

Sygn. akt KIO 2196/15

Sygn. akt KIO 2234/15

WYROK

z dnia 28 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Lubomira Matczuk-Mazuś**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 9 października 2015 r. przez wykonawcę: **Lotnicze Przedsiębiorstwo Usługowe HELISECO Sp. z o.o., ul. Gen. Bryg. S. Kaliskiego 57, 01-476 Warszawa**

B. w dniu 14 października 2015 r. przez wykonawcę: **A. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. S. „Lars”, ul. Świerkowa 14, 64-320 Niepruszewo**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa**

przy udziale wykonawców:

A. AIRCOM Sp. z o.o., ul. Mokotowska 15a, 00-640 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2196/15 po stronie zamawiającego,

B. Salt Aviation Sp. z o.o., ul. Gen. Wiktora Thommee 1A, 05-102 Nowy Dwór Mazowiecki, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2196/15 po stronie zamawiającego,

C. Lotnicze Przedsiębiorstwo Usługowe HELISECO Sp. z o.o., ul. Gen. Bryg. S. Kaliskiego 57, 01-476 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2234/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1) oddala odwołania;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawców: **Lotnicze Przedsiębiorstwo Usługowe HELISECO Sp. z o.o., ul. Gen. Bryg. S. Kaliskiego 57, 01-476 Warszawa** i **A. S.**,

prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. S. „Lars”, ul. Świerkowa 14, 64-320 Niepruszewo, i:

- 2.1** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: Lotnicze Przedsiębiorstwo Usługowe HELISECO Sp. z o.o., ul. Gen. Bryg. S. Kaliskiego 57, 01-476 Warszawa i A. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. S. „Lars”, ul. Świerkowa 14, 64-320 Niepruszewo, tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2.** zasądza od wykonawcy: Lotnicze Przedsiębiorstwo Usługowe HELISECO Sp. z o.o., ul. Gen. Bryg. S. Kaliskiego 57, 01-476 Warszawa na rzecz zamawiającego: Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.3.** zasądza od wykonawcy: A. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. S. „Lars”, ul. Świerkowa 14, 64-320 Niepruszewo na rzecz zamawiającego: Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2196/15

Sygn. akt KIO 2234/15

Uzasadnienie

Zamawiający - Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Loty śmigłowcem celem kontroli gazociągów przesyłowych Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. (zamówienie podzielone na 6 części)”* (znak sprawy: ZP/2015/05/0057/PE), na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp”, „ustawą” lub „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 lipca 2015 r., nr 2015/S 137-253590.

A. Sygn. akt KIO 2196/15

Odwołujący - Lotnicze Przedsiębiorstwo Usługowe HELISECO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, jak również zaniechań podjęcia czynności, do których Zamawiający zgodnie z przepisami ustawy Pzp był zobowiązany w zakresie Części zamówienia: 1, 3, 4, 5, 6.

W zakresie postępowania w Części 1 - Oddział w Rembelszczyźnie:

- 1) zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: LIMA sp. z o.o., AIRCOM sp. z o.o. oraz SALT AVIATION sp. z o.o.,
- 2) czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem ofert wykonawców: LIMA sp. z o.o., SALT AVIATION sp. z o.o. oraz AIRCOM sp. z o.o., które winny zostać odrzucone,
- 3) czynności wyboru oferty wykonawcy LIMA sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta ta winna zostać odrzucona.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: LIMA sp. z o.o., AIRCOM sp. z o.o., oraz SALT AVIATION sp. z o.o. w sytuacji, gdy oferty te są niezgodne z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej „SIWZ”,
- 2) art. 91 ust. 1 przez:
 - dokonanie oceny ofert z udziałem ofert wykonawców: LIMA sp. z o.o., SALT AVIATION sp. z o.o. oraz AIRCOM sp. z o.o.,
 - dokonanie wyboru oferty wykonawcy LIMA sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferty wykonawców: LIMA sp. z o.o., SALT AVIATION sp. z o.o. i AIRCOM sp. z o.o. winny zostać odrzucone.

Żądanie, co sposobu rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia ofert wykonawców LIMA sp. z o.o., SALT AVIATION sp. z o.o., AIRCOM sp. z o.o.,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z wyłączeniem ofert podlegających odrzuceniu,
- 4) uznania oferty złożonej przez Odwołującego jako jedynej oferty, która nie podlega odrzuceniu,
- 5) uznania oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W zakresie postępowania w Części 3 - Oddział we Wrocławiu:

- 1) zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawców: AEROKLUBU ZIEMI LUBUSKIEJ oraz AIRCOM sp. z o.o.,
- 2) czynności oceny ofert z uwzględnieniem ofert wykonawców AEROKLUBU ZIEMI LUBUSKIEJ oraz AIRCOM sp. z o.o., które winny zostać odrzucone,
- 3) czynności wyboru oferty wykonawcy AIRCOM sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta ta winna zostać odrzucona.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: AEROKLUBU ZIEMI LUBUSKIEJ oraz AIRCOM sp. z o.o. w sytuacji, gdy oferty te są niezgodne z postanowieniami SIWZ,
- 2) art. 91 ust. 1 przez:
 - dokonanie oceny ofert z udziałem ofert wykonawców: AEROKLUBU ZIEMI LUBUSKIEJ oraz AIRCOM sp. z o.o.,
 - dokonanie wyboru oferty wykonawcy AIRCOM sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy zarówno oferty AEROKLUBU ZIEMI LUBUSKIEJ oraz AIRCOM sp. z o.o. winny zostać odrzucone.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty wykonawców: AEROKLUBU ZIEMI LUBUSKIEJ oraz AIRCOM sp. z o.o.,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert podlegających odrzuceniu.
- 4) uznania oferty złożonej przez Odwołującego jako jedynej oferty, która nie podlega odrzuceniu,
- 5) uznania oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W zakresie postępowania w Części nr 4 - Oddział w Tarnowie:

- 1) zaniechania czynności odrzucenia ofert: SALT AVIATION sp. z o.o. oraz AIRCOM sp. z o.o.,
- 2) czynności oceny ofert z uwzględnieniem ofert: SALT AVIATION sp. z o.o. oraz AIRCOM sp. z o.o., które winny zostać odrzucone,
- 3) czynności wyboru oferty AIRCOM sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta ta winna zostać odrzucona.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia ofert: SALT AVIATION sp. z o.o. oraz AIRCOM sp. z o.o. w sytuacji, gdy oferty te są niezgodne z postanowieniami SIWZ,
- 2) art. 91 ust. 1 przez
 - dokonanie oceny ofert z udziałem ofert SALT AVIATION sp. z o.o. oraz AIRCOM sp. z o.o.
 - dokonanie wyboru oferty AIRCOM sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy zarówno oferty SALT AVIATION sp. z o.o. oraz AIRCOM sp. z o.o. winny zostać odrzucone.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty SALT AVIATION sp. z o.o. oraz AIRCOM sp. z o.o.,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert podlegających odrzuceniu.
- 4) uznania oferty złożonej przez Odwołującego jako jedynej oferty, która nie podlega odrzuceniu,
- 5) uznania oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W zakresie postępowania w Części nr 5 - Oddział w Gdańsku:

- 1) zaniechania czynności odrzucenia ofert: LIMA sp. z o.o. i SALT AVIATION sp. z o.o.,
- 2) czynności oceny ofert z uwzględnieniem ofert: LIMA sp. z o.o., SALT AVIATION sp. z o.o., które winny zostać odrzucone,
- 3) czynności wyboru oferty LIMA sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta ta winna zostać odrzucona.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia ofert: LIMA sp. z o.o. oraz SALT AVIATION sp. z o.o. w sytuacji, gdy oferty wskazanych podmiotów są niezgodne z postanowieniami SIWZ,
- 2) art. 91 ust. 1 przez:
 - dokonanie oceny ofert z udziałem ofert LIMA sp. z o.o., SALT AVIATION sp. z o.o.

- dokonanie wyboru oferty LIMA sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy zarówno oferta LIMA sp. z o.o. jak i SALT AVIATION sp. z o.o. winny zostać odrzucone.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty LIMA sp. z o.o., SALT AVIATION sp. z o.o.,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert podlegających odrzuceniu.
- 4) uznania oferty złożonej przez Odwołującego jako jedynej oferty, która nie podlega odrzuceniu,
- 5) uznania oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W zakresie postępowania w Części nr 6 - Oddział w Świerklanach:

- 1) zaniechania czynności odrzucenia oferty AIRCOM sp. z o.o.,
- 2) czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty: AIRCOM sp. z o.o., która winna zostać odrzucona,
- 3) czynności wyboru oferty AIRCOM sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta ta winna zostać odrzucona.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty: AIRCOM sp. z o.o. w sytuacji, gdy oferta ta jest niezgodna z postanowieniami SIWZ,
- 2) art. 91 ust. 1 przez:
 - dokonanie oceny ofert z udziałem oferty AIRCOM sp. z o.o.
 - dokonanie wyboru oferty AIRCOM sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta AIRCOM sp. z o.o. winna zostać odrzucona.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty AIRCOM sp. z o.o.,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert podlegających odrzuceniu,
- 4) uznania oferty złożonej przez Odwołującego jako jedynej oferty, która nie podlega odrzuceniu,
- 5) uznania oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Z ostrożności procesowej, Odwołujący wniósł także odwołanie od zaniechania wykluczenia wykonawcy AIRCOM sp. z o.o. z udziału w postępowaniu oraz od czynności badania i ceny oferty wykonawcy AIRCOM sp. z o.o. w Częściach 1, 3, 4, 6.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w tym zakresie naruszenie przepisów ustawy

Pzp:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy AIRCOM sp. z o.o., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, dotyczące posiadania certyfikatu AWC dla śmigłowca Airbus Helicopters AS 355,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy AIRCOM sp. z o.o. pomimo niespełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu przewidzianych w SIWZ w zakresie posiadania aktualnego certyfikatu AWC dla śmigłowca Airbus Helicopters AS 355, art. 89 ust. 1 pkt 5 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AIRCOM sp. z o.o., który powinien podlegać wykluczeniu z udziału w postępowaniu,
- art. 91 ust. 1 przez dokonanie oceny ofert z udziałem oferty AIRCOM sp. z o.o. w sytuacji, gdy oferent ten winien zostać wykluczony a jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą.

Odwołujący wniósł tym samym o nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy AIRCOM sp. z o.o. z postępowania i dokonanie ponownej oceny ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert podlegających odrzuceniu.

W przypadku kwestionowania twierdzeń Odwołującego, odnośnie postępowania dotyczącego wszystkich zaskarżonych części przetargu, Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania oraz następujących dowodów:

- 1) z przesłuchania stron na okoliczność ustalenia na jakiej wysokości mają odbywać się loty inspekcyjne, aby spełnić wymagania SIWZ przewidziane w Załączniku nr 1 Rozdział II pkt 2,
- 2) z przesłuchania świadków A. B. i W. R. na okoliczność ustalenia, że loty inspekcyjne mające spełnić wymagania przewidziane w SIWZ w Załączniku nr 1 Rozdział II pkt 2 muszą odbywać się na wysokości 30 metrów do maksymalnie 50 metrów,
- 3) z opinii biegłego do spraw lotnictwa na okoliczność ustalenia, że loty inspekcyjne mające spełnić wymagania przewidziane w SIWZ w Załączniku nr 1 Rozdział II pkt 2 muszą odbywać się na wysokości 30 metrów do maksymalnie 50 metrów,
- 5) dowodu z opinii biegłego do spraw lotnictwa na okoliczność ustalenia, że śmigłowce: Bell 206, Schweizer 269D oraz Robinson R-44, Mc Donnell Douglas H 500 nie mogą zgodnie z „Instrukcją użytkowania w locie” odbywać lotów na wysokości 30 do 50 metrów z prędkością 50 km/h.

I. Uzasadnienie w zakresie istnienia interesu odwołującego do złożenia środka ochrony prawnej. Odwołujący wskazał, że w wyniku rozstrzygnięcia przetargu w Częściach: 1, 3, 4, 5, 6, Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę LIMA sp. z o.o., (dla Części 1 i 5) oraz ofertę AIRCOM sp. z o.o. (dla Części 3, 4, 6). Oferta Odwołującego została oceniona i zaklasyfikowana w każdej części zamówienia na ostatnim miejscu. W punktacji,

we wszystkich Częściach przetargu, wyprzedziły Odwołującego wszystkie startujące podmioty, tj. LIMA sp. z o.o., AIRCOM sp. z o.o., SALT AVIATION sp. z o.o., AEROKLUB ZIEMI LUBUSKIEJ. Odwołujący wskazał, że przedstawia w odwołaniu zarzuty dotyczące wszystkich ofert sklasyfikowanych wyżej od oferty Odwołującego i zmierza do wyeliminowania wszystkich ofert z każdej Części przetargu. Zdaniem Odwołującego, śmigłowce przedstawione w ofertach wszystkich innych oferentów nie spełniają wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący uznał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jako jedyny we wszystkich Częściach przetargu złożył ofertę, która nie podlega odrzuceniu. W przypadku utrzymania w mocy wyboru oferty najkorzystniejszej i klasyfikacji pozostałych ofert, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakładał w związku z realizacją zamówienia. Szkada Odwołującego pozostaje w adekwatnym związku przyczynowo-skutkowym z działaniami Zamawiającego. Gdyby nie zaniechania Zamawiającego *wykluczenia ofert* wykonawców LIMA sp. z o.o., AIRCOM sp. z o.o., SALT AVIATION sp. z o.o., AEROKLUB ZIEMI LUBUSKIEJ, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO 23/15, z dnia 29 stycznia 2015 r.).

II. Uzasadnienie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia wzięło udział pięć podmiotów: LIMA sp. z o.o., AIRCOM sp. z o.o., SALT AVIATION sp. z o.o., AEROKLUB ZIEMI LUBUSKIEJ i LPU Heliseco. Czterej wykonawcy zaoferowali wykonanie zamówienia przy wykorzystaniu następujących typów śmigłowców: 1) LIMA sp. z o.o. - śmigłowiec Bell Helicopter 206 B-3 oraz śmigłowiec Mc Donnell Douglas H 500; 2) AIRCOM sp. z o.o. - śmigłowiec Airbus Helicopters AS 355 oraz Schweizer 269D; 3) SALT AVIATION sp. z o.o. - śmigłowiec Robinson R-44; 4) AEROKLUB ZIEMI LUBUSKIEJ - śmigłowiec Robinson R-44.

Dowód: Wykazy urządzeń technicznych złożone przez LIMA sp. z o.o., AIRCOM sp. z o.o., SALT AVIATION sp. z o.o., AEROKLUB ZIEMI LUBUSKIEJ (Załącznik nr 4).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia, Rozdział II pkt 1 i 1.5: -1. Loty będą wykonywane przy użyciu śmigłowca, który charakteryzuje się następującymi parametrami i cechami technicznymi: (...); -1.5 umożliwia na podstawie „*Instrukcji użytkowania w locie*” wykonywanie w sposób bezpieczny operacji lotniczych zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 6 Rozdział II pkt 2; -2. Wykonawca wykona usługę oblotu w sposób i na takiej wysokości, która umożliwi obserwatorowi; -2.1 ocenę miejsca potencjalnych niebezpieczeństw na trasie gazociągu; -2.2 sprawdzenie stanu i kompletności oznakowania trasy gazociągu; -2.3 ocenę wizualną ogólnego stanu zespołów technologicznych na gazociągu a w szczególności kompletność oraz stan ogrodzeń; -2.4

ocenę kompletności oraz stanu kolumn wentylacyjnych na przekroczeniach dróg, linii kolejowych oraz innych przeszkód terenowych; -2.5 inspekcję strefy kontrolowanej gazociągu i odnotowanie wszelkich jej naruszeń takich jak: prace ziemne, zabudowa obiektami kubaturowymi, prace montażowe, składowanie materiałów i sprzętu, zalesienia oraz inne mogące mieć negatywny wpływ na gazociąg; -2.6 określenie czy istnieje konieczność dokonania wycinki krzewów i samosiejek na trasie gazociągu; -2.7 ocenę czy nie nastąpiło naruszenie pokrycia gazociągu w skutek jego wypłylenia, osunięcia się skarp, wycięcia, zebrania humusu, wybierania urobku (piasek, żwir). Rozdział II pkt 6 i 6.1; -6. Parametry lotu muszą zawierać się w zakresie dopuszczalnym dla lotów patrolowych (inspekcyjnych), w szczególności: -6.1 średnia prędkość lotu do obserwowania infrastruktury gazowej powinna wynosić 50 km/h względem ziemi.

Dowód: Załącznik nr 1 do SIWZ (Załącznik nr 5).

Zgodnie z ww. opisami SIWZ, na podstawie dokumentu „Instrukcji użytkowania w locie”, śmigłowiec musi mieć możliwość latania ze średnią prędkością 50 km/h na wysokości umożliwiającej zaobserwowanie elementów wymienionych w Rozdziale II punkcie 2 Załącznika nr 1 do SIWZ.

Na podstawie dokumentów „Instrukcja użytkowania w locie” Odwołujący wskazał parametry: 1) (wykres wysokość-prędkość) dla śmigłowca Schweizer 269D - bezpiecznym zakresem wysokości dla prędkości 50 km/h (27 kt (węzłów) jest wysokość lotu ok. 100 metrów (330 stóp). Minimalna prędkość lotu dla wysokości do 61 metrów (do 200 stóp) wynosi 93 km/h (50 kt). Producent nakazuje unikać operacji lotniczych z prędkością 50 km/h poniżej wysokości 100 m; 2) (wykres wysokość-prędkość) dla śmigłowca Robinson R-44 - bezpiecznym zakresem wysokości dla prędkości 50 km/h (27 kt (węzłów) jest wysokość lotu ok. 107 metrów (350 stóp). Minimalna prędkość lotu dla wysokości do 46 metrów (do 150 stóp) wynosi 93 km/h (50 kt). Producent nakazuje unikać operacji lotniczych z prędkością 50 km/h poniżej wysokości 107 m; 3) (wykres wysokość-prędkość) dla śmigłowca Bell 206 - bezpiecznym zakresem wysokości dla prędkości 50 km/h (27 kt (węzłów) jest wysokość lotu ok. 107 metrów (350 stóp). Minimalna prędkość lotu dla wysokości do 46 metrów (do 150 stóp) wynosi 93 km/h (50 kt). Producent nakazuje unikać operacji lotniczych z prędkością 50 km/h poniżej wysokości 107 m; 4) (wykres wysokość-prędkość) dla śmigłowca Mc Donnell Douglas H 500 - bezpiecznym zakresem wysokości dla prędkości 50 km/h (27 kt (węzłów) jest wysokość lotu ok. 75 metrów (250 stóp). Minimalna prędkość lotu dla wysokości do 46 metrów (do 150 stóp) wynosi 83 km/h (45 kt). Producent nakazuje unikać operacji lotniczych z prędkością 50 km/h poniżej wysokości 75 m.

Odwołujący uzasadnił, że powyższe ograniczenia wynikają z zasad bezpieczeństwa. W ocenie producentów małe śmigłowce jednosilnikowe - takie jak Bell 206, Schweitzer 269D,

Robinson R-44, Mc Donnell Douglas H 500 - nie mogą latać nisko z minimalną prędkością, gdyż mała prędkość lotu, mała wysokość oraz posiadanie tylko jednego silnika powodują, że śmigłowiec w razie awarii silnika nie może przejść do lądowania autorotacyjnego dającego możliwości ocalenia załodze i pasażerom oraz w przypadku awarii silnika wskazane parametry uniemożliwiają pilotowi wybranie bezpiecznego miejsca do lądowania i ewentualnego uniknięcia zderzenia z budynkiem, w przypadku lotu nad terenem zamieszkałym. Producenci ww. śmigłowców w „Instrukcji użytkowania w locie” nakazują unikania operacji lotniczych przy prędkościach ok. 50 km/h w przedziale wysokości do ok. 100 metrów, gdyż w przypadku awarii silnika utrata życia lub zdrowia pilota i załogi jest niemal pewna. Odwołujący wskazał śmigłowiec Mc Donnell Douglas H 500 (SP-SOO) przedstawiony w wykazie urządzeń wykonawcy LIMA sp. z o.o., który uległ wypadkowi.

Dowód: „Instrukcja użytkowania w locie” dla śmigłowca wykres wysokość-prędkość: - Bell 206 wraz z tłumaczeniem własnym (Załącznik nr 6); -Schweitzer 269D wraz z tłumaczeniem własnym (Załącznik nr 7); -Robinson R- 44 (Załącznik nr 8); -Mc Donnell Douglas H 500 wraz z tłumaczeniem własnym (Załącznik nr 9); artykuł o wypadku śmigłowca MD-500 (SP-SOO) (Załącznik nr 10); opinia prywatna dotycząca zdolności lotu śmigłowców Bell 206, Schweitzer 269D, Robinson R-44, Mc Donnell Douglas H 500 na danych wysokościach (Załącznik nr 11).

Zgodnie z Rozdziałem II punkt 2 Załącznika nr 1 do SIWZ, loty śmigłowców mają odbywać się na wysokości umożliwiającej zaobserwowanie wskazanych elementów gazociągów. Z wiedzy Odwołującego, który realizował loty inspekcyjne dla Zamawiającego w poprzednich latach, wynika, że loty takie odbywają się na wysokości 30 do maksymalnie 50 metrów. Śmigłowce nie mogą latać wyżej, gdyż obserwatorzy nie byłiby w stanie zaobserwować istotnych elementów gazociągów.

Dowód: przesłuchanie stron, opinia prywatna sporządzona przez pilota A. B. (Załącznik nr 12), przesłuchanie świadków A. B. i W. R., opinia biegłego.

W ocenie Odwołującego, z przedstawionych okoliczności wynika, że śmigłowcami: Bell 206, Schweitzer 269D, Robinson R-44 nie da się wykonywać lotów ze średnią prędkością 50 km/h na wysokości 30-50 metrów nad ziemią nie łamiąc zasad bezpieczeństwa przewidzianych przez producentów śmigłowców opisanych w „Instrukcji użytkowania w locie”, a tym samym nie naruszając postanowień SIWZ.

Odwołujący powołał się na organizowane przez Zamawiającego przetargi w latach 2012-2013 i wskazał na tę okoliczność dowody stanowiące załączniki do odwołania: 13, 14, 15.

Odwołujący uznał, że oferty wykonawców LIMA sp. z o.o., AIRCOM sp. z o.o., SALT

AVIATION sp. z o.o., AEROKLUBU ZIEMI LUBUSKIEJ, którzy przedstawili do wykonania zamówienia śmigłowce: Bell 206, Schweitzer 269D, Robinson R-44, Mc Donnell Douglas H 500, nie spełniają wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie są w stanie latać z prędkością 50 km/h na wysokości umożliwiającej obserwację elementów gazociągu (w sposób opisany w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt 2) zgodnie z „Instrukcją użytkowania w locie”. Tym samym oferty tych wykonawców winny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i nie powinny być przedmiotem oceny i wyboru (art. 91 ust. 1 ustawy Pzp). Odrzucone winny zostać nie tylko oferty uznane za najkorzystniejsze, ale również każda oferta każdego wykonawcy z wyłączeniem oferty Odwołującego.

III. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w zakresie istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy AIRCOM z postępowania przetargowego i odrzucenia jego oferty.

Zamawiający wskazał w SIWZ, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy posiadający aktualny certyfikat AWC (SIWZ IX.3). W tym celu wykonawcy musieli złożyć oświadczenie o posiadaniu takiego certyfikatu (SIWZ X.11). Spółka AIRCOM w swojej ofercie złożyła oświadczenie o posiadaniu certyfikatu AWC dla śmigłowca Airbus Helicopters AS 355.

Urząd Lotnictwa Cywilnego na swojej stronie prowadzi wykaz podmiotów, którym udzielono certyfikatu AWC z zaznaczeniem do kiedy certyfikat jest ważny oraz na jaki śmigłowiec został wydany. Wykaz jest aktualizowany po każdym wydaniu nowego certyfikatu. Ostatnia aktualizacja wykazu miała miejsce 15 lipca 2015 r., do dnia złożenia odwołania. Urząd Lotnictwa Cywilnego nie wydał żadnego nowego certyfikatu. Z wykazu wynika, że spółka AIRCOM nigdy nie dostała certyfikatu AWC dla śmigłowca Airbus Helicopters AS 355. Spółka posiada jedynie certyfikat na śmigłowiec S-330 a więc zupełnie inny typ niż zgłoszony w ofercie, tym samym spółka ta złożyła w postępowaniu nieprawdziwe oświadczenia. Złożenie nieprawdziwego oświadczenia miało wpływ na wynik postępowania, bez śmigłowca co do którego złożono nieprawdziwe oświadczenie, AIRCOM sp. z o.o. nie jest w stanie wykonać zamówienia.

Dowód: oświadczenie AIRCOM sp. z o.o. (Załącznik nr 16), wydruk ze strony Urzędu Lotnictwa Cywilnego z datą ostatniej zmiany wykazu posiadaczy certyfikatów AWC (Załącznik nr 17), wykaz posiadaczy certyfikatów AWC (Załącznik nr 18).

Wykonawca AIRCOM sp. z o.o. winien być wykluczony z przetargu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż złożył nieprawdziwą informację, oświadczył, że posiada certyfikat AWC dla śmigłowca Airbus Helicopters AS 355 w sytuacji, gdy certyfikatu takiego nie posiada. Ponadto, także na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, gdyż wykonawca AIRCOM sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. posiadania certyfikatu

AWC dla śmigłowca Airbus Helicopters AS 355. Oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Załączniki do odwołania, m.in.: Nr 4 -Wykazy urządzeń technicznych złożone przez LIMA sp. z o.o., AIRCOM sp. z o.o., SALT AVIATION sp. z o.o., AEROKLUB ZIEMI LUBUSKIEJ; Nr 5 - Załącznik nr 1 do SIWZ; Nr 6 - „Instrukcja użytkowania w locie” dla śmigłowca wykres wysokość-prędkość Bell 206 wraz z tłumaczeniem własnym; Nr 7 - „Instrukcja użytkowania w locie” dla śmigłowca wykres wysokość-prędkość Schweizer 269D wraz z tłumaczeniem własnym; Nr 8 - „Instrukcja użytkowania w locie” dla śmigłowca wykres wysokość-prędkość Robinson R-44; Nr 9 - „Instrukcja użytkowania w locie” dla śmigłowca wykres wysokość-prędkość Mc Donnell Douglas H 500 wraz z tłumaczeniem własnym; Nr 10 - Artykuł o wypadku śmigłowca MD-500 (SP-SOO); Nr 11 - Opinia prywatna dotycząca zdolności lotu śmigłowców Bell 206, Schweizer 269D, Robinson R-44, Mc Donnell Douglas H 500 na danych wysokościach; Nr 12 - Opinia prywatna sporządzona przez pilota Andrzeja Baranowskiego; Nr 13 - SIWZ Kontrola trasy gazociągów z powietrza ZP/2012/02/0019/TRN wraz z Załącznikiem Warunki Techniczne Realizacji Umowy; Nr 14 - SIWZ Kontrola trasy gazociągów z powietrza ZP/2013/12/0178/TAR wraz z Instrukcją 1.02.G01.01 Kontroli trasy gazociągu z powietrza; Nr 15 - Polecenie wykonania kontroli nr 1/2015, nr 2/2015, nr 3/2015; Nr 16 - Oświadczenie AIRCOM sp. z o.o.; Nr 17 - Wydruk ze strony Urzędu Lotnictwa Cywilnego z datą ostatniej zmiany wykazu posiadaczy certyfikatów AWC; Nr 18 - Wykaz posiadaczy certyfikatów AWC.

B. Sygn. akt KIO 2234/15

Odwołujący - wykonawca A. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. S. „Lars” z siedzibą w Niepruszewie - wniósł odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo że w toku postępowania nie zaistniały podstawy do odrzucenia oferty,
- 2) wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, pomimo że zaofferowana cena nie była rażąco niska,
- 3) bezpodstawnym przyjęciu, że Odwołujący nie wniósł wyjaśnień, pomimo iż wyjaśnienia złożył w dniu 24 września 2015 r.,
- 4) bezpodstawnym przyjęciu, że wyjaśnienia i dowody złożone przez Odwołującego potwierdzają, iż zaofferowana cena jest rażąco niska,
- 5) braku prawidłowego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień,
- 6) pominięciu w rozstrzygnięciu postępowania dokumentacji złożonej przez Odwołującego wraz z pismem z dnia 5 października 2015 r., będącej dobrowolnym uzupełnieniem treści

wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, dokonany przed wyborem najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że nie zawierała ona ceny rażąco niskiej, co wynikało wprost z treści oferty i charakteru przedmiotu zamówienia, a także z przedstawionych Zamawiającemu wyjaśnień i dokumentów,
- 2) art. 90 ust. 3 przez przyjęcie, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień, pomimo iż wyjaśnienia zostały złożone,
- 3) art. 90 ust. 3 przez zaniechanie wezwania Odwołującego do doprecyzowania lub złożenia szerszych informacji w zakresie złożonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny,
- 4) art. 91 przez wybór oferty Lotniczego Przedsiębiorstwa Usługowego Heliseco sp. z o.o., pomimo że najkorzystniejszą ofertą była oferta Odwołującego,
- 5) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 przez stwierdzenie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w sytuacji, gdy z samej treści oferty oraz charakteru postępowania wynika, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a w przeliczeniu na roboczogodzinę nie była ofertą najtańszą w postępowaniu,
- 6) art. 14 Pzp w zw. z art. 65 w zw. z art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego (Kc), przez zaniechanie jakiegokolwiek wykładni treści oferty Odwołującego, co doprowadziło Zamawiającego do wniosku, że oferta ta zawiera cenę rażąco niską,
- 7) art. 91 przez wybór jako najkorzystniejszej oferty spółki Lotnicze Przedsiębiorstwo Usługowe Heliseco sp. z o.o. w sytuacji, gdy zgodnie z kryteriami ocen najkorzystniejszą ofertą jest oferta Odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
 - b) ponownego dokonania czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
 - c) wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) (ewentualnie w przypadku uznania, że istnieją wątpliwości co do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego), wezwania Odwołującego do uzupełnienia tych wyjaśnień ze szczegółowym wskazaniem zakresu w jakim uzupełnienie winno nastąpić i po upływie określonego do dokonania tej czynności terminu, ponownego dokonania czynności badania i oceny złożonych ofert,
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, a także kosztów dojazdu do KIO, zgodnie

z przedstawionym zestawieniem kosztów i załącznikami do niego.

Odwołujący wskazał, że interes w uzyskaniu zamówienia wynika z faktu, iż kryteriami oceny ofert są - 90% cena całkowita, 10% gotowość do wykonania lotów dodatkowych. Oferta Odwołującego, jako oferta najtańsza a zarazem spełniająca na takim samym poziomie drugie z kryteriów, była ofertą najkorzystniejszą, co oznacza, że w przypadku nieodrżucenia oferty Odwołującego zajęłaby ona pierwsze miejsce w rankingu ofert. W konsekwencji w przypadku nieodrżucenia oferty Odwołującego, mógłby on zawrzeć umowę na realizację zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że ma interes w uzyskaniu zamówienia a na skutek *wykluczenia* z postępowania może ponieść szkodę przez pozbawienie go możliwości realizacji zamówienia i uzyskania zysku wkalkulowanego w złożoną ofertę. Odwołujący uznał, że wykazał, iż zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy, czego następstwem - w okolicznościach danej sprawy - jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie (*P.Janda [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Janda Paweł, Pelczyński Piotr, Babiarz Stefan, Czarnik Zbigniew, Warszawa 2010, LexPolonica*).

Uzasadnienie odwołania.

I. Podstawa odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający wskazał dwie podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Pierwszą z nich był zarzut, że cena oferty jest rażąco niska (art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp), drugą brak złożenia przez Odwołującego wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 3 Pzp). Odwołujący uznał, że żadna z przyczyn odrzucenia oferty nie zaistniała w toku postępowania.

A. Rażąco niska cena - 30% próg. Odwołujący zacytował pierwszą część przepisu art. 90 ust. 1 Pzp i wskazał, że z tej treści wynikają przesłanki uzasadniające wszczęcie przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego w zakresie ceny rażąco niskiej, tj. cena zaoferowana musi się wydawać rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, powinna budzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Ocena, czy w danych okolicznościach cena jest rażąco niska, nie stanowi dowolnego wyboru zamawiającego, lecz musi znajdować umocowanie zarówno w przesłankach obiektywnych jak i w charakterystyce przedmiotu konkretnego, indywidualnie określonego zamówienia (wyrok KIO z dnia 16 marca 2015 r., sygn. akt KIO 400/15). Powołując się na doktrynę (Zdzisław Gordon, Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), jak i orzecznictwo (m.in. wyrok KIO z dnia 23 października 2014 r., sygn. akt KIO 2081/14), Odwołujący wskazał, że powszechnie przyjmuje się, iż postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego ma charakter

cywilnoprawny, zatem należy stosować przepisy prawa cywilnego, co wynika z art. 14 Pzp. Stwierdził, że ocena, czy cena w danych okolicznościach była rażąco niska, wymaga dokonania przez Zamawiającego rzetelnego badania i oceny złożonej oferty, z uwzględnieniem ogólnych reguł wykładni oświadczeń woli (art. 65 Kc), jak i konieczności dochowania należytej staranności wymaganej od podmiotów profesjonalnych (art. 355 Kc). Uznał, że analiza oferty Odwołującego uwzględniająca powyższe elementy prowadzi do wniosku, że zaoferowana przez niego cena nie może być uznana za rażąco niską. Cena zaoferowana przez Odwołującego wynosiła 1 222 381,38 zł (słownie: milion dwieście dwadzieścia dwa tysiące trzysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści osiem groszy). Cena szacunkowa wskazana przez Zamawiającego wynosiła 1 746 600,00 zł (słownie: milion siedemset czterdzieści sześć tysięcy sześćset złotych zero groszy). Zatem, cena zaoferowana przez Odwołującego stanowiła 69,98% ceny szacunkowej. Kwota stanowiąca 70% ceny szacunkowej, to 1 222 620 zł (słownie: milion dwieście dwadzieścia dwa tysiące sześćset dwadzieścia złotych zero groszy). Różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez Odwołującego a zobiektywizowanym progiem wskazanym w art. 90 ust. 3 Pzp (*ust. 1*), uzasadniającym wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, wynosi 238,62 zł (słownie: dwieście trzydzieści osiem złotych sześćdziesiąt dwa grosze).

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 21 września 2015 r. na okoliczność wartości stanowiących podstawę dla uznania przez Zamawiającego, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest rażąco niska.

W świetle łącznej wartości części zamówienia, na które Odwołujący złożył ofertę, jest to kwota marginalna, niemająca znaczenia przy ocenie ofert (zaledwie 0,02% szacunkowej wartości zamówienia). Gdyby oferta Odwołującego była wyższa o 238,62 zł, to i tak byłaby ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący wskazał, że druga z ofert złożonych na tę część zamówienia również w znaczący sposób odbiegała od ceny szacunkowej Zamawiającego (1 557 181,00 zł, słownie: milion pięćset pięćdziesiąt siedem tysięcy sto osiemdziesiąt jeden złotych zero groszy, niemal 200 000 zł mniej niż wartość szacowana przez Zamawiającego). Wartość podana przez Zamawiającego w piśmie z dnia 21 września 2015 r. ma jedynie charakter szacunkowy, a Odwołującemu nie są znane podstawy jej wyliczenia. Odwołujący wskazał, że mając na uwadze drugą z alternatywnych możliwości uzasadniających przyjęcie domniemanie, że cena jest rażąco niska (przekroczenie o ponad 30% średniej arytmetycznej cen w złożonych ofertach), cena zaoferowana przez Odwołującego nie może być również uznana za rażąco niską. Średnia arytmetyczna cen ofert złożonych na część 2 postępowania wynosi 1 389 780,50 zł (słownie: milion trzysta osiemdziesiąt dziewięć tysięcy siedemset osiemdziesiąt złotych pięćdziesiąt groszy), zatem cena zaoferowana przez Odwołującego stanowi 87% tej wartości. Podsumowując powyższe Odwołujący wskazał, że

w postępowaniu nie mają zastosowania zobiektywizowane przesłanki tworzące domniemanie istnienia ceny rażąco niskiej. Cena zaoferowana przez Odwołującego przekroczyła zobiektywizowany próg w stosunku do ceny szacunkowej zaledwie o 0,02%, trudno uznać, że tak nieznaczne przekroczenie progu w ogóle może być przekroczeniem, gdy jego wyznacznikiem jest cena szacunkowa (zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego: przybliżenie jakiejś wartości). Jednocześnie znacząca dysproporcja pomiędzy cenami obu ofert złożonych w postępowaniu a ceną szacunkową, sugeruje raczej przeszacowanie ceny szacunkowej na tę część zamówienia niż cenę rażąco niską zaoferowaną przez Odwołującego.

B. Rażąco niska cena - możliwość wykonania zamówienia. Odwołujący podniósł, że należy rozważyć, czy cena zaoferowana przez Odwołującego mogła być uznana za cenę rażąco niską ze względu na uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania za taką cenę przedmiotu zamówienia. Wskazał na ciążący na Zamawiającym obowiązek analizy tych okoliczności z uwzględnieniem przepisów ogólnych Kodeksu cywilnego, w tym z dochowaniem należytej staranności wymaganej od podmiotów profesjonalnych. Odwołujący podkreślił już wskazaną okoliczność, że ocena ceny rażąco niskiej wymaga uprzedniego rzetelnego zbadania ofert. Powinno ono uwzględniać zarówno charakter przedmiotu zamówienia, ceny oferowane przez poszczególnych wykonawców, jak i ogół okoliczności, w tym okoliczności znanych Zamawiającemu z innych źródeł niż treść oferty, które z łatwością mógł uzyskać. Wszystkie te czynniki składają się na rzetelną ocenę ofert, która jest jednym z elementarnych obowiązków Zamawiającego, bowiem zapewnia realizację ogólnej zasady zamówień publicznych wyrażonej w art. 7 ustawy, tj. zasady ochrony uczciwej konkurencji.

Odwołujący, mając na uwadze treść pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, wskazał, że ze względu na zasadniczy cel postępowania, jakim są obloty gazociągów, oferta Odwołującego w istocie nie była najtańsza. Cena stanowiąca kwotę brutto za godzinę lotu oraz kwota brutto za ewentualne loty dodatkowe w ofercie Odwołującego, plasowała się w dolnym progu cenowym, jednakże w postępowaniu znajdowały się również oferty tańsze (np. oferta firmy Salt).

Dowód: wyliczenie cen lotów za godzinę zaoferowanych przez wszystkich wykonawców w postępowaniu na okoliczność ceny zaoferowanej przez Odwołującego, w kontekście innych cen zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu.

Przedmiot zamówienia stanowi oblatywanie gazociągów. W toku postępowania Odwołujący złożył ofertę jedynie na część drugą zamówienia (Wielkopolska i Zachodniopomorskie), co wiąże się z faktem, że posiada on bazę pod Poznaniem (lotnisko Poznań-Kobylnica). Informację tę można odnaleźć na stronie internetowej Odwołującego

(www.helicoptercenter.pl). Było to wiadome Zamawiającemu ze względu na wcześniejszą wieloletnią współpracę z Odwołującym. Posiadanie bazy w bezpośredniej bliskości obiektów, które mają być monitorowane, prowadzi do znacznego obniżenia ceny, chociażby o kwotę dolotów, w stosunku do Heliseco sp. z o.o. - podmiotu, którego oferta została wybrana, a który posiada bazę pod Warszawą (strona internetowa Heliseco sp. z o.o.: www.heliseco.eu). Odwołujący wskazał, że pomimo znacznie większej odległości, oferta Heliseco nadal pozostawała o blisko 200 000 zł tańsza od wartości szacunkowej zamówienia, co dodatkowo uzasadnia twierdzenie, iż cena zaoferowana przez Odwołującego nie była rażąco niska. Helikoptery wykorzystywane przez Odwołującego w jednoznaczny sposób uzasadniają zaoferowaną przez niego cenę. Eksploatacja helikopterów jest średnio 20-30% tańsza niż helikopterów zaoferowanych przez pozostałych wykonawców (Odwołujący jako jedyny wykonawca chciał realizować zamówienie helikopterami z napędem tłokowym, podczas gdy inni wykonawcy oferowali obloty helikopterami z napędem turbinowym). Wartość ta stanowi jednocześnie różnicę pomiędzy ceną zaoferowaną przez Odwołującego, a ceną zaoferowaną przez Heliseco sp. z o.o.

Dowód: 1) wyjaśnienia Odwołującego (adres do doręczeń jak powyżej), 2) przesłuchanie Rolanda Szymańskiego (adres do doręczeń jak dla Odwołującego), 3) opinia biegłego, 4) treść ofert złożonych na część 2 zamówienia m.in. przez Odwołującego, 5) pismo odwołującego z dnia 05.10.2015 r. na okoliczność ceny eksploatacji helikopterów wykorzystywanych przez podmioty biorące udział w postępowaniu.

Informacja ta również wynikała bezpośrednio z treści oferty złożonej przez Odwołującego, można ją też odnaleźć na stronie internetowej Odwołującego, znana była Zamawiającemu w związku z wcześniejszymi umowami zawieranymi pomiędzy podmiotami. Odwołujący podkreślił, że okoliczności uzasadniające cenę oferowaną przez Odwołującego wynikały bezpośrednio z treści oferty Odwołującego oraz z ogółu okoliczności związanych z przedmiotem postępowania. Na podstawie wyłącznie tych informacji możliwe było stwierdzenie, że ze względu na znaczną oszczędność, którą Odwołujący osiąga dzięki bliskości bazy oraz wykorzystywanym modelom helikopterów, jego oferta nie mogła być uznana za zawierającą cenę rażąco niską. Odwołujący wskazał jak wyżej, że zaoferowana przez niego cena, jest ceną obiektywnie umożliwiającą wykonanie przedmiotu zamówienia, a zatem ani na podstawie art. 90 Pzp ani na podstawie art. 55 Dyrektywy 2004/18/WE nie mogła być uznana za rażąco niską.

C. Niezłożenie przez Odwołującego wyjaśnień. Drugą podstawą odrzucenia oferty Odwołującego było niezłożenie przez niego wyjaśnień. W piśmie z dnia 21 września 2015 r. Zamawiający zażądał od Odwołującego szeregu dokumentów, które w ocenie

Zamawiającego, miały wyjaśnić zaoferowaną cenę. Jak Odwołujący wskazał wyżej, zaoferowana przez niego cena była tak niska ze względu na dwie okoliczności wynikające wprost z treści oferty oraz z okoliczności znanych Zamawiającemu, tj. ze względu na bliskość bazy Odwołującego oraz wykorzystywane przez niego, znacznie tańsze w eksploatacji, helikoptery. Przede wszystkim do tych elementów powinno się odnosić ewentualne wezwanie Zamawiającego, wymaganie wszelkich pozostałych dokumentów nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach faktycznych sprawy. Co ważne - wszelkie niezbędne okoliczności zostały wskazane wprost przez Odwołującego w treści jego pisma z dnia 24 września 2015 r., złożonego z zachowaniem terminu wyznaczonego na złożenie wyjaśnień.

Dowód: 1) pismo Zamawiającego z dnia 21 września 2015 r., 2) pismo Odwołującego z dnia 24 września 2015 r. na okoliczność złożenia przez Odwołującego niezbędnych wyjaśnień.

Odwołujący podkreślił, że postępowanie wyjaśniające w zakresie ceny rażąco niskiej ma na celu wykazanie, że cena nie jest rażąco niska. Każdy wykonawca udzielając wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej ceny powinien brać pod uwagę cechy danego zamówienia, powoływać się na swoją indywidualną sytuację i dostępne mu środki pozwalające na obniżenie ceny (wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 105/15). Żądanie przez Zamawiającego konkretnych dokumentów powinno być nie tylko uzasadnione wątpliwościami wynikłymi w toku rzetelnej analizy oferty, ale również nie powinno mieć decydującego, formalistycznego wpływu na rozstrzygnięcie postępowania. Tymczasem w uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że jej podstawą było nazbyt lakoniczne wyjaśnienie Odwołującego, które z tej właśnie przyczyny należy potraktować jako brak złożenia wyjaśnień. Jak już wykazano, wyjaśnienie to, w świetle okoliczności postępowania, powinno być wystarczające. Z samego braku dowodu nie można wywodzić, że cena jest rażąco niska, a przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy (wyrok KIO z dnia 5 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 132/15). Odwołujący wskazał, że dowodem na jego twierdzenie była treść jego oferty oraz okoliczności znane Zamawiającemu. Podkreślił, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty, Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie załączył do swego pisma m.in. „*wyliczeń rozbicia na pozycje poszczególnych elementów mających wpływ na cenę oferty*”. Poza faktem, że wyliczenie takie znalazło się już w samej ofercie, Odwołujący podniósł, iż Zamawiający za podstawę odrzucenia oferty Odwołującego wskazał nieprzedstawienie przez niego dokumentu, który nie był żądany. Jakkolwiek Odwołujący nie w każdej sytuacji związany będzie treścią żądania Zamawiającego (istotą postępowania wyjaśniającego jest wykazanie braku ceny rażąco niskiej), to Zamawiający nie może podać za podstawę odrzucenia oferty

nieprzedstawienia niezadanego przez niego dokumentu, stanowi to naruszenie ogólnych zasad Pzp. Odwołujący wskazał, że dobrowolnie uzupełnił dokumentację jeszcze przez rozstrzygnięciem postępowania, w związku z tym Zamawiający w chwili dokonywania oceny oferty Odwołującego oraz rozstrzygania postępowania, posiadał komplet niezbędnych dokumentów, których jednak nie wziął pod uwagę.

Dowód: pismo Odwołującego z dnia 5 października 2015 r.

Załączona do wskazanego pisma dokumentacja wyjaśniająca ewentualne wątpliwości Zamawiającego, została przez niego pominięta przy wyborze oferty najkorzystniejszej, co spowodowało naruszenie przepisów Pzp.

D. Zaniechanie wezwania do doprecyzowania wyjaśnień. Powołując się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych o obowiązku przedkładania wraz z wyjaśnieniami dowodów oraz możliwości żądania w razie potrzeby doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień (uzp.gov.pl), Odwołujący wskazał, że zamawiający w bezzasadny sposób zaniechał dokonania tych czynności, co doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego. Zaniechanie, w kontekście przekroczenia progu 30% o jedynie 238,62 zł, zdaniem Odwołującego, należy uznać za rażące naruszenie przepisów postępowania, które miało decydujący wpływ na jego wynik.

II. Naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że działanie Zamawiającego polegające na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia treści oferty o wskazane przez niego dokumenty stanowi przykład działania o charakterze dyskryminującym. Za podstawę przyjęcia, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest rażąco niska, Zamawiający przyjął automatycznie przekroczenie 30-procentowego progu wskazanego w art. 90 ust. 1 Pzp w sytuacji, gdy przekroczenie to zasadniczo nie nastąpiło, a z całokształtu oferty Odwołującego wynikały wszelkie okoliczności uzasadniające zaoferowaną przez niego cenę. Stąd wynika, że Zamawiający zaniechał rzetelnego zbadania oferty Odwołującego.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo, z którego jego zadaniem wynika, że działania dotyczące uzupełnień w toku udzielania zamówień publicznych nie mogą prowadzić do stwierdzenia po rozstrzygnięciu postępowania, iż któryś z jego uczestników został potraktowany w sposób sugerujący jakąkolwiek dyskryminację (wyrok ETS z dnia 29 marca 2010 r., C-599/10). Zaniechanie rzetelnej analizy oferty Odwołującego postawiło go w sytuacji oczywiście gorszej niż pozostałych wykonawców, co uzasadnia twierdzenie o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji.

III. Wnioski końcowe. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w toku postępowania dopuścił się szeregu uchybień. Z całokształtu okoliczności wynika, że Zamawiający zaniechał rzetelnego badania i oceny oferty Odwołującego, co doprowadziło do uznania, iż

zaoferowana cena jest rażąco niska, gdy umożliwia ona w pełni prawidłową realizację zamówienia. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego - pomimo że oferta nie zawierała ceny rażąco niskiej, Odwołujący złożył wyjaśnienia w sprawie, a jego oferta była najkorzystniejsza - jednocześnie uzasadnił swoją decyzję nieprzedstawieniem dokumentu, który nie był przez Zamawiającego żądany. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, żądając od niego przedstawienia dokumentów, które w świetle treści oferty nie miały związku z wysokością zaoferowanej ceny. Odwołujący stwierdził, że odwołanie jest uzasadnione i wniósł jak w *petitum*.

Załączniki, m.in.: 4) pismo Odwołującego z dnia 5 października 2015 r., 5) wyliczenie cen lotów za godzinę zaoferowanych przez wszystkich wykonawców w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołań na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Przedmiot zamówienia - usługa pn. *wykonywanie lotów kontrolnych/patrolowych według ustalonych tras nad gazociągami przesyłowymi zlokalizowanymi na terenie działania Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., zwanych dalej „oblotami”* - został podzielony na 6 części, odpowiednio według Oddziałów:

- w Rembelszczyźnie nr 1; w Poznaniu nr 2; we Wrocławiu nr 3; w Tarnowie nr 4; w Gdańsku nr 5; w Świerklanach nr 6.

A. Wykonawca Lotnicze Przedsiębiorstwo Usługowe HELISECO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - odwołujący w sprawie sygn. akt KIO 2106/15 - złożył ofertę na 6 części zamówienia. Poza częścią 2, w której oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza wobec odrzucenia oferty tańszej drugiego wykonawcy, w pozostałych częściach zamówienia, oferta odwołującego została sklasyfikowana na ostatnich pozycjach:

część 1 - na 4 pozycji, oferta najkorzystniejsza Salt Aviation Sp. z o.o.

część 3 - na 3 pozycji, oferta najkorzystniejsza AIRCOM Sp. z o.o.

część 4 - na 3 pozycji, oferta najkorzystniejsza AIRCOM Sp. z o.o.

część 5 - na 3 pozycji, oferta najkorzystniejsza Salt Aviation Sp. z o.o.

część 6 - na 2 pozycji, oferta najkorzystniejsza AIRCOM Sp. z o.o.

Odwołujący zakwestionował badanie i ocenę ofert sklasyfikowanych na pozycjach korzystniejszych niż jego oferta w częściach 1, 3, 4, 5, 6 zamówienia oraz wybór ofert najkorzystniejszych w tych częściach, wskazując błędnie ofertę wykonawcy LIMA Sp. z o.o. w częściach 1, 5 zamówienia jako najkorzystniejszą, zamiast oferty wykonawcy Salt Aviation

Sp. z o.o., uzasadniając to na rozprawie omyłką, fakt ten nie miał wpływu na rozpoznanie odwołania i jego ocenę.

Izba uznała, że odwołujący spełnia przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Pzp, posiada legitymację czynną do wniesienia odwołania, w przypadku wykazania zasadności zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, mógłby być potencjalnym wykonawcą uzyskującym zamówienie.

Wykonawcy: AIRCOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Salt Aviation Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim, zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wobec spełnienia ustawowych przesłanek skutecznego przystąpienia, stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

B. Wykonawca A. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. S. „Lars” z siedzibą w Niepruszewie - odwołujący w sprawie sygn. akt KIO 2234/15 - złożył ofertę na 2 część zamówienia. Oferta odwołującego, jedna z dwóch ofert złożonych w tej części zamówienia z niższą ceną, została odrzucona.

Izba uznała, że odwołujący spełnia przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Pzp, posiada legitymację czynną do wniesienia odwołania, w przypadku wykazania zasadności zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, mógłby być potencjalnym wykonawcą uzyskującym zamówienie.

Wykonawca Lotnicze Przedsiębiorstwo Usługowe HELISECO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wobec spełnienia ustawowych przesłanek skutecznego przystąpienia, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Zamawiający i uczestnicy postępowania odwoławczego wnieśli o oddalenie odwołań.

Po rozpoznaniu odwołań w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniach (art. 192 ust. 7 Pzp - *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*) oraz mając na uwadze obowiązek rozstrzygnięcia o żądaniach odwołującego (§ 34 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań - *orzeczenie zawiera w przypadku wyroku rozstrzygnięcia o żądaniach odwołującego*), Izba uznała, że odwołania podlegają oddaleniu.

A. Sygn. akt KIO 2196/15

W zakresie wymaganym dla rozstrzygnięcia odwołania, Izba ustaliła.

W rozdziale IX. SIWZ - „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, zamawiający wskazał, że „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: (...)

2. *Spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 1) - pkt 4) Ustawy (dotyczy wszystkich Części).*
3. *Posiadają uprawnienia potwierdzone aktualnym certyfikatem na usługi lotnicze wykonywane śmigłowcami AWC wydanym lub uznanym (w przypadku podmiotów zagranicznych) przez Urząd Lotnictwa Cywilnego RP uprawniającym do wykonywania lotów - zgodnie z przepisami ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. Prawo lotnicze (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 1393 ze zm.), zwana dalej „ustawą Prawo lotnicze” (w szczególności Dział VII, Rozdział 2 - certyfikacja) oraz zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 marca 2013 r. w sprawie certyfikacji działalności w lotnictwie cywilnym (Dz. U. poz. 421), zwanym dalej „Rozporządzeniem w sprawie certyfikacji działalności w lotnictwie cywilnym”, w zakresie szczegółowych zasad, trybu dokonywania i zakresu oraz kryteriów oceny, czy dany podmiot spełnia wymagania niezbędne w procesie certyfikacji (dotyczy wszystkich Części).*
4. *Dysponują lub będą dysponować, w celu wykonania zamówienia, co najmniej jednym śmigłowcem posiadającym Świadectwo zdatności w zakresie hałasu (noise certificate), zgodnie z Załącznikiem 16 do Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym Ochrona Środowiska, opublikowanym w Załączniku do Obwieszczenia nr 21 przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego z dnia 23 listopada 2012 r. (dotyczy wszystkich Części, tj. Wykonawca musi wykazać, że dysponuje lub będzie dysponował przynajmniej jednym (innym) śmigłowcem na każdą Część na którą zamierza złożyć ofertę).*
5. *Dysponują lub będą dysponować osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, tj. co najmniej jedną osobą - pilotem śmigłowca, który posiada ważne badania lotniczo-lekarskie oraz ważną licencję pilota zawodowego śmigłowca wydaną zgodnie z PART FCL (Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1178/2011 z dnia 3 listopada 2011 r. ustanawiające wymagania techniczne i procedury administracyjne odnoszące się do załóg w lotnictwie cywilnym zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 216/2008) oraz posiada potwierdzenie (w książce pilota) nalotu życiowego w ilości minimum 500 godzin na śmigłowcu (dotyczy wszystkich Części, tj. Wykonawca musi wykazać, że dysponuje lub będzie dysponował przynajmniej jedną (inną) osobą, o której mowa powyżej, na każdą Część, na którą zamierza złożyć ofertę).”*

W rozdziale X. „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” zamawiający wskazał: „1. W celu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca musi

przedstawić (dotyczy wszystkich Części): (...)

- 11) Oświadczenie Wykonawcy, że posiada aktualny certyfikat na usługi lotnicze wykonywane śmigłowcami AWC wydany lub uznany (w przypadku podmiotów zagranicznych) przez Urząd Lotnictwa Cywilnego RP uprawniający do wykonywania lotów - zgodnie z przepisami ustawy Prawo lotnicze (w szczególności Dział VII, Rozdział 2 - certyfikacja) oraz zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie certyfikacji działalności w lotnictwie cywilnym, w zakresie szczegółowych zasad, trybu dokonywania i zakresu oraz kryteriów oceny, czy dany podmiot spełnia wymagania niezbędne w procesie certyfikacji (zgodnie z treścią Załącznika nr 4 do SIWZ).*
- 12) Wykaz urządzeń technicznych, którymi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca, wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami, zgodnie z warunkiem określonym w Rozdziale IX ust. 4 SIWZ (zgodnie z treścią Załącznika nr 5 do SIWZ).*
- 13) Wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu Zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia, zgodnie z warunkiem określonym w Rozdziale IX ust. 5 SIWZ wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami i oświadczeniem, że osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu Zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień (zgodnie z treścią Załącznika nr 6 do SIWZ)."*

W rozdziale XIX „Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego” zamawiający zamieścił opis: (...)

„5. Przed podpisaniem umowy Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia Zamawiającemu następujących dokumentów:

- 1) ważnego certyfikatu (wraz z załącznikami) na usługi lotnicze wykonywane śmigłowcami AWC wydanego lub uznanego (w przypadku podmiotów zagranicznych) przez Urząd Lotnictwa Cywilnego RP uprawniającego do wykonywania lotów - zgodnie z przepisami ustawy Prawo lotnicze (w szczególności Dział VII, Rozdział 2 - certyfikacja) oraz zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie certyfikacji działalności w lotnictwie cywilnym, w zakresie szczegółowych zasad, trybu dokonywania i zakresu oraz kryteriów oceny, czy dany podmiot spełnia wymagania niezbędne w procesie certyfikacji oraz zgodnie z warunkami określonym w Rozdziale IX ust. 4 SIWZ,*
- 2) wykazu pilotów, którymi dysponuje Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu Zamówienia wraz z kopią ich licencji, która to licencja powinna być ważna i uprawniająca do wykonania Zamówienia, zgodnie z warunkami określonym w Rozdziale IX ust. 5 SIWZ."*

W załączniku nr 1 do SIWZ (załącznik nr 1 do umowy), w rozdziale II pt. „Sposób

realizacji Zamówienia”, w pkt 1.5 zamawiający opisał, że śmigłowiec, przy użyciu którego będą wykonywane loty, umożliwi na podstawie „Instrukcji użytkowania w locie” wykonywanie w sposób bezpieczny operacji lotniczych zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 6. W pkt 6.1 zamawiający opisał, że „średnia prędkość lotu do obserwowania infrastruktury gazowej powinna wynosić 50 km/h względem ziemi”. Natomiast w pkt 2 wskazał, że „Wykonawca wykona usługę oblotu w sposób i na takiej wysokości, która umożliwi obserwatorowi:” - opisane w ppkt 2.1 - 2.7 oczekiwane efekty oblotu, tj. ocenę, sprawdzenie, inspekcję, określenie - stanu gazociągu, miejsc ewentualnych nieszczelności, oznakowania trasy gazociągu (...).

Izba zważyła.

1. Zarzuty odwołania, niepodlegające konwalidacji w toku postępowania odwoławczego i wyznaczające granice tego postępowania, wskazujące te same:

- okoliczności faktyczne w zakresie zaskarżonych części zamówienia, a mianowicie w załącznikach nr 5 do SIWZ załączonych do ofert wykonawców, przedstawione w wykazach urządzeń technicznych śmigłowce:

1) Robinson R 44 (SP GWS); Robinson R 44 (SP SVV); Robinson R 44 (SP SVW) - oferta Salt Aviation Sp. z o.o.;

2) Schweizer 269D (SP SSI); Schweizer 269D (SP SSK); Schweizer 269D (SP SSL) - oferta AIRCOM Sp. z o.o.;

3) Bell Helicopter Bell 206 B-3 (SP-FYN); Mc Donnell Douglas Helicopter H 500 Hughes 369 E (SP-SOO) - oferta LIMA Sp. z o.o.;

4) Robinson R 44 (SP-GST) - oferta AEROKLUB ZIEMI LUBUSKIEJ

- są niezgodne z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz

- podstawę prawną: art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (dotyczący merytorycznej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ)

- są bezpodstawne.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

W orzecznictwie Izby i sądów powszechnych, ukształtował się pogląd, że zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jedynie w sytuacji, gdy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma charakter merytoryczny oraz niemożliwy do usunięcia. O niezgodności o charakterze merytorycznym można mówić w sytuacji, gdy zaoferowane przez wykonawcę świadczenie nie odpowiada opisanym

w specyfikacji wymaganiom zamawiającego w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma charakter nieusuwalny w sytuacji, gdy nie można dokonać jej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (z uzasadnienia wyroku Izby z dnia z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11).

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązuje do ustalenia, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma „(...) charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu bądź jakości zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ. Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego). Elementem sporządzanej i przedstawianej przez wykonawcę oferty są w tym kontekście również tzw. dokumenty przedmiotowe potwierdzające zgodność oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Konsekwentnie ich nieprzedstawienie albo przedstawienie dokumentów nieprawidłowych spowoduje niezgodność treści oferty z SIWZ. Częścią oferty w powyższym rozumieniu nie są natomiast tzw. dokumenty podmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1, a potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Dokumenty tego typu odnoszą się do podmiotowych cech wykonawcy, badanych na potrzeby jego dopuszczenia do ubiegania się o udzielenie zamówienia i możliwości przyjęcia jego oferty. Dokumenty te nie są więc częścią oświadczenia woli wykonawcy zmierzającym do zaciągnięcia zobowiązania w określonym kształcie i zakresie (oferty) - przeważnie nie są elementem oświadczenia to opisującym czy dookreślającym (przypadki szczególne i wyjątki zależą od

brzmienia dokumentów przetargowych, które np. mogą nakładać na wykonawcę zobowiązanie do wykorzystania w trakcie realizacji zamówienia określonego potencjału podmiotowego, który wykazywał w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu)” - z uzasadnienia wyroku Izby z dnia 2 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 103/15.

Przepisy art. 41 pkt 7 Pzp dotyczącego treści ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp dotyczącego treści SIWZ, zobowiązują zamawiającego do opisanie w tych dokumentach *warunków udziału w postępowaniu, sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków* oraz dodatkowo w SIWZ *zamieszczenia wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.*

W art. 25 ust. 1 Pzp ustawodawca wskazał, że *zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do prowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.*

Ustawowe warunki udziału w postępowaniu (tzw. warunki podmiotowe pozytywne - ich spełnienie powoduje zakwalifikowanie wykonawcy do udziału w postępowaniu) zostały określone w art. 22 ust. 1 Pzp.

Odpowiednio do powyższych regulacji, zamawiający zamieścił w SIWZ w rozdziale IX opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełniania tych warunków, wskazując w ust. 2, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 Pzp (dotyczy wszystkich części zamówienia).

Przepis art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, *którzy spełniają warunki, dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.*

W ust. 4 rozdziału zamawiający opisał wymagania dotyczące potencjału technicznego (dysponowanie co najmniej jednym śmigłowcem na każdą część zamówienia, na które wykonawca złożył ofertę).

W wykazie oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamieszczonym w rozdziale X SIWZ, zamawiający wskazał w ust. 1 pkt 12 - wykaz urządzeń technicznych, zgodnie z rozdziałem IX ust. 4 SIWZ (dysponowanie śmigłowcem dla każdej części zamówienia), który miał być przedstawiony w załączniku nr 5 do SIWZ złożonym wraz z ofertą.

Wszyscy wykonawcy uczestniczący w postępowaniu przedstawili śmigłowce w załączniku nr 5 do SIWZ, który jest jednocześnie załącznikiem do oferty, nietworzącym jednak treści oferty w ścisłym rozumieniu tego pojęcia - zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia, lecz stanowiącym dokumentację ofertową (dokument składany wraz z ofertą i stanowiący podstawę do zakwalifikowania wykonawcy do udziału w postępowaniu, a więc etapu badania i oceny złożonej oferty).

Przepis art. 26 ust. 3 Pzp stanowi, że *„Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.”*

Czynność zamawiającego polegająca na wezwaniu wykonawcy jest działaniem obligatoryjnym, od którego zamawiający może odstąpić jedynie w dwóch powołanych w art. 26 ust. 3 Pzp okolicznościach.

Opis żądania dysponowania śmigłowcami, któremu zamawiający nadał charakter wymagania podmiotowego, powoduje, że w przypadku gdy przedstawiony w wykazie urządzeń technicznych potencjał techniczny w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp i odpowiednio SIWZ, nie potwierdza spełniania warunku podmiotowego, zamawiający zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury opisanej w art. 26 ust. 3 Pzp. Wykazy urządzeń nie wykazujących spełniania warunków udziału w postępowaniu, oceniane są w rozumieniu art. 26 ust. 3 Pzp jako oświadczenia i dokumenty zawierające błędy, zobowiązujące zamawiającego do wezwania wykonawcy, o jakim mowa w tym przepisie. Ta sama procedura dotyczy potwierdzania spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (wskazany przepis art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp).

Zatem, w przypadku nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, po wykorzystaniu procedury określonej w art. 26 ust. 3 Pzp i w uzasadnionych przypadkach również w ust. 4 tego przepisu, zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp) oraz uznania oferty za odrzuconą (ust. 4 tego

przepisu). Dalsze skutki wykluczenia wykonawcy z postępowania zostały przewidziane w art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp (*odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu*).

W okolicznościach sprawy, nawet w przypadku wykazania, że śmigłowce przedstawione w wykazach urządzeń technicznych załączonych do kwestionowanych ofert, nie potwierdzały spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym zgodnym z opisem zamieszczonym w rozdziale IX ust. 2 i 4 SIWZ, nie miały zastosowania przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazany w odwołaniu jako podstawa prawna zarzutów - zaniechania odrzucenia ofert wykonawców, gdyż dysponowanie śmigłowcami stanowiło warunek podmiotowy udziału wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zostało przesądzone w SIWZ. Zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jak wskazuje przepis, jest badany i oceniany na podstawie treści oferty i treści SIWZ (ze szczególnym znaczeniem wyrazu „treści”), a więc stanowi przedmiotowy element postępowania.

2. W załączniku nr 1 do SIWZ - OPZ w rozdziale II zamawiający opisał sposób realizacji zamówienia, wskazując sposób wykonywania lotów: loty będą wykonywane przy użyciu śmigłowca, który umożliwi na podstawie „*Instrukcji użytkowania w locie*” bezpieczny sposób operacji lotniczych zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 6, tj. m.in. parametry lotu uwzględniają średnią prędkość lotu do obserwowania infrastruktury gazowej 50 km/h względem ziemi. W pkt 2 rozdziału II zamawiający opisał oczekiwania co do oblotu, wskazując, że ma to być sposób i taka wysokość, która umożliwi obserwatorowi ocenę, której zakres został opisany w ppkt 2.1-2.7.

Zatem, Zamawiający opisał sposób wykorzystania potencjału technicznego wykonawcy - obok tego, że służy on wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu - również do wykonania przedmiotu zamówienia.

Z opisu sposobu realizacji zamówienia zamieszczonego w załączniku nr 1 do SIWZ oraz wyjaśnień zamawiającego i uczestników postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie wynika, że zamawiający nie określił w tym postępowaniu żadnego pułapu wysokości lotu, w przeciwieństwie do poprzednio prowadzonych postępowań. Uczynił to w celu uelastycznienia procedury oblotowej i postawił wymóg, aby oblot umożliwił wykonanie oczekiwanych czynności obserwacyjnych. Uznając kwestię bezpieczeństwa oblotów za istotną, wskazał w OPZ na Instrukcję oblotów - wymóg oblotu zgodnie z postanowieniami „*Instrukcji użytkowania w locie*” (bezpieczny sposób operacji lotniczych), a jedynym parametrem, jakiego wymagał, to była średnia prędkość lotu do obserwowania infrastruktury gazowej 50 km/h względem ziemi. W opisie zamieszczonym w dalszych podpunktach punktu 6 - ppkt 6.2 Zamawiający wskazał: prędkość lotu niezwiązaną z funkcją obserwacji

infrastruktury gazowej jako dowolną.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego poparte spójnymi wyjaśnieniami uczestników postępowania odwoławczego (pilotów z doświadczeniem w świadczeniu tego typu usług), z którego wynika, że aby uzyskać średnią prędkość lotu 50 km/h, rzeczywista prędkość przelotowa jest różna, sięga nawet 110 km/h. Prędkości wskazane przez odwołującego są to prędkości rzeczywiste (przrządowe), nie odnoszą się do średniej prędkości lotu. Zasluguje również na uwagę fakt, że na całym świecie do tego typu oblotów używa się śmigłowców jednosilnikowych, co stoi na przeszkodzie stawianiu tezy, że tylko śmigłowiec dwusilnikowy może wykonać bezpiecznie zamówienie.

Załączone do odwołania załączniki w zakresie wysokości-prędkości lotu, każdy składający się z kilku odrębnych kartek z jednostronicowym tekstem, nie stanowią dowodu przeciwnego, są to fragmenty - według oświadczenia Odwołującego - ogólnie dostępnych instrukcji, a według Zamawiającego i uczestników postępowania opisy nieodnoszące się do zindywidualizowanych parametrów śmigłowców.

Załącznik nr 6 - jednokartkowy wydruk przedstawia diagram w języku angielskim, wykres *wysokość-prędkość*, z odręcznie dopisaną nazwą „BELL 206”. Druga kartka przedstawia tłumaczenie własne podstawowych opisów. Jeden z zamieszczonych opisów brzmi: *unikaj wykonywania operacji w zaciemnionych obszarach*.

Załącznik nr 7 - sześciokartkowy plik (3 kartki w języku angielskim, dalsze trzy to tłumaczenie na język polski), z czego pierwsza kartka tytułowa przedstawia fotografię 333M HELICOPTER. Z opisu wynika, że wydruk dotyczy typu śmigłowca Schweizer model 269 konfiguracja "M" (333M). Następna kartka to spis treści, dalsza kartka przedstawia diagram, z przetłumaczonego tekstu wynika, że przedstawia on wykres *wysokość-prędkość* na poziomie morza, dane o osiąгах i tabele przeliczeniowe oraz informację: *unikaj wykonywania operacji w obszarach zakreskowanych*.

Załącznik nr 8, to 3 kartkowy opis, strona 1 wskazuje nazwę R 44 II (Robinson model R 44 II) Podręcznik użytkownika dla pilota, Instrukcja użytkownika w locie śmigłowca RTR 462; strona 2 jest to Rejestr stron zatwierdzonych przez FAA Świadectwo typu Nr H11NM; strona 3 przedstawia rozdział 5 osiągi. Zawiera wykres *wysokość-prędkość* w zademonstrowanych warunkach: gładka twarda powierzchnia, brak wiatru oraz informację: *unikaj użytkowania w obszarach zakreskowanych*.

Załącznik nr 9, to 2 kartki, z których pierwsza przedstawia diagram w języku angielskim, druga tłumaczenie własne, z którego wynika, że jest to Instrukcja użytkownika dla śmigłowca MD 500, diagram przedstawia dane o osiąгах, wykres *wysokość-prędkość* oraz zawiera informację: *unikaj wykonywania operacji w obszarach zakreskowanych*.

Załącznik nr 10, to informacja prasowa o wypadku śmigłowca MD 500.

Załącznik 11 jest to w zasadzie jednostronicowe wyjaśnienie sporządzone przez odwołującego dotyczące wykresów HV zamieszczonych w załączonych fragmentach opisów pochodzących z Instrukcji użytkowania w locie śmigłowców. W opisie odwołujący zwrócił uwagę, że części zakreskowane oznaczają prędkość i wysokość lotu, których według producentów należy unikać. Co do obszarów niezalecanych przyznał na rozprawie, że loty niezalecane w obszarach zakreskowanych nie oznaczają zakazów lotów, a jedynie jest to zalecenie unikania lotów na wypadek awarii silnika.

Załącznik 12 jest to oświadczenie A. B. z dnia 08.10.2015 r. złożone na potrzeby prowadzonego postępowania, z którego wynika wskazanie wysokości lotu (od 30 do 50 m nad powierzchnią ziemi), nie wymagane do określenia w ofertach w tym postępowaniu,

Załączniki 13, 14, 15 - dotyczą poprzednich postępowań o udzielenie zamówienia.

Załączniki 17 i 18 to wydruki ze strony internetowej Urzędu Lotnictwa Cywilnego z datą ostatniej zmiany wykazu posiadaczy certyfikatów AWC oraz wykaz posiadaczy certyfikatów AWC.

Inne załączniki niewyszczególnione wyżej odnoszące się do treści uzasadnienia odwołania, są to dokumenty pochodzące z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego przedstawione na rozprawie i niepodważone przez Odwołującego, że każdy egzemplarz śmigłowca musi posiadać odrębną instrukcję, która może różnić się od instrukcji ogólnej. Dany egzemplarz śmigłowca może być na tyle zmodyfikowany, że producent wystawia mu inną instrukcję dedykowaną temu egzemplarzowi. Zamawiający nie wymagał przedłożenia wraz z wykazem urządzeń technicznych instrukcji dotyczących śmigłowców przedstawianych w wykazie i w toku badania i oceny ofert nie odwoływał się do instrukcji, gdyż instrukcje nie odzwierciedlają parametrów wskazanych w SIWZ.

Izba podzieliła też stanowisko uczestników postępowania odwoławczego niezakwestionowane przez Odwołującego, że wykresy przedstawione w załącznikach do odwołania, zostały sporządzone przy maksymalnym obciążeniu śmigłowca, tj. z maksymalną ilością ładunku i paliwa. Do lotów patrolowych dowódca statku sam określa ilość paliwa i ładunku handlowego, powodując tym wzrost bezpieczeństwa operacji lotniczej. Oferowane śmigłowce są dopuszczone przez producentów do pracy w zawisie przy pracy z prędkością 0 km/h. Warunki pracy w zawisie zostały dopuszczone przez nadzory państwowe, zatem zasadne jest uznanie, że praca w warunkach zawisu jest pracą bezpieczną, natomiast wykres przedstawiający obszary zakreskowane dotyczy niekorzystnych możliwości śmigłowca w warunkach awarii silnika, co też zostało przyznane przez Odwołującego w końcowej części rozprawy.

Konkluzja - niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, to wynik porównania treści obu dokumentów w zakresie wymagania Zamawiającego i zobowiązania wykonawcy. Każdy śmigłowiec - określony przez wskazanie typu, modelu i numeru rejestracyjnego - posiada indywidualną „Instrukcję użytkowania w locie”, która jest dokumentem uzyskanym w wyniku określonej procedury. Załączniki do odwołania, to fragmentaryczne standardowe opracowania wskazujące nie we wszystkich przypadkach tylko typ, ewentualnie model śmigłowca, złożone nie w pełni zgodnie z wymaganiami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Wymóg przedstawiony w SIWZ, to średnia prędkość lotu wyłącznie w czasie obserwowania infrastruktury gazowej, bez wymagania wskazania wysokości. Zatem, przy badaniu zgodności treści oferty z treścią SIWZ, brak jest podstaw do stosowania innych kryteriów ocennych.

Na podstawie powyższego, nie można uznać niezgodności sposobu wykonania zamówienia przy użyciu oferowanego przez wykonawców potencjału technicznego, z opisem Zamawiającego zamieszczonym w załączniku nr 1 do SIWZ, co skutkuje brakiem podstaw do stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp).

3. Zarzut nie posiadania certyfikatu AWC przez AIRCOM Sp. z o.o. mimo złożenia pozytywnego oświadczenia - żądanie wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Zarzut nieuzasadniony, konstruowany na podstawie informacji wynikającej z wydruku ze strony internetowej Urzędu Lotnictwa Cywilnego - wykazu posiadaczy certyfikatów AWC.

Na etapie składania ofert było wymagane wyłącznie złożenie oświadczenia przez wykonawcę o posiadaniu aktualnego certyfikatu na usługi lotnicze wykonywane śmigłowcami AWC. Dostarczenie certyfikatu było wymagane przed podpisaniem umowy. Wykonawca złożył oświadczenie o posiadaniu certyfikatu na wykonywanie usługi śmigłowcem AIRBUS HELICOPTER AS355 (SP-SSN). Na rozprawie wykonawca AIRCOM Sp. z o.o. przedłożył dowody potwierdzające posiadanie certyfikatu: Specyfikacje operacyjne - załącznik 1, nr AWC 248/14, data wydania 08.05.2014 r., data ważności 23.01.2016 r., typ statku powietrznego AS55. W wydruku ze strony internetowej Międzynarodowej Organizacji Lotnictwa Cywilnego w wykazie urządzeń technicznych wskazano model śmigłowca AS-355, typ AS 55, wykonawca załączył świadectwo rejestracji SP-SSN. Wykonawca potwierdził przy akceptacji Zamawiającego, że dokument jest potwierdzeniem oświadczenia złożonego wraz z ofertą, wykazującego spełnianie warunku udziału w postępowaniu

Odwołujący nie zakwestionował przedłożonego dowodu oświadczając, że za podstawę zarzutu przyjął informację ogólnie dostępną.

Zatem, zarzut złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie został potwierdzony.

Reasumując, brak jest podstaw do nakazania Zamawiającemu odrzucenia ofert wykonawców wskazanych w odwołaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz wykluczenia wykonawcy AIRCOM Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp ze skutkami odrzucenia oferty - ust. 4 wskazanego przepisu oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

B. Sygn. akt KIO 2234/15

W części nr 2 zamówienia zostały złożone 2 oferty: Odwołującego i Przystępującego. Ceny ofert kształtują się następująco: Odwołującego - 1 222 381,38 zł; Przystępującego - 1 557 181,00 zł; kwota zamierzona, przeznaczona przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia - 1 746 600 zł.

Wskazane kwoty to wielkości niesporne, niekwestionowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w postępowaniu odwoławczym.

Stosunek procentowy ceny oferty Odwołującego do wartości zamówienia (kwoty wskazanej przez Zamawiającego, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - przyjmowanej w orzecznictwie, jako takiej, która stanowi podstawę oceny cen ofert w świetle przepisu art. 90 ust. 1 Pzp) oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w tej części zamówienia przedstawia się następująco: cena oferty Odwołującego to 69,98% kwoty Zamawiającego (wartości zamówienia) oraz 87,95% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w części nr 2 zamówienia.

Cena oferty Odwołującego jest niższa od wartości zamówienia o więcej niż 30%.

Zamawiający zwrócił się do Odwołującego pismem z dnia 21.09.2015 r. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy „(...) o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty za wykonanie przedmiotowego zamówienia, tj. 1.222.381,38 złotych (brutto). W tym miejscu Zamawiający wskazuje, iż wartość zamówienia dla tej części została wyliczona na kwotę 1.746.600,00 złotych (brutto). Wykonawca, tj. Pan A. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. S. „Lars”, zaoferował wykonanie zamówienia za cenę, która jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia. W związku z tym, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających

wpływ na wysokość ceny w szczególności w zakresie: 1) kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314), z wyszczególnieniem kosztów pracy dla poszczególnych osób biorących udział w projekcie wraz ze wskazaniem ilości godzin zaangażowania tych osób w projekcie, 2) kosztów usług, które zostaną zlecone podwykonawcom, 3) pozostałych kosztów, w tym m.in.: opłat administracyjnych itp., 4) wysokości zysku, 5) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy, oryginalności projektu Wykonawcy, 4) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Ww. wyjaśnienie należy dostarczyć w terminie do dnia 25 września 2015 r. do godziny 10.00."

Odwołujący złożył w terminie (24 września 2015 r.) następujące wyjaśnienia: „1. Koszty pracy, których wartość została przyjęta do ustalenia ceny nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dn. 10 października 2002 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Wynagrodzenie stanowi tajemnicę firmy. 2. Firma „LARS” A. S. nie korzysta z usług podwykonawców. 3. Koszty administracyjne nie mają wpływu m wysokość ceny wykonania zamówienia. 4. Wysokość zysku stanowi tajemnicę handlową firmy. 5. Podana cena związana jest z dogodnym usytuowaniem firmy „LARS” w stosunku do obszaru patrolowania oraz możliwie najniższymi kosztami związanymi z Obsługą Techniczną i Zarządzaniem Ciągłą Zdatnością do Lotu wynikającymi z posiadania własnej certyfikowanej stacji obsługowej oraz personelu technicznego. 6. Nie dotyczy.” Do pisma Odwołujący nie załączył dowodów.

W dniu 5 października 2015 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu pismo, utrzymując w postępowaniu odwoławczym, że dobrowolnie uzupełnił dokumentację wyjaśniającą, której nie uwzględnienie przy wyborze oferty spowodowało naruszenie przepisów Pzp. Pismo z 5 października 2015 r. zostało wniesione po upływie terminu na udzielenie wyjaśnień. Treść pisma: „Szanowni Państwo, Nie otrzymaliśmy jakiegokolwiek odpowiedzi z Państwa Strony w zakresie wyżej wymienionej sprawy od 24 września 2015 r., w tym nie ustosunkowaliście się Państwo do pytania, które padło w dniu 24 września w korespondencji elektronicznej: czy przedstawione formalne wyjaśnienie jest dla Państwa satysfakcjonujące? Mając na uwadze powyższe, naszą wieloletnią współpracę oraz wykładnię przepisu art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) prezentowaną przez Urząd Zamówień Publicznych: „Zamawiający może żądać, jeżeli zaistnieje taka potrzeba, doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie

przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień”¹ chcemy wyjść naprzeciw tej wykładni i pomóc Państwu w sprawnym rozstrzygnięciu omawianej kwestii. Nasze działanie podyktowane jest przeciągającym się „postępowaniem ws. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny” oraz chęcią jak najpilniejszego jego zamknięcia z pozytywnym dla nas skutkiem. Chcemy możliwie jak najszybciej przejść do właściwego przedmiotu postępowania przetargowego, czyli rzetelnego rozplanowania wykonywania lotów patrolowych. Ze względu na wspomnianą wieloletnią współpracę pomiędzy Państwa spółką, a naszą firmą w zakresie oblotu gazociągów oraz publiczne rejestry publikowane na stronie Urzędu Lotnictwa Cywilnego w zakresie Certyfikowanych Stacji Obsługowych², Organizacji Zarządzania Ciągłą Zdatością do Lotu³ oraz Certyfikowanych Organizacji Świadczących Usługi Lotnicze (Aerial Works Certificate)⁴ przypominam jedynie, że figurujemy tam od wielu lat jako certyfikowany ośrodek obsługowy, organizacja zarządzania ciągłą zdatością do lotu oraz organizacja świadcząca usługi lotnicze. Są to dane publiczne i jawne, zatem biorąc pod uwagę, zakres przedmiotowy postępowania przetargowego powinny być Państwu znane (kopie certyfikatów w załącznikach. Załączam również kopię Umowy o Pracę Pana S. B., który również jest znany przedstawicielom Państwa spółki jako nasi wieloletni pracownik-pilot odpowiedzialny za obloty gazociągów. Jego kwalifikacje były wielokrotnie potwierdzone w ramach innych wygranych przez nas postępowań przetargowych organizowanych przez Państwa spółkę w zakresie oblotów gazociągów przesyłowych. W ww. oblotach zaangażowanie pilota nie przekroczy 25 godzin miesięcznie z przygotowaniem lotów włącznie. Ze względu na fakt świadczenia wielu usług i ich zagregowania w ramach kilku naszych organizacji koszty administracyjne nie mają wpływu na kwotę w ofercie (efekt skali). Nie korzystamy również z pomocy publicznej, a wysokość zysku stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, możemy jednak zapewnić, że wykonanie usługi zapewnia firmie satysfakcjonujący zysk. Wreszcie, pragniemy ponownie wskazać, że zdecydowaliśmy się Państwu złożyć atrakcyjną ofertę cenową w przetargu jedynie w zakresie sektora 2 (obejmującego głównie woj. Wielkopolskie i Zachodniopomorskie) ze względu na dogodnie usytuowanie naszej bazy śmigłowej oraz stacji obsługowej w Kobylnicy k. Poznania. Nasza lokalizacja gwarantuje nam znacznie krótsze czasy dolotów do wskazanych gazociągów w stosunku do ewentualnych kontr oferentów. Chcemy ponownie z całą mocą podkreślić, że ze względu na bliskość geograficzną sektora z omawianego postępowania przetargowego oraz posiadanie i utrzymywanie przez nas Stacji Obsługowej, Organizacji Zarządzania Ciągłą Zdatością do Lotu oraz Organizacji Świadczącej Usługi Lotnicze, które wykorzystujemy jako działalność zarobkową świadcząc usługi także innym podmiotom, obloty gazociągów we wskazanym rejonie oraz postępowaniu przetargowym mają dla nas pełne uzasadnienie ekonomiczne i stanowią ważne źródło dochodów. Ponadto chcemy

zaznaczyć, że posiadamy dwa w pełni operacyjne śmigłowce, które stanowią naszą własność i nie są obciążone prawami osób trzecich, w szczególności kredytami, leasingami itp. Mając na uwadze powyższe argumenty oraz fakt, że nasza oferta okazała się najkorzystniejsza w omawianym postępowaniu przetargowym liczymy na rychłe zamknięcie postępowania o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz sprawną informację o wybraniu naszej firmy w celu wykonania zadań polegających na patrolowaniu gazociągów z powietrza przy użyciu śmigłowca, Tylko wtedy będziemy mogli rzetelnie podejść do powierzanych nam zadań, tak jak wielokrotnie robiliśmy to dla Państwa w przeszłości.

Załączniki: 1. Umowa o Pracę S. B. - pilota; 2. Kopia Certyfikatu Organizacji Obsługowej Part-145; 3. Kopia Certyfikatu Organizacji Zarządzania Ciągłą Zdadnością do Lotu Part-M; 4. Kopia Certyfikatu Organizacji Świadczącej Usługi Lotnicze.”

Odwołujący podał w piśmie 4 adresy internetowe, pod którymi Zamawiający mógł odnaleźć dokumenty wskazane w piśmie 1-4 indeks górny.

Z załączonej umowy o pracę wynika wyłącznie zatrudnienie pilota na czas określony od 01.03.2014 r. do 30.09.2016 r., w wymiarze 8 godzin na dobę i 40 godzin tygodniowo, wynagrodzenia nie przedstawiono.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego (pismo z 9 października 2015 r. „Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 2”, zawiadomienie o odrzuceniu oferty Wykonawcy): podając podstawę prawną i uzasadnienie: „Zamawiający zawiadamia, iż odrzuca ofertę Wykonawcy, tj. Lars z siedzibą w Niepruszewie (87-400) przy ul. Świerkowej 14, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4). Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Jednocześnie, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. W tym miejscu Zamawiający wskazuje, iż szacunkowa wartość zamówienia dla

części nr 2 wynosi 1.746.600,00 złotych brutto, zaś kwota niższa o 30% od szacunkowej wartości zamówienia to kwota poniżej 1.222.620,00 złotych brutto. Wykonawca, tj. Lars zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 1.222.381,38 złotych brutto. Mając na uwadze powyższe, Wykonawca, tj. Lars, zaoferował wykonanie zamówienia za cenę, która jest niższa o 30% od szacunkowej wartości zamówienia i tym samym zmaterializował się obowiązek nałożony przez ustawodawcę na Zamawiającego, polegający na wezwaniu do wyjaśnienia no podstawie art. 90 ust. 1 ustawy.

Pismem z dnia 21 września 2015 r., Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy, tj. Lars o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w szczególności w zakresie: 1) kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314), z wyszczególnieniem kosztów pracy dla poszczególnych osób biorących udział w projekcie wraz ze wskazaniem ilości godzin zaangażowania tych osób w projekcie, 2) kosztów usług, które zostaną zlecone podwykonawcom, 3) pozostałych kosztów, w tym m.in.: koszty materiałów, opłat itp., 4) wysokości zysku, 5) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy, oryginalności projektu Wykonawcy, 6) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Ww. wyjaśnienia należało przedłożyć do dnia 25 września 2015 r. Do upływu wyznaczonego przez Zamawiającego ww. terminu, Wykonawca, tj. Lars przekazał jedynie pismo, w treści którego znalazło się lakoniczne wyjaśnienie. Wykonawca, tj. Lars w swoich wyjaśnieniach wskazał, iż koszty pracy, których wartość przyjęto do ustalenia ceny, nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, jednakże nie przedstawił Zamawiającemu szczegółów w tym zakresie zastaniając się tajemnicą firmy. Ponadto, Wykonawca wskazał, iż nie będzie korzystał z usług podwykonawców przy realizacji zadania a koszty administracyjne nie wpływają na wysokość ceny oferty. W treści pisma Wykonawca, tj. Lars nie wskazał wysokości zysku a jedynie zastrzegł tę informację, jako tajemnica handlowa firmy. Zamawiający stwierdza, iż na potwierdzenie powyższego stanowiska Wykonawca, tj. Lars nie załączył dodatkowych dokumentów, w tym np. wycień rozbicia na pozycje poszczególnych elementów mających wpływ na cenę oferty. W tym miejscu Zamawiający nadmienia, że przekazane ww. wyjaśnienia Wykonawca, tj. Lars nie mogą zostać zaakceptowane, jako zbyt lakoniczne, nieodnoszące się w żaden sposób do zakresu sformułowanego przez Zamawiającego w wezwaniu na podstawie art. 90 ust. 1

ustawy. Mając na uwadze fakt, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, Zamawiający uznał, że Wykonawca, tj. Lars nie złożył wyjaśnień. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto, zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze powyższe, w związku z nieprzedłożeniem wyjaśnień/dokumentów w odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust. 1 ustawy, Zamawiający uznał, że oferta złożona przez Wykonawcę, tj. Lars podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy.”

Dokonując oceny zaskarżonych czynności Zamawiającego, Izba zważyła.

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

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.”

Z orzecznictwa Izby (m.in. wyrok z dnia 23 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1143/15) oraz opinii pt. „Rażąco niska cena w świetle obowiązujących od dnia 19 października 2014 r. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych” - strona www.uzp.gov.pl), przedstawiających interpretację przepisów związanych z oceną ceny oferty w kontekście ceny rażąco niskiej - wynika, że: obowiązek wszczynania procedury na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp występuje w każdym przypadku, gdy zamawiający ustalili, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. Próg 30% stanowi jedynie przykładowy,

ale jednocześnie maksymalny limit wartości, który może być odpowiednio obniżony przez zamawiającego, w zależności od okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia. Również w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 10% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem, zamawiający ma prawo powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Zaistnienie wątpliwości po stronie zamawiającego stanowi podstawową okoliczność uruchamiającą procedurę żądania wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Bez względu na brak zaistnienia okoliczności wymienionych przykładowo w art. 90 ust. 1 Pzp, w razie wystąpienia wątpliwości odnośnie wartości zaoferowanej przez wykonawcę ceny, zamawiający jest zawsze uprawniony wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje przykładowe czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny, przy czym katalog czynników ma charakter otwarty. Jako czynniki mające wpływ na obniżenie ceny oferty, wymienione są w szczególności: oszczędności metody wykonania zamówienia i wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) oraz pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów (art. 90 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Tym samym, zamawiający uprawniony jest również do żądania takich wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej, które wykraczają poza czynniki mające wpływ na cenę oferty wymienione literalnie w treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co po stronie wykonawcy skutkuje zawsze obowiązkiem złożenia informacji, pod rygorem odrzucenia jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje wykonawcę, jako podmiot, który jest zobowiązany do udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (*obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy*). Na wykonawcy ciąży obowiązek wskazania, jakie elementy mają wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak by wynikało udowodnienie, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 16 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1375/15 i KIO 1391/15 Izba wskazała, że powyższe (wykazanie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny) wykonawca powinien uczynić w ramach wyjaśnień, do których zgodnie z art. 90 ust. 1 musi

go wezwać zamawiający przed przesądzeniem charakteru ceny oferowanej. „Instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 90 Pzp, została przewidziana właśnie po to, aby wykonawca podał zamawiającemu stosowne informacje na temat własnych kalkulacji, cech i uwarunkowań... etc., dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia, a zamawiający mógł te informacje ocenić i na ich podstawie podjąć decyzję, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Wiadomości na temat kalkulacji cenowej wykonawcy oraz indywidualnych, dostępnych wykonawcy okoliczności, które taką kalkulację umożliwiają, zamawiający zazwyczaj nie może uzyskać i ustalić na podstawie innego źródła niż sam wykonawca i przede wszystkim informacje te powinien uzyskać w stosownym czasie - co pozwoli mu na dokonanie prawidłowej czynności przyjęcia bądź odrzucenia oferty - a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Tym samym, co do zasady, wykonawca już w ramach swoich wyjaśnień składanych zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie, powinien podać dostępne mu indywidualnie okoliczności i powody, które umożliwiły skalkulowanie tak niskiej ceny. Izba natomiast może ocenić i stwierdzić w takim przypadku jedynie czy wyjaśnienia w tym przedmiocie były wystarczające, a ich ocena dokonana przez zamawiającego prawidłowa. Przynajmniej na takim założeniu opiera się dominujące w orzecznictwie sądów okręgowych i KIO, słuszne stanowisko w sprawie konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Z tego względu pomijano uzupełnienia wyjaśnień dokonywane w postępowaniu odwoławczym. Jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. X Ga 127/08: „Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji”. Również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 893/14) wskazano: „iż kwestia, czy w danej ofercie mamy do czynienia z ceną rażąco niską, czy też nie, powinna być rozstrzygnięta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które stosownie do art. 15 ust. 1 ustawy pzp prowadzone jest przez zamawiającego. Jednocześnie warunkiem koniecznym jest dokonanie przez zamawiającego prawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy w toku prowadzonej procedury, o której mowa w art. 90 ustawy pzp.” Natomiast w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), wydanym w wyniku skargi na ww. wyrok Izby, podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przez niego cena rażąco niska nie jest. (...). Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażona w powoływanym wyżej orzecznictwie teza

o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi w przypadku uznania, iż są to wyjaśnienia niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny.”

Jeżeli wykonawca nie sprostą obowiązkowi nałożonemu przepisem art. 90 ust. 2 Pzp, nie złoży wyjaśnień zgodnie z wezwaniem wynikającym z art. 90 ust. 1 Pzp lub gdy ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Konsekwencją uznania ceny rażąco niskiej na podstawie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę potwierdzonych dowodami lub braku odpowiednich wyjaśnień, jest też zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (*zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*).

Podzielając w pełni przedstawioną interpretację oraz przywołane orzecznictwo, Izba uznała, że Zamawiający był zobowiązany do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, o których stanowi przepis art. 90 ust. 1 Pzp. Niewielkie przekroczenie progu 30%, w cenie oferty Odwołującego nie zwalniało Zamawiającego z tego obowiązku, a Odwołującego z podporządkowania się obowiązkowi złożenia wyjaśnień wraz z dowodami, stosownie do wezwania zamawiającego i treści art. 90 ust. 1 i 2 Pzp. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp wskazujący procentowe wartości progowe jest skutkiem nowelizacji ustawy Pzp wprowadzonej w odpowiedzi na oczekiwania unormowania wyznaczającego skonkretyzowane granice porównawcze, które miały zapobiec dowolności w uznaniu obowiązku w zakresie żądania wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty.

Postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem sformalizowanym, stąd zarzucenie Zamawiającemu, że naruszył wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami w sytuacji, gdy obowiązek wezwania wynikał z ustawy oraz żądanie nakazania Zamawiającemu unieważnienia tych czynności, jest nieuprawnione.

Zamawiający wskazał w wezwaniu w jakim zakresie oczekuje wyjaśnień, podkreślił wymóg złożenia dowodów. Odwołujący zobowiązany był do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami pod rygorem odrzucenia oferty i dowiedzenia sposobu skalkulowania ceny w zakresie wskazanym w wezwaniu, jak również w każdym innym zakresie, który przyczyniłby się do oceny zaoferowanej ceny. Zarówno przepis art. 90 ust. 1 Pzp, jak też wezwanie Zamawiającego wskazuje, że Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień w zakresie, „w szczególności”. Określenie „w szczególności” jest jednoznacznie rozumiane w praktyce stosowania prawa jako wskazujące katalog otwarty, uprawniający wykonawcę do nieograniczonego wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Niewątpliwie nie można uznać informacji z 24.09.2015 r. jako wyjaśniających elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp.

Odwołujący zapewne doszedł do takiego samego wniosku składając po upływie terminu dodatkowe pismo (05.10.2015 r.) wraz z załącznikami wskazanymi jako dowody, tj. umowę o pracę zawartą z pilotem oraz kopie 3 certyfikatów.

W piśmie odwoływał się do faktów z których wynika, że Zamawiający na podstawie swojej wiedzy oraz po uzyskaniu informacji ze stron internetowych, może uzyskać dane, które pozwolą mu na dokonanie oceny ceny oferty w kontekście wezwania z 21.09.2015 r.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że nie były to wyjaśnienia, przy braku nadal dowodów, które pozwalałyby uznać, że Odwołujący sprostą obowiązkowi z art. 90 ust. 2 Pzp. Załączona kopia umowy nie jest żadnym dowodem, nie wynika z niej kalkulacja ceny oferty, tak samo certyfikaty, z dokumentów tych nie wynikają żadne elementy, które można przyjąć jako wyrażające wartości ekonomiczne kształtujące cenę oferty. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący złożył uzupełnienie po upływie wyznaczonego terminu, zatem niezależnie od charakteru dokumentu (negocjacyjna korespondencja), uwzględnienie tej czynności oznaczałoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

W postępowaniu odwoławczym, w toku którego oceniana jest czynność Zamawiającego zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp, brak było podstaw by uznać, że Zamawiający niewłaściwie ocenił czynność Odwołującego, do której zobowiązał go wzywając do złożenia wyjaśnień.

Dowody załączone do odwołania: wyliczenie cen lotów za godzinę zaoferowanych przez wszystkich wykonawców w postępowaniu (kwoty za 8 tur oblotów podstawowych w danym regionie; dodatkowe wyliczenie: kwota brutto za godzinę lotu VS za ewentualne loty dodatkowe) nie są miarodajne, nie przedstawiają informacji możliwych do przełożenia na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, tzn. takie, które wskazywałyby sposób skalkulowania ceny oferty w części nr 2 zamówienia. Certyfikaty nie przedstawiają żadnych danych, z których wynikałby sposób kalkulacji ceny oferty.

Pismo z dnia 23 października 2105 r., złożone na rozprawie - wskazuje przewagę śmigłowca Robinson R44 nad MD 900 w zakresie zużycia paliwa na 1h (odpowiednio 60 l i 246 l) i zwiększone koszty Przystępującego ze względu na siedzibę w Warszawie - koszt 147 000 zł brutto. Załączniki do pisma: 1) koszt godziny R44 i MD 900 - jednostronicowe opracowania w języku angielskim bez załączonego tłumaczenia na język polski, wskazują wyłącznie kwoty \$ 226.94 w pierwszym przypadku i w drugim \$ 951.30; 2) 4 fotografie śmigłowców (Robinson R44, MD 900, Mi 2, PZL W-3 Sokół), nie przekładają się na elementy oferty uzasadniające przyjętą wysokość ceny. Izba wskazuje, że część nr 2 zamówienia, ze względu na jej wartość jest nieporównywalna z innymi częściami. Ocena

ofert, przy przeważającym kryterium cena, była dokonana odrębnie dla każdej części zamówienia, co wynika z uzasadnionego terytorialnie podziału zamówienia

W ocenie Izby, Odwołujący niewłaściwie ocenił tryb wyjaśniania elementów oferty, o którym stanowi przepis art. 90 ust. 1 -2 Pzp. Kwestionował uprawnienia Zamawiającego do wezwania, treść wezwania, które jest uprawnieniem Zamawiającego, a w przypadku przekroczenia któregośkolwiek progu procentowego niezależnie od wielkości przekroczenia, stanowi jego obowiązek, wskazując w odwołaniu, że to Zamawiający ma uzyskać niezbędne informacje i wykorzystać informacje posiadane na podstawie poprzednich postępowań o udzielenie zamówienia do oceny oferty, nie zważając na obowiązującą procedurę w tym zakresie. Odwołujący miał obowiązek przedstawić rzetelną, przejrzystą kalkulację ceny swojej oferty. Informacje, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa mógł zastrzec w trybie określonym w art. 8 ust. 3 Pzp jako nie podlegające ujawnieniu. Odmowa udostępnienia Zamawiającemu elementów kalkulacji ceny oferty w okolicznościach sprawy, nie znajduje uzasadnienia.

Izba wskazuje, że wykonawca, do którego zwrócił się zamawiający, zobowiązany jest do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami. Cel, jakiemu służą wyjaśnienia - to ustalenie poziomu ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia mają wskazywać elementy oferty pozwalające na skalkulowanie ceny na przedstawionym poziomie, przykładowo wyliczone w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp.

Wyjaśnienia udzielone zamawiającemu w odpowiedzi na zwrócenie się do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp o udzielenie wyjaśnień, nie pozwalały uznać, że wykonawca przedstawił elementy wskazujące oszczędność metody wykonania zamówienia, rozwiązania techniczne przyjęte dla realizacji zamówienia, sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla tego wykonawcy, uwzględnienie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny jest wyższa niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Tym samym wykonawca nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przedstawione dokumenty, oświadczenia i wyjaśnienia oraz przeprowadzony dowód z zeznań świadka R. S., który jedynie potwierdził zatrudnienie S. B. w charakterze pilota na podstawie umowy o pracę z minimalnym wynagrodzeniem (nie wyjaśniając co w tym przypadku to oznacza) oraz zatrudnienie drugiego pilota bez przedstawienia informacji na ten temat, posiadanie własnej bazy na lotnisku w Kobylnicach z certyfikatami obsługi technicznej, zarządzania ciągłą zdolnością do lotów, przewoźnika lotniczego i AWC oraz związanie firmy Odwołującej z Zamawiającym umową zawartą w lutym 2015 r. do dnia 31

stycznia 2019 r. - nie stworzyły podstawy do pozytywnej oceny żądań Odwołującego.

W cytowanej już opinii zamieszczonej na stronie internetowej UZP pt. *„Rażąco niska cena w świetle obowiązujących od dnia 19 października 2014 r. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych”* wskazano również: *„Zamawiający może żądać, jeżeli zaistnieje taka potrzeba, doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień.”*

Izba podziela stanowisko o możliwości zamawiającego dodatkowego wezwania wykonawcy w celu doprecyzowania lub udzielenia szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, jednakże jest to uprawnienie Zamawiającego, a nie obowiązek wynikający z ustawy, możliwe do realizowania w przypadku wątpliwości. W okolicznościach sprawy Zamawiający wykazał, że takie wątpliwości nie wystąpiły.

Odwołujący nie wykazał w postępowaniu odwoławczym naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu przez negatywną ocenę wyjaśnień Odwołującego, co wskazuje na brak podstaw uwzględnienia zarzutu naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oraz pozostałych przepisów wskazanych w zarzutach odwołania.

Izba odmówiła przeprowadzenia wnioskowanych dowodów: z opinii biegłych w obydwu sprawach (ustalenie stanu faktycznego nie wymagało wiadomości specjalnych) oraz zeznań świadków w sprawie KIO 2196/15 (fakty będące przedmiotem dowodu zostały stwierdzone innymi dowodami).

Reasumując powyższe, Izba oddaliła odwołania na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz 10 Pzp, stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) - do kosztów postępowania odwoławczego zaliczyła wpisy od odwołań oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący:

