

POSTANOWIENIE
z dnia 18 czerwca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Beata Pakulska-Banach**

Członkowie: **Małgorzata Rakowska**

Ewa Sikorska

Protokolant: **Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 17 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2015 r. przez wykonawcę: **„AIRCOM” Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, ul. Mokotowska 15A, 00-640 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez: **„LOTOS Petrobaltic” Spółkę akcyjną z siedzibą w Gdańsku, ul. Stary Dwór 9, 80-758 Gdańsk,**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) „LIMA” Sp. z o.o. z siedzibą w Golubiu-Dobrzyniu, ul. Dworcowa 4, 87-400 Golub-Dobrzyń (lider konsorcjum)** oraz **2) Heliportugal Trabalhos e Transporte Aéreo, Representações, Importação e Exportação S.A. Aeródromo Municipal de Casacais – Tires, 2785-632 São Domingos de Rana – Portugal (partner),** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) „GENERAL AVIATION SERVICES” Sp. z o. o. z siedzibą Góraszce, 05-462 Wiązowna (lider konsorcjum)** oraz **2) HeliJet Charter GmbH z siedzibą w Langenfeld, Liebigstr 3-9, 40764 Langenfeld (partner),** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

postanawia:

- 1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: „**AIRCOM**” Sp. z o. o. z siedzibą w **Warszawie**, i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)**, uiszczoną przez wykonawcę: „**AIRCOM**” Sp. z o. o. z siedzibą w **Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. zasądza od wykonawcy: „**AIRCOM**” Sp. z o. o. z siedzibą w **Warszawie** na rzecz Zamawiającego: „**LOTOS Petrobaltic**” Spółki akcyjnej z siedzibą w **Gdańsku** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

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

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

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

W dniu 1 czerwca 2015 roku wykonawca - „AIRCOM” Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie [zwany dalej: „Odwołującym”] wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – w formie pisemnej - odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty, która jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia [zwanej dalej: „SIWZ”] oraz innymi przepisami i nie wybraniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zgodnie, z którym zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy będącego w stanie upadłości;
- 4) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp zgodnie, z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą;

- 5) art. 45 ust. 2 pkt a) i b) Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która jest niezgodna z przepisami oraz Rozporządzeniem Komisji (UE) nr 965/2012 z dnia 5 października 2012 r. ustanawiającym wymagania techniczne i procedury administracyjne odnoszące się do operacji lotniczych zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 216/2008;
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która nie spełnia wymogów siwz;
- 8) art. 91 ust.1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty niebędącej najkorzystniejszą, spośród złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną Izbie przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem tj. w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia [dalej: „SIWZ”], wnioski wykonawców o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty złożone przez wykonawców oraz informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz złożoną w uzupełnieniu przez Zamawiającego w toku posiedzenia w dniu 17 czerwca 2015 roku dokumentację w postaci oryginału protokołu postępowania, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołującego, formularza oferty Odwołującego i korespondencji z Odwołującym, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „LIMA” Sp. z o.o. z siedzibą w Golubiu-Dobrzyniu (lider konsorcjum) oraz Heliportugal Trabalhos e Transporte Aéreo, Representações, Importação e Exportação S.A. (partner), którzy w dniu 5 czerwca 2015 roku, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

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

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

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

Pisma zawierające zgłoszenie przystąpienia, o których mowa powyżej, doręczone zostały w formie pisemnej Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowo określonym terminie, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazali Stronę, do której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej Strony oraz załączyli do przystąpienia dowody przesłania Stronom kopii zgłoszenia przystąpienia. Ponadto, w pismach tych zgłaszający przystąpienie zawarli stanowiska merytoryczne w sprawie oraz wnioski dowodowe.

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

Następnie Izba ustaliła, że w ustalonym w przedmiotowej sprawie stanie faktycznym zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

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

- I. *Zarzuty wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „GENERAL AVIATION SERVICES” Sp. z o. o. z siedzibą Góraszce, oraz HeliJet Charter GmbH z siedzibą w Langenfeld.*

W ramach grupy zarzutów podniesionych w stosunku do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „GENERAL AVIATION SERVICES” Sp. z o. o. z siedzibą Góraszce oraz HeliJet Charter GmbH z siedzibą w Langenfeld Odwołujący podnosił zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazywał m.in., że ww. wykonawcy nie spełniają warunków podmiotowych, niezbędnych do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ HeliJet Charter GmbH nie wykazał, iż posiada uprawnienia do wykonywania działalności lotniczej. Zauważył, że zgodnie z treścią ogłoszenia (pkt IV.1.1.) w postępowaniu mogli wziąć udział wykonawcy, którzy posiadają certyfikat przewoźnika lotniczego AOC, przy czym w celu spełnienia warunku certyfikat ten powinien być uprzednio uznany przez Urząd Lotnictwa Cywilnego, w procesie uruchamianym na wniosek operatora lotniczego kierowany do Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego. Odwołujący podkreślił, że wykonawca HeliJet Charter GmbH, załączył do oferty certyfikat, który nie został uznany przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego. Zdaniem Odwołującego, konsorcjum w skład którego wchodzi ww. wykonawcy, nie spełniło wymogu posiadania uprawnień do wykonywania działalności operatora lotniczego.

W ocenie Izby jest to zarzut podniesiony z uchybieniem terminu przewidzianego ustawą. Podnieść należy, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, który charakteryzuje się dwuetapowością przebiegu postępowania. Zgodnie z art. 51 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20. A zatem, dopiero w następstwie dokonanej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający zaprasza wykonawców w przetargu ograniczonym do składania ofert. Zaproszenie do składania ofert Zamawiający wystosował w dniu 14 kwietnia 2015 roku. Zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp *Odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się: 1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.*

Dodać należy, że Odwołujący w toku posiedzenia podnosił, iż Zamawiający, naruszając dyspozycję przepisu art. 51 ust. 1a ustawy Pzp, nie powiadomił wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach co do spełniania tych warunków, co przyznał również Zamawiający w toku posiedzenia. Natomiast, jak wynika z przepisu art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie ulega też wątpliwości, że Zamawiający winien był zgodnie z przepisem art. 51 ust. 1a ustawy Pzp powiadomić wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie czyniąc tego dopuścił się naruszenia ustawy Pzp w tym zakresie. Jednakże, w ocenie Izby, nie powoduje to odmiennej oceny co do zarzutu podniesionego przez Odwołującego, iż jest on spóźniony. To rzeczą Odwołującego było ustalenie w terminie ustawowym, czy Zamawiający wykluczył z udziału w postępowaniu pozostałych wykonawców bądź też czy zaprosił ich do składania ofert. Odwołujący winien był wykazać się należyłą starannością i ustalić lub choćby podjąć próbę ustalenia jakie są wyniki dokonanej oceny spełniania przez poszczególnych wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Nie wnosił do Zamawiającego o przesłanie stosownej informacji. Ponadto, Odwołujący nie podnosił nawet zarzutu wobec braku powiadomienia, o którym mowa powyżej, ani w terminie liczonym od daty zaniechania tej czynności, ani nie podnosił tego zarzutu w ramach odwołania, będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia, a swoje twierdzenia w tym zakresie sformułował dopiero w trakcie posiedzenia. Wobec powyższego, zdaniem Izby, Odwołujący mógł i powinien podnosić przedmiotowy zarzut w związku czynnością Zamawiającego zaproszenia poszczególnych wykonawców do składania ofert, w terminie określonym w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Ponadto, w ramach grupy zarzutów podniesionych w stosunku do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „GENERAL AVIATION SERVICES” Sp. z o. o. z siedzibą Góraszce oraz HeliJet Charter GmbH z siedzibą w Langenfeld Odwołujący podnosił zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która nie spełnia wymogów SIWZ oraz podnosił zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która jest niezgodna z przepisami oraz Rozporządzeniem Komisji (UE) nr 965/2012 z dnia 5 października 2012 r. ustanawiającym wymagania techniczne i procedury administracyjne odnoszące się do operacji lotniczych zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 216/2008.

W ocenie Odwołującego oferta ta nie spełnia wymagań nałożonych przez SIWZ, jak i tożsame postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdził, że wynika to bezpośrednio ze złożonego przez ww. wykonawców „oświadczenia dotyczącego specyfikacji śmigłowca”. Wskazał, że Zamawiający postawił wymóg posiadania przez zaofferowany śmigłowiec tratwy zewnętrznej oraz zapewnienia co najmniej 9 miejsc siedzących dla pasażerów, ubranych w kombinezony ratunkowe. Stwierdził, że w oświadczeniu ww. wykonawcy wskazali, że zamontują tratwę po rozpoczęciu wykonywania umowy i zadeklarowali 10 miejsc siedzących, mimo braku tratwy. Następnie w opisie śmigłowca zadeklarowali 9 miejsc siedzących. Zdaniem, Odwołującego, po zabudowaniu tratwy oraz wymaganych przepisami prawa urządzeń, wynikających z Rozporządzenia Komisji UE nr 965/2012 z dnia 5 października 2012 r. ustanawiającego wymagania techniczne i procedury administracyjne odnoszące się do operacji lotniczych, zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 216/2008, których oferowany śmigłowiec nie posiada, zmniejszy się zadeklarowana liczba miejsc do maksymalnie 7, gdyż nie ma fizycznej możliwości, aby śmigłowiec mógł zabrać na pokład większą liczbę osób. Odwołujący podkreślił, że oferowany śmigłowiec S76A++ nie spełnia wymagań określonych w ww. Rozporządzeniu z uwagi na brak określonych urządzeń, jak i nie posiada również tratwy zewnętrznej i radiowysokościomierza, które zostały ujęte w opisie przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego oferowany śmigłowiec S76A++ nie spełnia ponadto wymagań określonych w pkt II.4 SIWZ lit. c), w tym zdolności do wykonywania lotów nad otwartym morzem na odległość nie mniejszą niż 190 km, gdyż według deklarowanego wyposażenia i certyfikatu może wykonywać loty do 10 min. od brzegu. Podkreślił, że warunki techniczne muszą być spełnione na dzień składania ofert, zaś ewentualna zgoda na spełnienie przez oferowany śmigłowiec warunków określonych w specyfikacji na etapie późniejszym niż dzień składania ofert (po podpisaniu umowy), stanowi o naruszeniu art. 7 ustawy Pzp, określającego dwie podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania zarzutów.

Izba uznała, że również zarzuty, o których mowa powyżej, zostały podniesione z uchybieniem terminu przewidzianego ustawą.

W pierwszej kolejności podnieść należy, że jednym z warunków udziału w postępowaniu określonym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu było dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym, w tym śmigłowcem zdolnym do wykonania wymaganych przez Zamawiającego operacji.

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

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

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

Natomiast w pkt V.1. ogłoszenia Zamawiający wskazał, że: *„W celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Ustawy oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Ustawy, Wykonawca dostarczy następujące dokumenty: (...)*

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

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

Jak z powyższego wynika, ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu, miała być dokonywana m.in. na podstawie opisu urządzeń technicznych i oświadczenia złożonego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Konsorcjum złożone z wykonawców: General Aviation Services Sp. z o. o. oraz HeliJet załączyło do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu m.in. oświadczenie dotyczące specyfikacji śmigłowca, datowane na dzień 21.08.2014 r., odnoszące się do wyposażania śmigłowca zgodnie z pkt II.4 ogłoszenia oraz opis śmigłowca Sikorsky S-76 A++, zawierający dane techniczne oraz informacje o dodatkowym wyposażeniu.

Natomiast w ofercie złożonej przez ww. wykonawców w wyniku zaproszenia do składania ofert nie zostały wskazane żadne szczególne, dodatkowe informacje, dotyczące specyfikacji technicznej oferowanego śmigłowca, jak również do oferty nie zostały załączone dokumenty, z których mogłyby wynikać jakiegokolwiek dodatkowe informacje, dotyczące parametrów technicznych śmigłowca, nie wynikające z uprzednio już złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający również nie oczekiwał podania takich informacji na etapie składania ofert. Wszystkie te elementy były znane już na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ich oceny. Warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, w tym śmigłowcem zdolnym do wykonania wymaganych przez Zamawiającego operacji, o określonych przez niego parametrach, był jednym z warunków udziału w postępowaniu i ocena jego spełniania poprzedzała zaproszenie do składania ofert.

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

W istocie bowiem, jak już zostało w wskazane powyżej, w ofercie, jak również w załącznikach do oferty, nie były podane jakiegokolwiek dane dotyczące parametrów technicznych śmigłowca, za wyjątkiem wskazanych w załączniku nr 1 do Formularza oferty, tj. w Formularzu cenowym w tabeli nr 4 – *Dane dodatkowe do porównania ofert*: 1. maksymalny dystans (promień taktyczny) jaki może pokonać śmigłowiec nad otwartym morzem bez lądowania z maksymalną liczbą pasażerów (średnia waga pasażera 105 kg + 10 kg bagażu) w warunkach IFR; 2. masa startowa śmigłowca z maksymalną liczbą pasażerów przy zabezpieczeniu odpowiedniej ilości paliwa na lot nad otwartym morzem na dystansie 125 km, 3. maksymalna liczba pasażerów (lot nad otwartym morzem na odległość / promień taktyczny 180 km) przy założeniu średniej wagi pasażera na poziomie 105 kg oraz przewożenia przez każdego z pasażerów bagażu o wadze 10 kg, przy jednoczesnym zabezpieczeniu odpowiedniej ilości paliwa.

Dodatkowo wskazać należy, że wymagania wskazane w treści SIWZ, dotyczące śmigłowa stanowią powtórzenie wymagań określonych w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt II – *Opis przedmiotu zamówienia*. Sam zaś Odwołujący podnosił zarzuty oparte na informacjach, wynikających z dokumentów załączonych do wniosku do udziału w postępowaniu, tj. oświadczenia dotyczącego specyfikacji śmigłowca, opisu śmigłowca i certyfikatu AOC (strona 5 – 6 odwołania).

Ponadto, podnieść należy, że nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w toku posiedzenia, iż Zamawiający z uwagi na zmianę obowiązujących przepisów w zakresie certyfikatów AOC i wymaganych przepisami prawa parametrów technicznych śmigłowca, był zobligowany do ponownej oceny warunków dotyczących świadczenia oferowanych usług, na etapie badania i oceny ofert. Odwołujący wskazał, iż być może na dzień opublikowania ogłoszenia o zamówieniu i na dzień składania wniosków, wniosek złożony przez wybranego wykonawcę był prawidłowy i spełniał wszelkie wymagania określone przepisami prawa, jednak na dzień zaproszenia do składania ofert zmienił się stan prawny w tym zakresie. Odwołujący stwierdził, że zmieniły się przepisy obowiązującego prawa w zakresie wymaganych certyfikatów i parametrów technicznych (urządzeń dodatkowych) oraz, zauważył, że do dnia 28 października 2014 r. kraje UE były zobowiązane do wprowadzenia zmian w przepisach krajowych zgodnie z Rozporządzeniem Komisji (UE) nr 965/2012 z dnia 5 października 2012 r. ustanawiającym wymagania techniczne i procedury administracyjne odnoszące się do operacji lotniczych zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 216/2008. Jego zdaniem Zamawiający był zobowiązany do oceny ofert również pod względem zmienionych przepisów, wynikających z dostosowania do ww. Rozporządzenia i dopiero w momencie przedstawienia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej dla Odwołującego rozpoczynał się termin na wniesienie odwołania.

Jednak w ocenie Izby powyższa argumentacja jest chybiona, choćby z uwagi na sam fakt, iż Odwołujący przyznał, że zmiana obowiązujących przepisów prawa krajowego, w związku z dostosowaniem do Rozporządzenia, o którym mowa powyżej, miała nastąpić do dnia 28 października 2014 r. Zaproszenia do składania ofert Zamawiający wystosował w dniu 14 kwietnia 2015 roku, czyli niemal 6 miesięcy po dacie wskazywanej przez Odwołującego, jako moment wprowadzenia zmian do obowiązujących przepisów prawa. Tym samym, Odwołujący winien był podnosić zarzuty, w związku z czynnością Zamawiającego polegającą na zaproszeniu wykonawców General Aviation Services Sp. z o. o. oraz HeliJet do złożenia oferty.

Stanowisko Izby w przedmiocie wpływu ewentualnego naruszenia przepisu art. 51 ust. 1a ustawy Pzp na ocenę w kwestii podniesienia zarzutu z uchybieniem terminu określonego w ustawie, jest analogiczne, jak wyrażone powyżej przy omówieniu zarzutu dotyczącym kwestii certyfikatu AOC.

II. Zarzuty wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Lima Sp. z o. o. i Heliportugal dotyczące zaniechania wykluczenia wykonawcy będącego w stanie upadłości.

W ramach tej grupy zarzutów Odwołujący podnosił zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy będącego w stanie upadłości oraz zarzut naruszenia art. 45 ust. 2 pkt a) i b) Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Jak również podnosił zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Heliportugal w dniu 5 marca 2015 roku złożył do sądu wniosek o ogłoszenie upadłości w procedurze PER, a w dniu 11 marca sąd wydał postanowienie o ogłoszeniu upadłości i powołał tymczasowego zarządcę sądowego, które to postanowienie stało się prawomocne z dniem 1 kwietnia 2015 roku. Odwołujący wskazał, że w związku z dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ogłoszenie postępowania upadłościowego w stosunku do wykonawcy pociąga za sobą obowiązek jego wykluczenia niezależnie od tego czy ogłoszono upadłość dłużnika z możliwością zawarcia układu, czy też upadłość obejmującą likwidację majątku dłużnika. Podkreślił, że uznanie, iż nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy, który ogłosił upadłość po ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a przed podpisaniem umowy, prowadziłoby do absurdu, bowiem oznaczałoby, że wykonawca, którego upadłość ogłoszono po wyborze oferty musi być uznany za wiarygodnego, a wykonawca, który pozostawał w upadłości już wcześniej, za niewiarygodnego. Nadto, podpisanie umowy z wykonawcą w stanie upadłości, byłoby sprzeczne z zasadami gospodarowania środkami publicznymi. Zasadność takiej weryfikacji, zdaniem Odwołującego, potwierdzają także podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, jak zasada konkurencyjności, równego traktowania i przejrzystości postępowania. Dalej, Odwołujący powołał się na treść art. 45 ust. 2 pkt a) i b) Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, dotyczących możliwości wykluczenia z udziału w zamówieniu, wykonawców, będących w stanie upadłości, stwierdzając, iż z przepisów tych wynika, że nie ma prawnej możliwości zawarcia z Heliportugal umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Jak wynika ze stanowiska Odwołującego przedstawionego w toku posiedzenia z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, najpóźniej w dniu 13 maja 2015 roku powziął on informację o okolicznościach stanowiących podstawę do wykluczenia Heliportugal z udziału w postępowaniu (a tym samym do wykluczenia całego Konsorcjum w skład, którego wchodzi wykonawca Heliportugal), z uwagi na zaistnienie przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. ogłoszenia upadłości partnera konsorcjum – wykonawcy Heliportugal, gdyż w tym dniu przekazał Zamawiającemu informacje w tym zakresie. W dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem znajduje się pismo Aircom Sp. z o. o., skierowane do Zamawiającego, a podpisane przez Pełnomocnika Zarządu – . P., zawierające załączniki (sporządzone w języku angielskim), dotyczące sytuacji wykonawcy Heliportugal. Pismo jest datowane na dzień 13.05.2015 r., zaś pieczętka z oznaczeniem daty wpływu do Kancelarii Zamawiającego wskazuje na datę 22.05.2015 r. Załączniki zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Pełnomocnika Zarządu – E. P. w dniu 12.05.2015 r., co wynika z adnotacji dotyczącej daty określonej, przy każdym potwierdzeniu dokumentu za zgodność z oryginałem. Powyższe oznacza, że Odwołujący nie później niż w dniu 12 maja 2015 roku, powziął informacje o przesłankach, dotyczących wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Heliportugal, stanowiących jednocześnie podstawę faktyczną podnoszonych zarzutów, wskazanych powyżej.

Podkreślić raz jeszcze należy, że Zamawiający w następstwie dokonanej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez poszczególnych wykonawców zaprosił ich do składania ofert. Zdaniem Odwołującego można skutecznie wykluczyć z postępowania wykonawcę, który ogłosił upadłość już po ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Niezależnie od kwestii oceny możliwości badania podstaw do wykluczenia wykonawcy już po dacie zaproszenia go do złożenia oferty, w przypadku zaistnienia nowych okoliczności, Izba stoi na stanowisku, że Odwołujący był zobowiązany do złożenia odwołania w tym zakresie w terminie liczonym zgodnie z przepisem art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, tj. w terminie liczonym od daty powzięcia informacji o podstawie do wykluczenia z postępowania wykonawcy Heliportugal. Zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp *Odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się: 1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.*

Reasumując, Izba uznała, że zarzuty podniesione przez Odwołującego, o których była mowa powyżej zostały podniesione z uchybieniem terminów określonych ustawą Pzp.

Izba ponadto ustaliła, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zgodnie z którym *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*, jak również zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty niebędącej najkorzystniejszą, spośród złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert, niepodlegających odrzuceniu, zostały podniesione w konsekwencji postawienia zarzutów, dotyczących zaniechania wykluczenia pozostałych wykonawców i zaniechania odrzucenia ich ofert, które zostały podniesione z uchybieniem terminów wynikających z ustawy. Dlatego też, Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności, odnosząc się do pozostałych podstaw odrzucenia odwołania, wskazanych przez Zamawiającego i Uczestników postępowania odwoławczego, Izba zważyła, co następuje.

W ocenie Izby nie ziszcili się przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art.189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zgodnie z którym *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony*. Zamawiający, w trakcie posiedzenia z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, wskazywał, że Aircom Sp. z o. o. wniosła samodzielnie odwołanie, podczas, gdy ubiega się o udzielenie zamówienia wspólnie z innym wykonawcą. Ze stanowiska przedstawionego przez Zamawiającego wynikało, że w jego ocenie podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania są wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, a fakt, iż odwołanie złożył tylko jeden z nich oznacza, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Stanowisko Zamawiającego podzielili uczestnicy postępowania odwoławczego. W toku posiedzenia Zamawiający zweryfikował swoje stanowisko, stwierdzając, że jednak Aircom Sp. z o. o. samodzielnie ubiegał się o udzielenie zamówienia.

Izba będąc zobowiązana do badania z urzędu podstaw do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, ustaliła, że nie ma podstaw do jego odrzucenia w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ odwołanie zostało wniesione przez podmiot uprawniony. Zgodnie bowiem z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy*. Z kolei przepis art. 2 pkt 11) ustawy Pzp zawiera legalną definicję wykonawcy stanowiąc, że *Ilekroć w ustawie jest mowa o: wykonawcy - należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego*.

Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz ofertę złożył wykonawca - Aircom Sp. z o. o. wyłącznie w swoim imieniu, samodzielnie ubiegając się o udzielenie zamówienia. W formularzu oferty i wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu widnieje wyłącznie oznaczenie Aircom Sp. z o. o. Ponadto, w formularzu oferty wskazano (pkt 5), że wykonawca powierzy wykonanie części zamówienia podwykonawcy: HeliHoland Air Service BV. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostało załączone pełnomocnictwo dla Pana E. P., który podpisał wniosek oraz ofertę. Z treści pełnomocnictwa wynika, że zostało ono udzielone w imieniu Aircom Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Faktem jest, że z treści pełnomocnictwa wynika również upoważnienie do składania oświadczeń woli i wiedzy również w imieniu i na rzecz podmiotów trzecich, od których Aircom Sp. z o. o. posiada stosowne umocowanie do działania w tym zakresie, w szczególności z którymi działa w ramach konsorcjum. Niemniej jednak, w treści pełnomocnictwa nie wymieniono żadnego innego wykonawcy, a do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie załączono pełnomocnictwa dla Aircom Sp. z o. o., jako pełnomocnika konsorcjum, od innego wykonawcy. Wobec powyższego okoliczność, że do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały załączone dodatkowe dokumenty m.in. w postaci oświadczenia wykonawcy HeliHoland Air Service Bv Emmercompasum Netherland o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania, nie stanowi o tym, że Aircom Sp. z o. o. wspólnie z HeliHoland ubiega się o udzielenie zamówienia. Tym samym wykonawca - Aircom Sp. z o. o. był uprawniony do samodzielnego wniesienia odwołania.

Następnie, należy również podnieść, że odwołanie, (wbrew twierdzeniom podnoszonym przez Zamawiającego i Uczestnika postępowania odwoławczego), zostało podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentowania Odwołującego, tj. Prezesa Zarządu - Pana J. K. (upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji), a nie przez Pana E. P. . Wobec czego, zarzuty, iż odwołanie zostało wniesione przez osobę, która nie była upoważniona do występowania w imieniu Odwołującego, okazały się bezpodstawne.

Nie ma również podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, stanowiącym, iż: *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5.*

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp *Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2.*

Zdaniem Zamawiającego oraz Przystępujących, skoro odwołanie wniesione do Prezesa Izby, podpisała inna osoba, aniżeli osoba, której podpis widnieje na kopii odwołania przekazanej Zamawiającemu, to uznać należy, że Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu kopii odwołania. Wskazywali oni, że ustawowy obowiązek przekazania kopii odwołania Zamawiającemu oznacza nie tylko, że Odwołujący jest zobowiązany do przekazania Zamawiającemu pisma, zawierającego tożsamą treść, jaka została wskazana w odwołaniu wniesionym do Prezesa Izby, lecz również to, że jest on zobowiązany do przekazania Zamawiającemu wiernej kopii dokumentu, podpisanej przez tą samą osobę, która wniosła odwołanie od Izby.

Izba nie podziela przytoczonej powyżej argumentacji. Izba stwierdziła, że dokument przekazany Zamawiającemu, jako kopia odwołania, obejmował tożsamą treść (zarzuty, wnioski, argumentacja) jaką obejmowało odwołanie. Różnica dotyczyła jedynie podpisu oraz jak zauważył jeden z Przystępujących - 2 pieczętek, które widnieją na oryginale odwołania wniesionym do Prezesa Izby. Nie ulega jednak wątpliwości, że Zamawiającemu w dniu 1 czerwca 2015 roku, za pośrednictwem poczty elektronicznej, została przekazana kopia dokumentu o tożsamej treści, jaką zawiera odwołanie wniesione do Prezesa Izby przez osobę upoważnioną do reprezentowania Odwołującego. Dodać również należy, że w orzecznictwie Izby wskazuje się, że do zadośćuczynienia obowiązkowi przekazania kopii odwołania, nie jest konieczne, aby dokument zawierał własnoręczny podpis wykonawcy lub też, aby w ogóle zawierał jakikolwiek podpis. Tym samym Izba uznała, że Odwołujący skutecznie wypełnił obowiązek, wynikający z treści przepisu art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. b), § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). W związku z powyższym Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł, uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł, stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie przedstawionej faktury VAT.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....