morskich w nieprzyjaznym środowisku na morzu według Rozporządzenia Komisji (UE) nr 965/2012, tj. w lotach loty powyżej 45 stopnia szerokości geograficznej północnej lub południowej: powyżej 1500 godzin w tym na typie 500 godzin – 15 punktów, od 1000 do 1500 godzin, w tym na typie 500 godzin – 10 punktów, od 500 do 1000 godzin, w tym na typie 500 godzin – 5 punktów, poniżej 500 godzin – 0 punktów,
- 2) Wiek śmigłowca przeznaczonego do zabezpieczenia LOTOS Petrobaltic na dzień składania ofert – 8 lat i mniej – 15 punktów, 8 do 13 lat – 7 punktów, ponad 13 lat – 0 punktów.

W formularzu oferty wykonawcy mieli wypełnić m.in. następujące oświadczenie: „Na potrzeby kryterium oceny ofert <<Dodatkowe wymogi bezpieczeństwa>> informujemy, iż:

- a) Usługi lotnicze będą świadczone przez dowódcę załogi o lotniczym nalocie na śmigłowcach w liczbie ... godzin, w tym w lotach na oferowanym typie w liczbie ... godzin.
- b) Usługi lotnicze będą świadczone przy wykorzystaniu śmigłowca /typ/ ... eksploatowanego od roku: ...”

Przystępujący General Aviation w formularzu ofertowym oświadczył:

„Na potrzeby kryterium oceny ofert <<Dodatkowe wymogi bezpieczeństwa>> informujemy, iż:

a) Usługi lotnicze będą świadczone przez dowódcę załogi o lotniczym nalocie na śmigłowcach w liczbie 9.050 godzin, w tym w lotach na oferowanym typie w liczbie 6530 godzin.

b) Usługi lotnicze będą świadczone przy wykorzystaniu śmigłowca /typ/ Helicopter EC155, serial number 6802, nr rejestracyjny PH-EUB eksploatowanego od roku: 2017”.

W rzeczywistości jednak wskazany śmigłowiec EC155 o numerze seryjnym 6802 i numerze rejestracyjnym PH-EUB został wyprodukowany w roku 2009, a nie 2017. Zostało to wyjaśnione w trakcie postępowania przetargowego oraz postępowania odwoławczego i nie jest sporne.

Przystępujący General Aviation wyjaśnił, że rok 2017 to rok, od którego śmigłowiec ten eksploatuje sam przystępujący General Aviation.

Według Zamawiającego wykonawca ten mógł zostać wprowadzony w błąd poprzez użycie w formularzu ofertowym określenia „eksploatowanego” zamiast „wiek śmigłowca”.

Podczas rozprawy przystępujący General Aviation stwierdził, że wskazanie roku 2017 wynikało z błędu w tłumaczeniu formularza dla konsorcjanta na język angielski.

Zgodnie z definicjami zawartymi na stronie www.sjp.pl „wiek” to: 1) okres obejmujący 100 lat; stulecie, 2) przeciąg czasu od urodzin do danej chwili lub do śmierci człowieka lub zwierzęcia; czas istnienia czegoś, liczba lat przeżytych, 3) okres wyróżniający się czymś szczególnym; epoka, lata; natomiast „eksploatować” to: 1) wydobywać bogactwa naturalne; 2. użytkować urządzenia, maszyny itp.; 3) ciągnąć zyski z cudzej pracy najemnej; wykorzystywać kogoś lub coś maksymalnie.

W niniejszej sprawie zastosowanie w obu przypadkach mają definicje nr 2. Zatem w określeniu „wiek” chodzi o czas istnienia śmigłowca, liczbę lat „przeżytych” przez ten śmigłowiec, a w jego „eksploatacji” – o okres użytkowania śmigłowca.

Oświadczenia Zamawiającego zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy interpretować zgodnie z regułą zawartą w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, która stanowi, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

W ocenie Izby oświadczenie odnoszące się do kryterium „Dodatkowe wymogi bezpieczeństwa” w punkcie b) należy odnieść do podkryterium „Wiek śmigłowca przeznaczony do zabezpieczenia LOTOS Petrobaltic na dzień składania ofert” i do jego

opisu zawartego w tabeli w punkcie 14.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także punktu 6.4 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wymagania wobec śmigłowca przeznaczonego do realizacji usługi na rzecz Zamawiającego: wiek śmigłowca – nie starszy niż 15 lat na dzień składania ofert. Wynika to wyraźnie z samego oświadczenia: „Na potrzeby kryterium oceny ofert <<Dodatkowe wymogi bezpieczeństwa>> informujemy, iż...”. Nie było to zresztą sporne podczas rozprawy.

Tym samym, zdaniem Izby, w oświadczeniu tym wyraźnie chodziło o lata istnienia śmigłowca, a nie datę jego nabycia czy okres użytkowania przez jednego z konsorcjantów przystępującego General Aviation. Jedyna wątpliwość na gruncie użytych określeń mogłaby dotyczyć tego, czy należy wpisać rok produkcji śmigłowca, czy też rok, od którego śmigłowiec zaczął być po raz pierwszy używany – gdyby pomiędzy tymi zdarzeniami zmieniła się data roczna. Zatem byłby to rok 2009 lub kolejny, lecz nie 2017, gdyż z tekstu – czy to formularza ofertowego, czy to rozdziału 14. specyfikacji istotnych warunków zamówienia w żaden sposób nie wynika, że okres rozpoczęcia eksploatacji śmigłowca należy odnieść do konkretnego właściciela lub użytkownika tego śmigłowca, nie zaś do samego śmigłowca, który miał być przedmiotem oceny. Byłoby to też, jak słusznie zauważył odwołujący Heli Service, pozbawione logiki w kontekście kryterium, do którego to oświadczenie się odnosi.

Jak wynika z przebiegu postępowania przetargowego, Zamawiający, poprawiając ofertę przystępującego General Aviation i przyjmując do oceny wieku śmigłowca rok 2009, kierował się właśnie taką interpretacją. Również przystępujący General Aviation nie wskazywał interpretacji odmiennej, a jedynie tłumaczył się omyłką.

Niezależnie jednak od przyczyny wskazania w formularzu ofertowym roku 2017 zamiast 2009 (ewentualnie kolejnego, jeśli śmigłowiec zacząłby być eksploatowany w roku 2010), nie zmienia to faktu, że jest to błąd oświadczenia przystępującego General Aviation w stosunku do wymaganego przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który nie może być naprawiony ani przez tego wykonawcę, ani przez Zamawiającego. Oświadczenie to bowiem nie tylko stanowi ściśle tzw. „merytoryczną” treść oferty, ale dotyczy kryteriów oceny ofert, czyli części oferty, która ze względu na swoją wagę wynikającą ze znaczenia dla oferty (podstawa punktacji oferty) związaną z koniecznością zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i ich równego traktowania, a także przejrzystości postępowania, nie może być zmieniana.

Tym samym ma tu ściśle zastosowanie art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści, poza ewentualnie wskazanymi w ust. 2 art. 87, czyli poprawieniem oczywistych omyłek

pisarskich i rachunkowych, gdyż już nawet możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych budzi generalne wątpliwości pod kątem „nieistotności” zmiany w odniesieniu do kwestii ocenianych w ramach kryterium oceny ofert (w ocenie Izby w niniejszej sprawie możliwość poprawienia tego oświadczenia w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zachodzi, błędu tego nie można także uznać za oczywistą omyłkę pisarską).

Sam zaś Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zawarł żadnych postanowień, które pozwalałyby mu na dokonanie korekty formularza oferty w zakresie tego oświadczenia (właśnie na wypadek, gdyby wykonawca nie wypełnił formularza ofertowego w tym zakresie lub też wypełniłby go nieprawidłowo), co pozwoliłoby Zamawiającemu na podjęcie działań przy jednoczesnym zachowaniu przejrzystości postępowania, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – jako usankcjonowanych postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający nie ma także możliwości skorzystania z uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który to przepis w swojej dyspozycji nie obejmuje formularza ofertowego – zwłaszcza w zakresie odnoszącym się do kryteriów oceny ofert.

Nie będzie tu miał także zastosowania *per analogiam* przywoływany art. 26 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazujący, że wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Przepis ten bowiem dotyczy jedynie dokumentów, do których odnosi się art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji oraz brak podstaw wykluczenia, a w żadnym wypadku kryteriów oceny ofert.

I nie ma tu znaczenia wiedza, którą Zamawiający posiada „sam z siebie” i na podstawie długoletniej współpracy z danym wykonawcą. Przede wszystkim bowiem Zamawiający musi dbać o zachowanie zasad wymienionych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania. Każda zaś ingerencja w oświadczenie wykonawcy, która prowadziłaby do ingerencji w kryteria oceny ofert (poza ceną, która rządzi się nieco odmiennymi prawami), prowadziłaby u innych wykonawców do poczucia ich pokrzywdzenia.

Przedmiotowe oświadczenie jednocześnie stanowi informację nieprawdziwą – śmigłowiec bowiem nie jest eksploatowany od roku 2017, lecz ok. 2009 – a zatem, skoro nieprawdziwą,

to będącą ze swojej istoty informacją wprowadzającą w błąd zamawiającego (to kwestia przypadku, czy dani członkowie komisji przetargowej akurat posiadają dane o realizacji wcześniejszych kontraktów, czy też nie). Jest to rodzaj informacji mający istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego (ocenę oferty i ranking ofert). Jednocześnie działanie przystępującego General Aviation można uznać za co najmniej lekkomyślne lub niedbałe, gdyż przed złożeniem przedmiotowego oświadczenia nie dokonał on wystarczającej analizy specyfikacji istotnych warunków zamówienia pod kątem roli tego oświadczenia, o której była mowa powyżej. Tym samym, w ocenie Izby, spełniły się przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba uznała, że powyższy zarzut potwierdził się.

Jednocześnie jednak Izba nie oceniła działania przystępującego General Aviation jako działania stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji, a odwołujący Heli Service tego zarzutu w żaden sposób nie dowiódł.

Co do zarzutu 2., dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niespełnienia warunków brzegowych specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz liczby lotów zadeklarowanej przez przystępującego General Aviation Izba stwierdziła, co następuje.

W rozdziale 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest usługa lotniczego transportu osób wraz z bagażem podręcznym o wadze do 10 kg oraz okazjonalnie towarów na platformy morskie położone w polskiej wyłącznej strefie ekonomicznej Rzeczypospolitej Polskiej. Transport ten obejmuje przewozy osobowe w ramach lotów w dzień i w nocy, na warunkach VFR oraz IFR. Usługi transportowe dotyczą wymiany załóg platform, przeprowadzanych zgodnie z poniższymi informacjami: zmiany będą się odbywać do 4 razy w tygodniu, zgodnie z harmonogramem podawanym przez Zamawiającego; każda zmiana liczyć będzie od 19 do 28 pasażerów; lokalizacje platform – w Polskiej Wyłącznej Strefie Ekonomicznej Morza Bałtyckiego: platforma Baltic Beta – złoże B3 (współrzędne: 55°29'N 018°11'E); platforma Petrobaltic – złoże B8 (współrzędne: 55°24'N 018°43'E); platforma LOTOS Petrobaltic znajdująca się w maksymalnej odległości do 180 km od lotniska w Gdańsku-Rębiechowie, aktualnie złoże B8 (współrzędne: 55°24'N 018°43'E); platforma Petro GIANT znajdująca się w maksymalnej odległości do 180 km od lotniska w Gdańsku-Rębiechowie. Wymiany załóg mają być wykonywane śmigłowcem umożliwiającym transport pasażerski nad otwartym morzem, spełniającym wymogi techniczne regulowane przez obowiązujące prawo oraz europejskie wymagania bezpieczeństwa lotniczego, w szczególności przepisy Rozporządzenia Komisji (UE) nr 965/2012 z dnia 5 października 2012 r. ustanawiające wymagania techniczne i procedury administracyjne odnoszące się do operacji lotniczych

zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 216/2008 oraz aktualne rekomendowane standardy bezpieczeństwa definiowane przez Oil&Gas Producers Association (Aircraft Management Guidelines).

W punkcie 6.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł m.in. następujące wymagania wobec śmigłowca przeznaczonego do realizacji usługi:

a) śmigłowiec ma zapewniać co najmniej 9 miejsc siedzących dla pasażerów ubranych w zapewniane przez Zamawiającego kombinezony ratunkowe (aktualnie używane: Helly Hansen typ Sea Air, E 300-2 lub Sea Mob),

b) wiek śmigłowca – nie starszy niż 15 lat na dzień składania ofert,

c) śmigłowiec będzie w stanie osiągnąć prędkość przelotową minimum na poziomie 120 kts (ok. 220 km/h),

d) śmigłowiec będzie w stanie przy zachowaniu wszelkich wymogów prawnych wykonać lot nad otwartym morzem na odległość nie mniejszą niż 180 km i z powrotem przy założeniu średniej masy pasażera na poziomie 105 kg oraz zabranii przez każdego z pasażerów bagażu o wadze do 10 kg,

e) śmigłowiec certyfikowany do lotów IFR.

Jednocześnie Zamawiający w załączniku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – formularz cenowy zawarł dane do obliczenia ceny oferty wskazując do wyceny cztery pozycje – platformy: Petrobaltic, Lotos Petrobaltic, Baltic Beta i Petro Giant wraz z dystansem do pokonania oraz przeciętną liczbą osób na wymianę jednej załogi i szacowaną liczbą wymian załogi w trakcie trwania umowy. Odpowiednio to platformy: Petrobaltic – 240 km/19 osób/156 wymian, Lotos Petrobaltic – 240 km/27 osób/156 wymian, Baltic Beta – 250 km/23 osoby/157 wymian i Petro Giant 260 km/28 osób/157 wymian.

Przystępujący General Aviation w swojej ofercie zadeklarował spełnianie powyższych wymagań dla śmigłowca oraz wskazał, że liczba lotów do wymiany jednej załogi to odpowiednio na platformy: Petrobaltic – 2, Lotos Petrobaltic – 3, Baltic Beta – 3 i Petro Giant – 3.

Oznacza to, że niektóre loty będą musiały odbywać się przy założeniu przyjęcia na pokład 10 pasażerów, co, zdaniem odwołującego Heli Service, jest nierealne.

Na wstępie Izba zauważa, że, pomimo iż odwołujący Heli Service oba zagadnienia ujął w ramach jednego zarzutu ze względu na ich podobieństwo oraz podobieństwo argumentacji, w ramach specyfikacji istotnych warunków zamówienia są to osobne zagadnienia, gdyż wynikają z różnych wymogów tej specyfikacji.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że w punkcie 6.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł wymagania dla samego śmigłowca – we wskazywanej lit. a

i d jego ładowność i zasięg, tj. co najmniej 9 miejsc siedzących dla pasażerów oraz zasięg nad otwartym morzem minimum 180 km i z powrotem, przy założeniu średniej masy pasażera na poziomie 105 kg oraz zabranii przez każdego z pasażerów bagażu o wadze do 10 kg. Nie są to jednak formalne założenia do obliczenia ceny – poza koniecznością uwzględnienia przez wykonawcę w wycenie faktu, że usługa ma być wykonywana śmigłowcem o takiej ładowności i zasięgu (oraz innych cechach), jak wskazane w punkcie 6.4.

Wykonawca zatem formalnie nie musiał ujmować w wycenie m.in. wagi pasażerów przyjętej do ustalenia zasięgu, gdyż Zamawiający takiego wymogu nie zawarł ani w rozdziale 13. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczenia ceny”, ani w samym formularzu cenowym. Nie jest takim wymogiem także § 3 ust. 1 wzoru umowy, który nie odnosi się bezpośrednio do sposobu wyceny, a jedynie jakichś konkretnych warunków „w danym dniu”.

Tym samym przystępujący General Aviation dokonał wyceny zgodnie ze swoim dotychczasowym doświadczeniem (2, 3, 3 i 3 przeloty) związanym z realizacją przedmiotowej usługi od roku 2016 – i miał prawo przyjąć takie założenia, gdyż nie są niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz (jak wskazuje praktyka) nie są nierealne. Natomiast odwołujący Heli Service, który takiego doświadczenia nie miał, posłużył się danymi dotyczącymi wagi pasażerów z punktu 6.4 lit. d specyfikacji istotnych warunków zamówienia – i miał prawo przyjąć takie założenia. Zadaniem związanym z wypełnieniem formularza cenowego jest bowiem przede wszystkim zapewnienie realności wyceny usługi.

W niniejszej sprawie nie została podniesiona kwestia rażąco niskiej wyceny oferty przystępującego General Aviation, zatem kwestia ta nie istnieje. Druga istotna kwestia to to, czy nieprawidłowe ujęcie liczby lotów spowodowałoby zwiększone koszty dla Zamawiającego związane z koniecznością zapłaty za zwiększoną liczbę lotów w stosunku do wskazanej w ofercie – czemu Zamawiający i przystępujący General Aviation zaprzeczyli powołując się na postanowienia § 3 ust. 1 wzoru umowy „Sposób realizacji umowy”, gdzie *in fine* wskazano, że „w przypadku, gdy w danym dniu wystąpią warunki, które spowodują brak możliwości zabrania ... osób na pokład (przy założeniu średniej wagi pasażera na poziomie 105 kg oraz przewożenia przez każdego z pasażerów bagażu o wadze 10 kg), wykonawcy wykonają dodatkowy lot na swój koszt.” Przystępujący General Aviation zapewnił także, że w dotychczasowej obsłudze Zamawiającego Zamawiający nie płacił za taki dodatkowy przelot, a sytuacja taka zdarzyła się wyjątkowo, na dowód czego przedstawił kopię faktury za usługę, Zamawiający temu faktowi nie przeczył. Nie wskazywano także, by Zamawiający w ramach realizacji wcześniejszej i obecnej umowy płacił za czwarty przelot lub by taki przelot był wymagany.

Co do wymogów dotyczących zasięgu śmigłowca wskazanego w punkcie 6.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to wymóg ten w lit. a mówi o 9 miejscach siedzących dla pasażerów, a tym samym – 9 pasażerach o wadze wskazanej w lit. d. Tym samym, w ocenie Izby, do obliczenia zasięgu śmigłowca należało przyjąć takie dane minimalne. Co zaś do innych warunków, to – oprócz wskazanych w punkcie 6.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Zamawiający nie podał innych danych referencyjnych, które należało uwzględnić w obliczeniach zasięgu śmigłowca, jak w szczególności konkretne warunki pogodowe czy wysokość przelotu. Wykonawca mógł więc przyjąć założenia dla siebie korzystniejsze, choć oczywiście założenia te nie mogą być zupełnie nierealne i mają dotyczyć zgodnego z wymogami prawnymi (czyli przede wszystkim bezpiecznego) lotu nad otwartym morzem, jak mowa w lit. d, oraz z uwzględnieniem wymogów punktu 6.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do cech i wyposażenia śmigłowca.

W związku z powyższym Izba uznała, że przyjęte przez przystępującego General Aviation założenia do obliczeń zasięgu śmigłowca i liczby przelotów na platformy należy uznać za poprawne w tym znaczeniu, że nie są niezgodne z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Co zaś do ich merytorycznej realności – ze względu na wynikającą z innego zarzutu konieczność odrzucenia oferty przystępującego General Aviation Izba stwierdziła, że bezcelowe jest powoływanie biegłego w celu weryfikacji ich prawidłowości, zatem uznała, że wnioskowany przez odwołującego Heli Service dowód jest zbędny dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, a tym samym przeprowadzenie go spowodowałoby jedynie zwłokę w postępowaniu.

Co do zarzutu 3., dotyczącego naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie wobec oferty przystępującego General Aviation, co doprowadziło do niedopuszczalnej ingerencji Zamawiającego w treść oferty przystępującego General Aviation i zmianę oświadczenia woli tego wykonawcy Izba stwierdziła, co następuje.

W formularzu cenowym przygotowanym przez Zamawiającego jako załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oprócz innych informacji – opisanych w zarzucie 2., Zamawiający zawarł tabelę nr 3 „Szacunkowe koszty paliwa”, z kolumnami: „Średnie zużycie paliwa w litrach przy prędkości 120 kts (ok. 220 km/h)”, „Czas trwania lotów w godz.”, „Łączne zużycie paliwa w m³”, „Przeciętna cena paliwa [waluta]/m³” oraz „Szacowany łączny koszt paliwa w [waluta]”.

W kolumnie „Przeciętna cena paliwa [waluta]/m³” Zamawiający wpisał kwotę, którą mieli wykorzystać wykonawcy przy sporządzaniu formularza cenowego, tj. 592 EUR, zamiennie

2.545,00 PLN – w zależności od waluty, którą chciał posłużyć się dany wykonawca. Pozostałe kolumny tabeli mieli wypełnić wykonawcy.

W sporządzonym przez siebie formularzu cenowym stanowiącym część oferty przystępujący General Aviation wskazał jednak w kolumnie „Przeciętna cena paliwa [waluta]/m³” 282,82 EUR. Zamawiający skorygował tę wartość na wskazaną przez siebie oraz dokonał stosownego przeliczenia w kolumnie „Szacowany łączny koszt paliwa w [waluta]”.

Zdaniem Odwołującego taki sposób poprawienia oferty stanowi błąd w obliczeniu ceny i niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a nie omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wynika to przede wszystkim z celowości działania przystępującego General Aviation przy dokonywaniu zmiany wartości w kolumnie „Przeciętna cena paliwa [waluta]/m³” oraz z istotności zmiany ofert ze względu na wpływ na cenę oferty oraz tym samym punktację obu ofert w kryterium oceny ofert – cena.

Przystępujący General Aviation wyjaśniał, że wartość 282,82 została wpisana z tego względu, że po otwarciu pliku formularza cenowego w kolumnie „Przeciętna cena paliwa [waluta]/m³” wyświetlała mu się informacja „#NAZWA?”, a nie wskazywana kwota 592 lub 2545. Powyższe potwierdził protokołem otwarcia pliku przez notariusza, w formie aktu notarialnego. Tym samym, jak oświadczył, nie zmienił celowo założeń specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jak Izba wskazywała powyżej, Zamawiający nie zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisowej instrukcji wypełnienia formularza cenowego ani sposobu obliczenia ceny – poza samymi danymi w tabelach formularza cenowego (opisami kolumn i danymi do nich wpisanymi). Zatem w przypadku jakichkolwiek błędów w danych zawartych w plikach lub błędów pliku wykonawcy nie mieli możliwości weryfikacji tych danych przez opis sposobu wypełnienia formularza cenowego.

Jak wynika z zarzutu, błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, na który powołuje się odwołujący Heli Service, polega na niezgodności tego obliczenia ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zatem konsumowany jest przez przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie omyłki (inne niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe oraz ich konsekwencje rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Jak wskazywały Strony i przystępujący General Aviation w swoich stanowiskach, niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia musi mieć więc charakter omyłki oraz nie powodować istotnych zmian w treści oferty. Ze stanowisk Stron oraz przystępującego General Aviation wynika, że znane są im ogólne założenia wynikające z orzecznictwa, a dotyczące znaczenia pojęć omyłki oraz kwestii istotnych zmian w treści oferty, zatem nie ma potrzeby ich powielać. W skrócie można jedynie wskazać, że omyłka nie może polegać na celowym działaniu wykonawcy co do zmiany założeń zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na własne. Nie oznacza to jednak, że musi być to jedynie błąd techniczny (na podobieństwo omyłki pisarskiej) ani oznaczać braku świadomości wykonawcy co do swoich działań – po prostu musi być to niezamierzona, niecelowa niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Ponieważ celem wykonawców w ramach udziału w postępowaniu i złożeniu oferty jest wygranie przetargu, a więc m.in. złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu, czyli zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zakłada się, że niezgodność taka co do zasady jest niezamierzona – chyba że okoliczności sprawy wskazują na fakty przeciwne.

W niniejszej sprawie Izba nie stwierdziła takich okoliczności, a sam zamiar umyślny zmiany kwoty podanej przez Zamawiającego w kolumnie „Przeciętna cena paliwa [waluta]/m³”, służącej porównaniu ofert, nie wydaje się logiczny. Dodatkowo przystępujący General Aviation oświadczył, że zmiana ta (podanie kwoty 282,82) nie była celowa i wynikała z braku wyświetlenia się w komórce rzeczony kwoty wpisanej przez Zamawiającego.

Tym samym, w ocenie Izby, można uznać, że ze strony przystępującego General Aviation, było to działanie niecelowe, o charakterze omyłki. Nawet zresztą gdyby wykonawca ten, stwierdził, że to Zamawiający omyłkowo zawarł w komórce E17 wartość 592/2545 i ją skorygował na wartość rynkową z dnia sporządzania oferty, to nadal nie byłoby to celowe działanie dla zamiany wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przy tym Zamawiający, niestety, nie sporządził instrukcji wypełnienia formularza cenowego, z którą wykonawca mógłby skonfrontować istniejący wpis.

Jednocześnie, pomimo przeliczenia wartości w kolumnie „Szacowany łączny koszt paliwa w [waluta]”, w ocenie Izby nie jest to istotna zmiana oferty. Przeliczenie nie wpłynęło bowiem w sposób zbyt wysoki na tę kwotę – jak wskazywano, ok. 3%, co jest wartością dotychczas akceptowaną w orzecznictwie. Należy też zauważyć, że kwota ta nie wpływa bezpośrednio na wynagrodzenie wykonawcy, które zapłaci Zamawiający, ponieważ nie jest realnym kosztem paliwa, a jedynie kosztem przyjętym technicznie do przeliczenia.

Tym samym zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutu 4., dotyczącego naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty przystępującego General Aviation jako najkorzystniejszej

w postępowaniu, podczas gdy oferta ta powinna być odrzucona, względnie przystępujący General Aviation powinien być wykluczony z postępowania, a oferta ta nie powinna być najwyżej oceniona zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba stwierdziła, co następuje.

Art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający jest zobowiązany wybrać („wybiera”) ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert, opisane w rozdziale 14. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert”: najniższa cena (Pc) – waga 60%, dodatkowe wymogi bezpieczeństwa (Pb) – waga 30% oraz dodatkowe możliwości śmigłowca (Pm) – waga 10%. Zgodnie z punktem 14.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający w kryterium „Dodatkowe wymogi bezpieczeństwa” mógł przyznać maksymalnie 30 punktów. Na potrzeby tego kryterium wykonawca zobowiązany był zawrzeć odpowiednie oświadczenie w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Liczba punktów możliwych do zdobycia za spełnienie poszczególnych dodatkowych wymogów bezpieczeństwa – dla podkryterium „Wiek śmigłowca przeznaczonego do zabezpieczenia LOTOS Petrobaltic na dzień składania ofert” miała być przyznawana według następujących zasad: 8 lat i mniej – 15 punktów, 8 do 13 lat – 7 punktów, ponad 13 lat – 0 punktów.

Zgodnie z powyższym 0 punktów mogło więc być przyznane jedynie w przypadku wieku śmigłowca przekraczającego 13 lat (ale nie starszego niż 15 lat, który to wiek był warunkiem obligatoryjnym do spełnienia).

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zawarł żadnych klauzul bezpieczeństwa, które pozwalałyby na przyznanie 0 punktów również w przypadku, gdy wykonawca nie wypełniłby formularza ofertowego w tym zakresie lub też wypełniłby go nieprawidłowo, co uniemożliwiłoby ocenę oferty (jak to miało miejsce w niniejszej sprawie). W związku z powyższym przyznanie ofercie przystępującego General Aviation 0 punktów nie miałyby umocowania w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nieprawidłowe jest jednak również przyznanie przez Zamawiającego ofercie przystępującego General Aviation 7 punktów w tym podkryterium, z powodów wskazanych w zarzucie 1. Jak wskazał sam Zamawiający w przywołanych powyżej postanowieniach rozdziału 14. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podstawą dokonania oceny w kryterium „Dodatkowe wymogi bezpieczeństwa” miało być oświadczenie wykonawcy złożone w formularzu ofertowym, a Zamawiający nie miał prawa skorygować tego oświadczenia, nawet jeśli było nieprawidłowe – nie zezwalają na to bowiem przepisy ustawy

Prawo zamówień publicznych, a sam Zamawiający nie zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowień taką korektę sankcjonujących.

Tym samym przedmiotowy zarzut jest zasadny w zakresie wskazania, że Zamawiający nie miał podstaw formalnych do przyznania przystępującemu General Aviation 7 punktów w podkryterium „Wiek śmigłowca przeznaczonego do zabezpieczenia LOTOS Petrobaltic na dzień składania ofert” – co zrobił. Natomiast propozycja przyznania przystępującemu General Aviation 0 punktów nie ma uzasadnienia w zasadach przyznawania punktów opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jeśli zaś chodzi o kwestię poprawienia przez Zamawiającego liczby lotów podanej w formularzu cenowym i dokonania punktowej oceny oferty według poprawionej wartości, to Zamawiający również tego nie uczynił i w stanowisku przedstawionym w postępowaniu odwoławczym takiej woli nie wyraził, jak też nie proponował tego przystępujący General Aviation dowodząc, że liczba ta została podana prawidłowo. Tym samym rozważanie tej kwestii przez Izbę jest bezprzedmiotowe.

W związku z powyższym Izba uznała, że powyższy zarzut nie potwierdził się.

Co do zarzutu 5., dotyczącego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie w stosunku do przystępującego General Aviation, podczas gdy dokumenty złożone przez przystępującego General Aviation w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych były niekompletne i zawierały błędy, w związku z czym Zamawiający powinien był co najmniej wystąpić o ich uzupełnienie, Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzut odwołania sprowadzał się do tego, że przystępujący General Aviation, przedstawiając Zamawiającemu oświadczenia i dokumenty na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie przedstawił lub przedstawił nieprawidłowe dokumenty w zakresie: 1) certyfikatu AOC któregośkolwiek z wykonawców składających się na konsorcjum – wymóg z punktu 9.1.1.2 w zw. z pkt 10.4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż przystępujący General Aviation przedstawił wyłącznie „Oświadczenie o zgodności statku powietrznego” oraz „Świadectwo rejestracji”, które nie są certyfikatami AOC oraz 2) ubezpieczenia przystępującego General Aviation – wymóg z punktu 9.1.2.1 w zw. z punktem 10.4.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Certyfikaty ubezpieczeniowe przedstawione przez przystępującego General Aviation nie potwierdzają rodzajów i sum gwarancyjnych ubezpieczenia, których Zamawiający wymagał w punkcie 9.1.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z punktem 9.1.1, ppkt 9.1.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w celu wykazania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, wykonawcy mieli posiadać certyfikat operatora

lotniczego (AOC), w którym w specyfikacji operacyjnej wskazane są jako rodzaj dozwolonych operacji – przewozy pasażerskie (A-1), a także przewozy towarowe (A2), w tym przewóz materiałów niebezpiecznych (E11); dozwolony obszar prowadzenia operacji – Europa, specyfikacja operacyjna ma umożliwiać śmigłowcowe operacje przybrzeżno-morskie (ang. offshore) (E12); instrukcja operacyjna nie może zawierać zastrzeżeń, które będą uniemożliwiać wykonywania usługi przewozu na rzecz Zamawiającego, na potwierdzenie czego mieli przedstawić kopie certyfikatów, koncesji, decyzji wskazanych w tym punkcie (ppkt 10.4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Natomiast dla wykazania sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy mieli wykazać, że spełniają wymagania rozporządzenia WE nr 785/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie wymogów w zakresie ubezpieczenia w odniesieniu do przewoźników lotniczych i operatorów statków powietrznych: odpowiedzialność przewoźnika za pasażera, bagaż, ładunek powinna być ubezpieczona co najmniej do wysokości 250.000 SDR na pasażera oraz 1131 SDR na bagaż pasażera i 19 SDR na 1 kg towaru w przewozie handlowym; odpowiedzialność w zakresie odpowiedzialności cywilnej wobec osób trzecich, minimalna suma gwarancyjna powyżej MTOM kg 6000 odpowiednio 7 milionów SDR, 12000 kg – 18 milionów SDR, powyżej 25000 kg – 80 milionów SDR (ppkt 9.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). W tym celu wykonawcy mieli przedstawić kopie polis ubezpieczeniowych lub innych dokumentów potwierdzających zawarcie stosownych ubezpieczeń (ppkt 10.4.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

W trakcie postępowania Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał przystępującego General Aviation do przedstawienia m.in. kwestionowanych w odwołaniu dokumentów.

Zamawiający oraz przystępujący General Aviation w swoich stanowiskach powołali się na regulację art. 26 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, oświadczając, że wskazywane przez odwołującego Heli Service dokumenty, do przedłożenia których Zamawiający powinien wezwać wykonawcę, są w posiadaniu Zamawiającego w związku z realizacją wcześniejszych robót, zatem przystępujący General Aviation nie ma obowiązku ich przedstawiać.

Odwołujący nie polemizował z tymi oświadczeniami i nie dowiódł, że w postępowaniu nie zaszyły okoliczności, na które wskazywali Zamawiający i przystępujący General Aviation,

tj. Zamawiający nie posiada wskazywanych dokumentów lub że dokumenty znajdujące się w jego posiadaniu są nieprawidłowe, niekompletne lub w inny sposób wadliwe.

W związku z powyższym Izba uznała, że powyższy zarzut nie potwierdził się.

Co do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – jak wskazał sam odwołujący Heli Service – pozostaje on w związku z naruszeniem innych przepisów wskazanych w zarzutach i nie wymaga osobnego rozstrzygnięcia.

W związku z częściowym uwzględnieniem zarzutów Izba nie rozpatrywała zarzutu ewentualnego postawionego na wypadek nieuwzględnienia innych zarzutów odwołania, dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu Heli Service pełnej treści polisy ubezpieczeniowej Heli Holland Air Service B.V. oraz wykazu osób na potwierdzenie spełniania przez przystępującego General Aviation warunków udziału w postępowaniu jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a także zaniechanie udostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie. Z tym, że przystępujący General Aviation oświadczył, iż nie zastrzegał polisy ubezpieczeniowej Heli Holland Air Service B.V. jako tajemnicy przedsiębiorstwa, natomiast Zamawiający, że udostępnił odwołującemu Heli Service uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykaz osób na potwierdzenie spełniania przez przystępującego General Aviation warunków udziału w postępowaniu – bez wskazania danych tych osób. Odwołujący Heli Service tym wskazaniem nie przeczył. Zatem jedynie ten zakres (danych dotyczących osób) pozostał sporny.

Odwołanie o sygnaturze KIO 252/21

Izba stwierdziła, że odwołujący General Aviation ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. pomimo tego, że jego oferta w niniejszym postępowaniu została uznana za najkorzystniejszą. Zgodnie z art. 505 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie wykluczają automatycznie możliwości wniesienia odwołania przez wykonawcę wybranego w odniesieniu do oferty konkurenta, który zajmuje niższą pozycję w rankingu, a interes we wniesieniu odwołania każdorazowo

oceniany jest indywidualnie. Co do zasady wykonawca wybrany nie ma interesu w kwestionowaniu własnego wyboru, jak też kwestionowania innych ofert w przypadku, gdy nikt jego wyboru nie kwestionuje i jest jedynym wykonawcą wnoszącym odwołanie na daną czynność badania i oceny ofert i dokonany w jej efekcie wybór oferty najkorzystniejszej (tj. w tym wypadku, gdyby odwołujący Heli Service nie złożył odwołania).

Natomiast w orzecznictwie generalnie nie odmawia się wybranemu wykonawcy posiadania takiego interesu w przypadku, gdy zostanie wniesione także odwołanie innego wykonawcy, kwestionujące jego wybór. Z praktyki wynika bowiem, że dokonany wybór oferty nie jest ostateczny i może zostać podważony i unieważniony, a wykonawca taki w konsekwencji może utracić status wykonawcy, o którym mowa w art. 505 i art. 528 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. (podmiot nieuprawniony do wniesienia odwołania), który uprawniałby go do złożenia odwołania w terminie późniejszym. Sytuacja ta jest wyraźnie widoczna w przypadku łącznego rozpoznawania wniesionych odwołań – jak w niniejszej sytuacji, której efektem jest właśnie konieczność unieważnienia wyboru oferty odwołującego General Aviation jako najkorzystniejszej.

We wniesionym odwołaniu odwołujący General Aviation zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego Heli Service, pomimo że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie dokonania czynności wykluczenia przystępującego Heli Service z postępowania – zaniechania uznania oferty przystępującego Heli Service za odrzuconą,
3. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego Heli Service z postępowania, pomimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu,
4. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego Heli Service z postępowania, pomimo że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia,

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów,

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Zgodnie z rozdziałem 9. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Warunki udziału w postępowaniu”, pkt 9.1, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące, pkt 9.1.1, kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów tj. posiadają:

9.1.1.1 koncesję na przewozy lotnicze wydaną na podstawie rozporządzenia Rady (EWG) Nr 1008/2008 z dnia 24 września 2008 r. w sprawie wspólnych zasad wykonywania przewozów lotniczych na terenie Unii Europejskiej (a także w odniesieniu do polskich przewoźników – zgodnie z ustawą Prawo lotnicze, ustawą o swobodzie działalności gospodarczej), tj. koncesję na wykonywanie regularnych/ nieregularnych przewozów lotniczych przy użyciu statków powietrznych bez ograniczenia maksymalnej masy startowej i ilości miejsc pasażerskich oraz

9.1.1.2 certyfikat operatora lotniczego (AOC), w którym w specyfikacji operacyjnej wskazane są jako rodzaj dozwolonych operacji – przewozy pasażerskie (A-1), a także przewozy towarowe (A2), w tym przewóz materiałów niebezpiecznych (E11); dozwolony obszar prowadzenia operacji – Europa, specyfikacja operacyjna ma umożliwiać śmigłowcowe operacje przybrzeżno-morskie (ang. offshore) (E12); instrukcja operacyjna nie może zawierać zastrzeżeń, które będą uniemożliwiać wykonywania usługi przewozu na rzecz Zamawiającego,

9.1.1.3 w przypadku wykonawców spoza Unii Europejskiej legitymują się ostateczną decyzją Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego administracyjną uznającą certyfikat zagraniczny AOC.

Pkt 9.2: Ocena spełnienia powyższych warunków udziału w postępowaniu miała być dokonana na podstawie oświadczeń oraz dokumentów określonych w punkcie 10.

specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niespełnienie ww. warunków udziału w postępowaniu stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z rozdziałem 10. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia”, punkt 10.1, do oferty należało dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w formie Jednolitego Dokumentu Zamówienia oraz inne dokumenty wymienione przez Zamawiającego – pozostałe dokumenty zaś na wezwanie Zamawiającego, m.in. w zakresie warunku opisanego w punkcie 9.1.1 – kopie certyfikatów, koncesji, decyzji wskazanych w tym punkcie (dokumenty, o których mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Przystępujący Heli Service złożył wraz z ofertą Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ), w którym w części IV „Kryteria kwalifikacji”, w punkcie A. „Kompetencje”, na pytanie: „Czy konieczne jest posiadanie określonego zezwolenia, aby mieć możliwość świadczenia usługi, o której mowa w państwie siedziby wykonawcy?” odpowiedział „Tak”, a na polecenie formularza „Proszę je opisać” wskazał, że „Wykonawca spełnia warunki, o których mowa w pkt 9.1.1 SIWZ, tj. posiada wszystkie wymienione w tych warunkach dokumenty, takie jak koncesja na przewozy lotnicze oraz certyfikat operatora lotniczego (AOC) zgodnie z wymaganiami Zamawiającego z pkt 9.1.1 SIWZ”.

W oświadczeniu tym przystępujący Heli Service odniósł się więc wprost do wymagań punktu 9.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym także podpunktu 9.1.1.1, z którego treści wyraźnie wynika, że zobowiązany jest posiadać koncesję na przewozy lotnicze wydaną na podstawie rozporządzenia 1008/2008, tj. koncesję na wykonywanie regularnych/nieregularnych przewozów lotniczych przy użyciu statków powietrznych bez ograniczenia maksymalnej masy startowej i ilości miejsc pasażerskich.

Przedmiotem sporu niniejszego odwołania był zakres koncesji dotyczący części wymogu „bez ograniczenia maksymalnej masy startowej i ilości miejsc pasażerskich”.

Nie było sporne pomiędzy Stronami i przystępującym Heli Service, że określenie to odnosi się do podziału zastosowanego w rozporządzeniu 1008/2008 na: koncesję, która ma objąć eksploatację statku powietrznego o maksymalnej masie startowej (MTOM) poniżej 10 ton lub o liczbie miejsc poniżej 20 oraz koncesję, która ma objąć eksploatację statku powietrznego o maksymalnej masie startowej (MTOM) równej lub wyższej niż 10 ton lub o liczbie miejsc równej lub wyższej niż 20. Potwierdził to Zamawiający, nie została też wskazana odmienna interpretacja tego pojęcia, również przez przystępującego Heli Service.

Jak wyjaśnił podczas rozprawy odwołujący General Aviation – czemu nie zaprzeczył ani Zamawiający, ani przystępujący Heli Service – koncesja, która ma objąć eksploatację statku powietrznego o maksymalnej masie startowej (MTOM) równej lub wyższej niż 10 ton lub o liczbie miejsc równej lub wyższej niż 20 pozwala także na eksploatację statku powietrznego o maksymalnej masie startowej (MTOM) poniżej 10 ton lub o liczbie miejsc poniżej 20, dlatego można uznać ją za „bez ograniczenia maksymalnej masy startowej i ilości miejsc pasażerskich” (ich dolnego pułapu).

Jak wynika z art. 3 rozporządzenia 1008/2008 „Koncesja” 1. Żadnemu przedsiębiorstwu prowadzącemu działalność we Wspólnocie nie zezwala się na przewóz drogą powietrzną pasażerów, poczty lub ładunku za wynagrodzeniem lub na zasadzie najmu, jeżeli nie została mu przyznana odpowiednia koncesja. Przedsiębiorstwo spełniające wymagania niniejszego rozdziału jest uprawnione do otrzymania koncesji.

2. Właściwy organ wydający koncesje nie przyznaje koncesji ani nie utrzymuje ich ważności, w przypadku gdy jakiegokolwiek z wymagań niniejszego rozdziału nie jest spełnione.

3. Bez uszczerbku dla wszelkich pozostałych przepisów prawa wspólnotowego, krajowego lub międzynarodowego, następujące kategorie przewozów lotniczych nie podlegają wymogowi posiadania ważnej koncesji: a) przewozy lotnicze wykonywane statkiem powietrznym bez napędu silnikowego lub ultralekkim statkiem powietrznym o napędzie silnikowym; oraz b) loty lokalne.

Artykuł 4 rozporządzenia 1008/2008 określa warunki przyznania koncesji. Zgodnie z tym przepisem właściwy organ państwa członkowskiego wydający koncesje przyznaje koncesję przedsiębiorstwu, pod warunkiem że (m.in.):

b) posiada ono ważny AOC, wydany przez organ krajowy tego samego państwa członkowskiego, którego właściwy organ wydający koncesje jest odpowiedzialny za przyznanie, odmowę przyznania, cofnięcie lub zawieszenie koncesji tego wspólnotowego przewoźnika lotniczego;

c) dysponuje ono co najmniej jednym statkiem powietrznym, którego jest właścicielem lub który jest przedmiotem umowy leasingu bez załogi;

d) jego główną działalność stanowi wykonywanie przewozów lotniczych oddzielnie lub w połączeniu z każdą inną działalnością handlową przy użyciu statku powietrznego lub z naprawą i konserwacją statków powietrznych;

g) spełnia ono warunki finansowe określone w art. 5;

h) spełnia ono wymagania ubezpieczeniowe określone w art. 11 i w rozporządzeniu (WE) nr 785/2004.

W artykule 5 rozporządzenia 1008/2008, na który wskazywały Strony i przystępujący Heli Service, „Warunki finansowe przyznania koncesji” wskazano:

1. Właściwy organ wydający koncesje dokonuje dokładnej oceny, czy przedsiębiorstwo występujące po raz pierwszy o koncesję może wykazać, że:

a) może w każdym momencie wypełnić swoje istniejące i potencjalne zobowiązania, ustalone na podstawie realistycznych założeń, przez okres 24 miesięcy od rozpoczęcia prowadzenia operacji; oraz

b) może pokryć koszty stałe i operacyjne ponoszone w związku z prowadzonymi operacjami zgodnie ze swym planem gospodarczym i ustalone na podstawie realistycznych założeń, przez okres trzech miesięcy od daty rozpoczęcia prowadzenia operacji, nie uwzględniając żadnych przychodów z prowadzonych przez niego operacji.

2. Do celów oceny, o której mowa w ust. 1, każdy wnioskodawca przedstawia plan gospodarczy na okres przynajmniej pierwszych trzech lat prowadzenia operacji. Plan gospodarczy szczegółowo określa również powiązania finansowe wnioskodawcy z każdą inną działalnością handlową, w którą wnioskodawca jest zaangażowany bezpośrednio lub przez przedsiębiorstwa powiązane. Wnioskodawca dostarcza również wszystkie istotne informacje, w szczególności dane określone w załączniku I pkt 1.

3. Ustępy 1 i 2 niniejszego artykułu nie mają zastosowania do przedsiębiorstwa ubiegającego się o koncesję, która ma objąć eksploatację statku powietrznego o maksymalnej masie startowej (MTOM) poniżej 10 ton lub o liczbie miejsc poniżej 20. Takie przedsiębiorstwa muszą wykazać, że ich kapitał netto wynosi przynajmniej 100 000 EUR lub dostarczyć, w przypadku gdy jest to wymagane przez właściwy organ wydający koncesje, wszystkie informacje istotne do celów ust. 1, w szczególności dane, o których mowa w załączniku I pkt 1. Niemniej jednak właściwy organ wydający koncesje może stosować ust. 1 i 2 w stosunku do przedsiębiorstwa ubiegającego się o koncesję na mocy przepisów poprzedniego akapitu, jeżeli zamierza ono wykonywać regularne przewozy lotnicze lub jeżeli jego obrót przekracza 3 miliony EUR rocznie.

Z kolei art. 8 rozporządzenia 1008/2008 „Okres ważności koncesji” stanowi, że:

1. Koncesja zachowuje ważność tak długo, jak długo wspólnotowy przewoźnik lotniczy spełnia wymagania niniejszego rozdziału. Wspólnotowy przewoźnik lotniczy jest w stanie w każdej chwili wykazać, na wniosek właściwego organu wydającego koncesje, że spełnia wszystkie wymagania niniejszego rozdziału.

2. Właściwy organ wydający koncesje dokładnie monitoruje spełnianie wymagań niniejszego rozdziału. W każdym przypadku bada on spełnianie tych wymogów w następujących przypadkach:

a) po dwóch latach od wydania nowej koncesji;

- b) jeśli podejrzewa się wystąpienie potencjalnego problemu; lub
- c) na wniosek Komisji.

W przypadku gdy właściwy organ wydający koncesje podejrzewa, że problemy finansowe wspólnotowego przewoźnika lotniczego mogłyby wpływać na bezpieczeństwo jego operacji, natychmiast informuje o tym właściwy organ odpowiedzialny za AOC.

3. Koncesja jest ponownie przedkładana do zatwierdzenia, jeżeli wspólnotowy przewoźnik lotniczy:

- a) nie rozpoczął prowadzenia operacji w terminie sześciu miesięcy od wydania koncesji;
- b) zaprzestał prowadzenia operacji na okres dłuższy niż sześć miesięcy; lub
- c) uzyskał koncesję na podstawie art. 5 ust. 3 akapit pierwszy i zamierza rozpocząć eksploatację statku powietrznego o rozmiarach przekraczających wartości progowe określone w art. 5 ust. 3 lub nie spełnia już warunków finansowych w nim określonych.

4. Wspólnotowy przewoźnik lotniczy dostarcza właściwemu organowi wydającemu koncesje sprawozdania finansowe, poddane badaniu biegłego rewidenta, nie później niż w ciągu sześciu miesięcy od ostatniego dnia danego roku obrotowego, chyba że prawo krajowe stanowi inaczej. W ciągu pierwszych dwóch lat prowadzenia operacji przez wspólnotowego przewoźnika lotniczego dane, o których mowa w załączniku I pkt 3, są udostępniane na żądanie właściwemu organowi wydającemu koncesje. Właściwy organ wydający koncesje może w każdej chwili dokonać oceny sytuacji finansowej wspólnotowego przewoźnika lotniczego, któremu wydał koncesję, żądając stosownych informacji. Jako element tej oceny, zainteresowany wspólnotowy przewoźnik lotniczy aktualizuje dane, o których mowa w załączniku I pkt 3, i przedstawia je na żądanie właściwemu organowi wydającemu koncesje.

5. Wspólnotowy przewoźnik lotniczy powiadamia właściwy organ wydający koncesje:

- a) z wyprzedzeniem – o wszelkich planach dotyczących wykonywania nowego przewozu lotniczego na kontynent lub do regionu świata, do których wcześniej nie wykonywano przewozów, lub o wszelkich innych ważnych zmianach dotyczących skali jego działalności, w tym, między innymi, o zmianach typu lub liczby użytkowanych statków powietrznych;
- b) z wyprzedzeniem – o wszelkich planowanych łączeniach lub nabyciach; oraz
- c) w terminie czternastu dni – o każdej zmianie własności pojedynczego pakietu udziałów lub akcji, który stanowi 10 % lub więcej całego pakietu udziałów lub akcji wspólnotowego przewoźnika lotniczego, jego spółki macierzystej lub ostatecznej spółki holdingowej.

6. Jeżeli właściwy organ wydający koncesje uznaje, że zmiany notyfikowane zgodnie z ust. 5 mają istotny wpływ na sytuację finansową wspólnotowego przewoźnika lotniczego, wymaga przedstawienia skorygowanego planu gospodarczego, zawierającego dane zmiany i obejmującego przynajmniej okres 12 miesięcy od daty ich wprowadzenia, jak również danych, o których mowa w załączniku I pkt 2, oprócz informacji przekazanych zgodnie z ust.

4. Właściwy organ wydający koncesje podejmuje decyzję w sprawie skorygowanego planu gospodarczego, w zakresie możliwości spełnienia przez wspólnotowego przewoźnika lotniczego jego istniejących i potencjalnych zobowiązań w okresie tych 12 miesięcy. Decyzja ta zostaje podjęta nie później niż w terminie trzech miesięcy od przekazania wszystkich niezbędnych informacji.

7. Właściwy organ wydający koncesje podejmuje w stosunku do wspólnotowych przewoźników lotniczych, którym przyznał koncesje, decyzję o tym, czy koncesję należy ponownie przedstawić do zatwierdzenia w przypadku zmiany jednego lub większej liczby elementów wpływających na sytuację prawną wspólnotowego przewoźnika lotniczego oraz, w szczególności, w przypadku łączenia lub przejęcia.

8. Ustępów 4, 5 i 6 nie stosuje się do wspólnotowych przewoźników lotniczych zajmujących się wyłącznie eksploatacją statków powietrznych o MTOM poniżej 10 ton lub z liczbą miejsc poniżej 20. Tacy wspólnotowi przewoźnicy lotniczy muszą być w stanie wykazać w każdym czasie, że ich kapitał netto stanowi przynajmniej 100 000 EUR, lub dostarczyć, w przypadku gdy jest to wymagane przez właściwy organ wydający koncesje, informacje istotne do celów oceny, o której mowa w art. 9 ust. 2. Niemniej jednak właściwy organ wydający koncesje może stosować ust. 4, 5 i 6 w stosunku do wspólnotowych przewoźników lotniczych, którym przyznał koncesje, wykonujących regularne przewozy lotnicze lub których obrót przekracza 3 miliony EUR rocznie.

Przystępujący Heli Service wskazał, że z treści posiadanej przez niego koncesji nr D-322 EG wydanej przez Federalny Urząd ds. Lotnictwa Republiki Federalnej Niemiec (Luftfahrt-Bundesamt), datowanej na 3 kwietnia 2017 r., nie wynika ograniczenie maksymalnej masy startowej i ilości miejsc pasażerskich (może ono wynikać jedynie z AOC), jak też w swoim stanowisku skupił się na warunkach przyznawania koncesji i ich monitorowania opisanych w art. 5 i 8 rozporządzenia 1008/2008.

Treść koncesji nie była sporna – wskazuje ona, że przystępujący Heli Service jest uprawniony do przewozu pasażerów, poczty lub/i towarów w komercyjnym ruchu lotniczym, jak też w zakresie tej koncesji jest uprawniony do korzystania ze statków powietrznych wskazanych w certyfikacie operatora lotniczego (AOC) pozostającym w mocy.

Zamawiający i odwołujący General Aviation nie przeczyli, że z samej treści koncesji takie ograniczenie nie wynika.

W ocenie Izby nie jest więc sporne, że z samej treści koncesji nie wynika ograniczenie maksymalnej masy startowej i liczby miejsc pasażerskich, jednak mimo to przystępujący Heli Service nie posiada koncesji „bez ograniczenia maksymalnej masy startowej i ilości miejsc pasażerskich”, której wymagał Zamawiający i którą – jak oświadczył przystępujący Heli

Service w złożonym wraz z ofertą JEDZ – posiada. Jego koncesja bowiem dotyczy jedynie eksploatacji statków powietrznych o maksymalnej masie startowej (MTOM) poniżej 10 ton lub o liczbie miejsc poniżej 20, co jest niesporne, a wynika z dokumentów przedstawionych organowi wydajacemu koncesje – Luftfahrt-Bundesamt.

Podczas rozprawy, na pytanie Izby, czy na podstawie posiadanej obecnie koncesji przystępujący Heli Service może wykonywać przewozy powyżej 10 ton i 20 miejsc pasażerskich, przystępujący Heli Service wyjaśnił, iż musiałby uzyskać AOC, który te statki powietrzne będzie wskazywał i na tej podstawie poddać koncesję do badania organowi (Luftfahrt-Bundesamt), aby dostosować koncesję do nowego AOC (str. 5 protokołu rozprawy z 10 marca 2020 r.).

Zdaniem Izby z powyższego stanu faktycznego wynika, że – niezależnie od zakresu formalności opisanych w art. 5 i art. 8 rozporządzenia 1008/2008, które zostały dopełnione wobec przystępującego Heli Service – nie jest tak, że obecnie posiadana przez przystępującego Heli Service koncesja (i posiadana w chwili składania ofert) jest koncesją „bez ograniczenia maksymalnej masy startowej i ilości miejsc pasażerskich”, wymaganą w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nawet jeśli nie ma takiej wzmianki w jej treści, skoro przystępujący Heli Service na jej podstawie nie może świadczyć usług obejmujących eksploatację statków powietrznych o maksymalnej masie startowej (MTOM) równej lub wyższej niż 10 ton lub o liczbie miejsc równej lub wyższej niż 20 – nawet po uzyskaniu stosownego AOC dotyczącego takiej maksymalnej masy startowej i liczby miejsc – bez dopełnienia formalności wobec organu uprawnionego do wydawania koncesji – Luftfahrt-Bundesamt.

Przystępujący Heli Service nie spełnił więc warunku udziału w postępowaniu wskazanego w punkcie 9.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym podlega wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, który to przepis swoim zakresem obejmuje nie tylko niewykazanie spełnienia warunku (dokumentami), ale tym bardziej jego niespełnianie faktyczne.

Pomimo tego przystępujący Heli Service oświadczył w części IV JEDZ, że „spełnia warunki, o których mowa w pkt 9.1.1 SIWZ, tj. posiada wszystkie wymienione w tych warunkach dokumenty, takie jak koncesja na przewozy lotnicze oraz certyfikat operatora lotniczego (AOC) zgodnie z wymaganiami Zamawiającego z pkt 9.1.1 SIWZ”, chociaż wymagania te wyraźnie wskazywały na brak ograniczenia maksymalnej masy startowej i ilości miejsc pasażerskich, które to wymaganie bezspornie zostało przyporządkowane do możliwości eksploatacji statku powietrznego o maksymalnej masie startowej (MTOM) poniżej 10 ton lub o liczbie miejsc poniżej 20 oraz eksploatacji statku powietrznego o maksymalnej masie

startowej (MTOM) równej lub wyższej niż 10 ton lub o liczbie miejsc równej lub wyższej niż 20, a takowej przystępujący Heli Service nie posiada. Z sytuacji tej przystępujący Heli Service co najmniej powinien sobie zdawać sprawę.

Odwołujący General Aviation zarzucił w tym zakresie naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, które to przepisy nieco różnią się przesłankami, jako że punkt 16. odnosi się do zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wykonawcy, w wyniku którego zamawiający został wprowadzony w błąd co do tego, że dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, natomiast punkt 17. wskazuje na winę w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa, w wyniku których wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia – do takich decyzji należy niewątpliwie stwierdzenie, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, czy też powinien być wykluczony z powodu ich niespełniania.

Odwołujący General Aviation nie wykazał zamierzonego działania przystępującego Heli Service mającego na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd lub też rażącego niedbalstwa po jego stronie, jednak wskazane oświadczenie zawarte w JEDZ niewątpliwie wprowadziło Zamawiającego w błąd w zakresie stwierdzenia spełniania przez przystępującego Heli Service warunku udziału w postępowaniu, zaś przyjęcie przez przystępującego Heli Service, że przedmiotowy warunek spełnia i wskazanie tego Zamawiającemu, pomimo jednoznacznego brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ewentualnego braku dokładnej analizy wymagań Zamawiającego, należy uznać za jego winę, choćby nieumyślną, wynikającą z lekkomyślnego lub niedbałego działania. Zatem można uznać, że w niniejszej sprawie nie zostały wykazane przesłanki opisane w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast zaistniały okoliczności opisane w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, zatem odrzucenie oferty wykonawcy wykluczonego jest bezpośrednią konsekwencją prawną jego wykluczenia.

Co do stwierdzenia przystępującego Heli Service o przedwcześnieści zarzutów ze względu na brak formalnego przedstawienia Zamawiającemu przedmiotowej koncesji w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba stwierdziła, że w niniejszej sytuacji odwołanie nie jest przedwcześnie. Nie jest także konieczne wzywianie przystępującego Heli Service do przedstawienia tego dokumentu w inny sposób niż został on dotychczas ujawniony. Spór bowiem nie dotyczy samego dokumentu, jego wad merytorycznych, braków w treści, wad formalnych jego przedstawienia itd., lecz *de facto* braku posiadania przez

przystępującego Heli Service uprawnień do eksploatacji statków powietrznych o maksymalnej masie startowej (MTOM) równej lub wyższej niż 10 ton lub o liczbie miejsc równej lub wyższej 20, wynikających z faktu posiadania danej koncesji. Punkt 9.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczy bowiem „kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej”, które fakt posiadania stosownej koncesji nadaje. Przystępujący Heli Service nie posiada takich uprawnień i nie zmieni tego przedstawienie kolejnego egzemplarza tej koncesji, dokonane choćby w najbardziej oficjalnym trybie.

Co zaś do samego warunku sformułowanego przez Zamawiającego w punkcie 9.1.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba stwierdziła, że nawet jeśli jest on nie do końca kompatybilny z opisem przedmiotu zamówienia i wymaganiem dotyczącym AOC (w punkcie 9.1.1.2 nie ma analogicznego zastrzeżenia dotyczącego braku ograniczenia maksymalnej masy startowej i ilości miejsc pasażerskich) oraz nadmierny w stosunku do potrzeb Zamawiającego, to jest to ze strony przystępującego Heli Service zarzut spóźniony. Powyższe należało bowiem podnieść po opublikowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu, w których te wymogi ujawniono, w terminie określonym w art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na obecnym etapie postępowania wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz transparentności postępowania wymagają, by postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia respektować i egzekwować w istniejącym kształcie. Dla realizacji bowiem powyższych zasad dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu należało wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), aby następnie oceniać oferty wykonawców, jak też ich zdolność podmiotową do wykonania zamówienia zgodnie z tymi wskazaniem. Działanie w stosunku do jednego z wykonawców przy ocenie spełniania przez niego warunków w sposób odbiegający od wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu byłoby działaniem z pokrzywdzeniem innych wykonawców – zarówno tych, którzy oferty w postępowaniu złożyli, jak odwołujący General Aviation, jak też tych, którzy ich nie złożyli, chociaż posiadają koncesje uprawniające do eksploatacji statku powietrznego o maksymalnej masie startowej (MTOM) poniżej 10 ton lub o liczbie miejsc poniżej 20, a które byłyby wystarczające do realizacji przedmiotowego zamówienia, lecz nie posiadają koncesji obejmujących eksploatację statku powietrznego o maksymalnej masie startowej (MTOM) równej lub wyższej niż 10 ton lub o liczbie miejsc równej lub wyższej niż 20.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 7 ust. 1 pkt 2, ust. 2 pkt 1, ust. 3 i ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się:

1) wpis, obejmujący:

- a) wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Izby,
- b) wynagrodzenie i zwrot wydatków poniesionych przez biegłych, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę z urzędu, oraz tłumaczy, w przypadku, o którym mowa w art. 548 ustawy,
- c) koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę z urzędu;

2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące:

- a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę,
- b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych,

c) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego,

d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego.

Z kolei § 7 ust. 1 pkt 2 stanowi, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu; w takim przypadku Izba zasądza od uczestnika wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2.

Natomiast, zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1 w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.

Ustępy 3 i 5 § 7 stanowią, że w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela:

1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;

2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw. Z tym, że w uzasadnionych przypadkach Izba może odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ww. sposób, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania.

W związku z powyższym Izba uwzględniła uiszczone przez Odwołujących wpisy w wysokości 15.000 złotych i zasądziła:

1) w sprawie KIO 250/21 od Zamawiającego na rzecz odwołującego Heli Service kwotę stanowiącą proporcjonalne koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocników obu Stron w wysokości $1/5$ sumy $15000 + 3.600 + 3.600$, tj. 4.440 zł,

2) w sprawie KIO 252/21 od przystępującego Heli Service na rzecz odwołującego General Aviation zwrot kosztów wpisu w kwocie 15.000 złotych i wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 złotych.

Przewodniczący:

.....

.....