Sygn. akt: KIO 192/22

WYROK

z dnia 10 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: General Aviation Services Sp. z o.o. z siedzibą w Góraszce, Heli Holland Air Service B.V. z siedzibą w Emmer-Compascuum,

w postępowaniu prowadzonym przez LOTOS Petrobaltic S.A. z siedzibą w Gdańsku,

przy udziale wykonawcy Heli Service International GmbH z siedzibą w Emden, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie:

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: General Aviation Services Sp. z o.o. z siedzibą w Góraszce, Heli Holland Air Service B.V. z siedzibą w Emmer-Compascuum i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Zamawiający - LOTOS Petrobaltic S.A. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Świadczenie usług transportu lotniczego na platformy Zamawiającego zlokalizowane na Morzu Bałtyckim. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 września 2021 r. pod nr 2021/S 189-492864.

W dniu 24 stycznia 2022 r. Konsorcjum: General Aviation Services Sp. z o.o., Heli Holland Air Service B.V. wniosło odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty, czynności wyboru oferty wykonawcy Heli Service International GmbH (dalej: HSI) jako najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia tej oferty, a także wobec zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie zaniechania unieważnienia postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wskazania uzasadnienia faktycznego podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, w zakresie art. 226 ust. 1 pkt 3, 5, 7, 8 i 10 ustawy Pzp;

- art. 226 ust. 1 pkt 3, 5, 7, 8 i 10 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo braku przesłanek określonych w tych przepisach;

- art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo tego, że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego, ewentualnie

- unieważnienia postępowania.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:

Cena oferty, zgodnie z wzorem formularza cenowego załączonego do SWZ, obejmowała dwie kategorie: stałą składową ceny (ACMI) - o wadze kryterium 50% oraz zmienną składową ceny - o wadze kryterium 30%. Kryterium oceny ofert, niewchodzącym w zakres Formularza, są zgodnie z pkt 10.8.1. SWZ dodatkowe wymogi bezpieczeństwa, o wadze kryterium 20%.

Do dnia składania ofert, tj. 12 października 2021 r., wpłynęły dwie oferty: oferta Odwołującego oraz oferta HSI. Odwołujący w Formularzu Cenowym w Tabeli 1 Ceny jednostkowe dla zakresu podstawowej usługi Odwołujący wskazał m.in., co następuje:

łączna cena stała - 0 EUR, łączna cena zmienna - 8.400.055,84 EUR.

Pismem z 8 listopada 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w tym w zakresie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że jego wątpliwości budzi Część Stała ceny (ACMI), która stanowi istotny składnik ceny całkowitej brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, co następuje:

(...) W ofercie Konsorcjum Cena Stała (ACMI) wynosi 0 EUR. Niniejsza stawka wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie wymaganiami określonymi przez zamawiającego, z uwzględnieniem kosztów, o których mowa w pkt. 7.2.1. Wzoru Umowy. Wobec powyższego Zamawiający wzywa do wyjaśnienia ceny, która nosi znamiona rażąco niskiej. (.. .)

Zamawiający powołał się na punkt 7.2.1. Wzoru Umowy, zgodnie z którym stawka

ACMI (Cena Stała) powinna obejmować „wszelkie koszty (w tym m.in. pozyskanie

śmigłowca, utrzymanie załogi, obsługę techniczną śmigłowca, ubezpieczenie, opłaty za postój statku powietrznego na wyznaczonej do tego powierzchni lotniska), związane z utrzymaniem gotowości do świadczenia usługi. ”

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący odniósł się do wątpliwości

Zamawiającego.

Pismem z 12 stycznia 2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty z uwagi na to, że: oferta jest niezgodna z przepisami ustawy, jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny. Jednocześnie, w tej samej dacie, Zamawiający przekazał informację o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez HSI.

Niewystarczające uzasadnienie odrzucenia oferty

Kwestionując prawidłowość odrzucenia oferty, Odwołujący w pierwszej kolejności

podniósł, że Zamawiający nie wskazał podstaw faktycznych uzasadniających zastosowanie wskazanych przez niego podstaw odrzucenia. Ograniczył się do lakonicznych argumentów, które przedstawiają jego oczekiwania i wolę co do sposobu sporządzenia oferty (w wielu przypadkach niewyartykułowane wprost w SWZ). Nie podał jednak, z jakiego powodu uznaje, że to właśnie w stosunku do oferty Odwołującego podstawy te zachodzą. Już sam ten fakt powoduje zdaniem Odwołującego, że czynność odrzucenia jego oferty jest wadliwa.

Odwołujący powołał się na przepis art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i podniósł, że obowiązek informacyjny, o którym mowa w tym przepisie stanowi przejaw praktycznej realizacji wyrażonej w art. 18 ust. 1 ustawy zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 16 ust. 1 ustawy zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Stwierdził, że z zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołujący dowiedział się jedynie, jakie są podstawy prawne decyzji Zamawiającego. Poza kierunkowymi rozważaniami o niedopuszczalności (w ocenie Zamawiającego) zastosowania „0” EUR jako ceny, nie wskazał na żadne okoliczności faktyczne uzasadniające zastosowanie poszczególnych podstaw odrzucenia oferty.

Zdaniem Odwołującego, niektóre zastosowane przez Zamawiającego podstawy odrzucenia wzajemnie się wykluczają, a inne w ogóle nie znajdują uzasadnienia w takim stanie faktycznym, dlatego tym bardziej istotne jest zrozumienie ich podstaw faktycznych, gdyż jakiekolwiek domysły w tym zakresie są w zasadzie niemożliwe lub prowadzą do teoretycznych rozważań na temat możliwych sposobów rozumowania, a nie polemikę z decyzją Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że w dalszej części odwołania z daleko posuniętej ostrożności podjął takie rozważania, jednakże nie zmienia to faktu, że już sam brak uzasadnienia faktycznego jest naruszeniem przepisów skutkującym unieważnieniem czynności odrzucenia oferty, gdyż nawet trefne domysły w zakresie uzasadnienia faktycznego, nie dają pewności, czy zakres odwołania obejmuje zarzuty co do wszystkich „ukrytych” podstaw faktycznych decyzji Zamawiającego.

Czyn nieuczciwej konkurencji

Odwołujący wskazał, że w pkt 1 zawiadomienia o odrzuceniu oferty, Zamawiający podał: „W toku postępowania rozdzielenie punktacji za Część Stałą j Cześć Zmienną może stanowić dla oferentów podstawę do „manipulowania” cenami w kierunku uzyskania jak najwyższej liczby punktów. To oznacza, że dla oferenta co do zasady „korzystniejsze” jest przerzucenie kosztów z Części Stałej na Cześć Zmienną wynagrodzenia, skoro Część Stała jest wyżej punktowana. Takie zachowanie powinno być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji sprowadzający się do praktyki „manipulowania” cenami jednostkowymi, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert. ”

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zawarł w uzasadnieniu ogólne stwierdzenia, że rozdzielenie punktacji „może stanowić dla oferentów podstawę do manipulowania cenami” oraz, że „takie zachowanie powinno być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji”. Nie wskazał jednak, czy w przypadku oferty Odwołującego określenie Części Stałej ceny

jako 0 EURO, stanowi manipulację, czy oraz - co najistotniejszej - z jakiego powodu doszedł do takich wniosków. Zdaniem Odwołującego trudno nawet podjąć merytoryczną polemikę w tym zakresie w niniejszej sprawie, gdyż nie dokonano subsumpcji stanu faktycznego do normy określonej w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy. Innymi słowy, nie wskazano dlaczego Zamawiający uznał, że w okolicznościach faktycznych doszło do manipulowania cenami. Zamawiający nie wskazał nawet konkretnego przepisu ustawy. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, którego naruszenie miałoby stanowić złożenie przez Odwołującego oferty.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że za „manipulowanie" cenami można uznać tylko taką sytuację, gdy przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami odbywa się w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna, co ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców. Nie każde zatem odmienne od wyobrażeń Zamawiającego ukształtowanie składowych ceny stanowi manipulację. Dlatego to na Zamawiającym spoczywa obowiązek uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu, czyli wskazania dlaczego działanie Odwołującego uznał za przekroczenie swobody w zakresie kształtowania ceny.

Odwołujący stwierdził, że nie dopuścił się czynu polegającego ma manipulacji ceną, ale dokonał wyceny świadczenia w oparciu o dotychczasowe doświadczenia, w sposób pozwalający na zaoferowanie Zamawiającemu najkorzystniejszych warunków wykonania zamówienia. Zaprezentowany sposób wyliczenia ceny jest zgodny z wymogami SWZ. Zamawiający nie wyłączył możliwości, do czego miał pełne prawo, oferowania składowych części ceny na poziomie „0", a wszelka dokumentacja przetargowa nie wskazywała, że oferta z taką składową ceny zostanie odrzucona przez Zamawiającego.

Rażąco niska cena

Odwołujący wskazał, że w pkt 2 zawiadomienia o odrzuceniu oferty, Zamawiający podał, że: „definicja pojęcia „rażąco niskiej ceny", w związku z brzmieniem art. 224 ust. 1 Pzp powinna być odnoszona tak do ceny całkowitej, jak i jego poszczególnych istotnych części składowych. Podkreślenia wymaga, że Cena Stała jest istotna nie tylko ze względu na kryteria oceny ofert, ale ma znaczenie również w kontekście wynagrodzenia Wykonawcy

ramach realizacji Umowy (zgodnie z przytoczonymi powyżej postanowienia wzoru Umowy).

Cześć Stała wynagrodzenia stanowi zatem „istotną" część Ceny. W związku z powyższym

zasadne jest odrzucenie oferty również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (...).

Zdaniem Odwołującego, zaoferowane niepobieranie wynagrodzenia ACMI (wpisanie

ceny jednostkowej na poziomie „0") nie wpływa w żaden sposób na możliwość wykonania przez Wykonawcę zamówienia w sposób należyty, zgodny z zakresem świadczenia i przy zachowaniu rentowności z realizacji lotów na rzecz Zamawiającego. Jak zostało wykazane

w wyjaśnieniach Odwołującego, jego oferta opiewa na kwotę 38.447.055,57 PLN brutto, co w

stosunku do budżetu Zamawiającego, w kwocie 45.595.755,25 PLN brutto, jaki został przeznaczony na sfinansowanie zamówienia, absolutnie nie pozwala na określenie ceny oferty Odwołującego jako rażąco niską. Fakt, że całkowita cena oferty Odwołującego stanowi około 84% budżetu Zamawiającego świadczy o tym, że jest to cena realna i rynkowa. Cena ta jest wynikiem kalkulacji, pozwalającej na należyte zrealizowanie zamówienia i osiągnięcie przy tym zysku, Odwołujący będzie pobierał świadczenie wyłącznie z wynagrodzenia zgodnie z umową i nie będzie wspierał się żadnym zewnętrznym finansowaniem czy subsydiowaniem działalności. Cena oferty Odwołującego obejmuje całkowity koszt realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z SWZ, w tym z Opisem Przedmiotu Zamówienia i wszystkimi załącznikach, określającymi szczegółowo zakres obowiązków wykonawcy oraz oczekiwania Zamawiającego. Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że posiada ponad 5-letnie doświadczenie w wykonywaniu usług, o charakterze podobnym do przedmiotu postępowania, co pozwala mu wyjątkowo precyzyjnie kalkulować cenę oferty, z uwzględnieniem wolumenu nalotów oraz potrafi na tej podstawie kalkulować również ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że nie istnieje jeden wzorzec, czy schemat kalkulacji ceny.

Każdy z wykonawców przygotowując ofertę może zwrócić przy wycenie uwagę na inne aspekty zamówienia. Każdy z wykonawców ma własne zasady polityki cenowej, funkcjonuje w innych realiach polityki cenowej własnej firmy, nie bez znaczenia jest wielkość danego przedsiębiorstwa, czy działa ono w skali makro, czy mikro oraz czy funkcjonuje w grupie czy też samodzielnie.

Odwołujący powołał się na orzeczenie TSUE w sprawie C367/19, w którym Trybunał wskazał, że przepisy o zamówieniach publicznych nie mogą prowadzić do automatycznego odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy zaoferuje on wykonanie zamówienia publicznego za 0 euro.

Zdaniem Odwołującego, wykazał on, że cena jego oferty uwzględnia wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia oraz zysk. Przyjęta przez Odwołującego strategia cenowa, obejmująca cenę 0 EUR za jeden z elementów zamówienia nie stanowi sama w sobie o nierentowności kontraktu.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, że nie może on zagwarantować określonej częstotliwości lotów i liczby minut lotu, Odwołujący powołał się na § 4 pkt 4.1 i 4.2. Wzoru umowy, stanowiące:

4.1. Transport pasażerów wskazanych przez Zamawiającego (zwany również „wymianą załóg") będzie odbywał się do czterech razy w tygodniu (dni wymiany załóg platform), zgodnie ze wstępnym miesięcznym harmonogramem operacji lotniczych sporządzanym zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik 4 do Umowy (dalej „Wstępny harmonogram").

4.2. Wstępny harmonogram przedkładany będzie z pięciodniowym wyprzedzeniem przed rozpoczęciem miesiąca nim objętego. Wstępny harmonogram ma charakter jednostronnie wiążący w tym zakresie, że Zamawiający może go zmienić poprzez zmianę dnia planowanych operacji w ramach danego tygodnia przewidzianych we Wstępnym harmonogramie, bez wpływu na wysokość wynagrodzenia, przekazując przedstawicielowi Wykonawców odpowiednią informację na nie mniej niż 24 godziny przed harmonogramowym terminem operacji lotniczej. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za brak zlecenia przewidzianych harmonogramem lotów.

Zdaniem Odwołującego, ryzyko związane z tym, że loty nie będą realizowane, jest marginalne, a jego skalkulowanie możliwe jest w sposób zaprezentowany przez Odwołującego.

Dodatkowo Odwołujący wskazał na § 7 pkt 7.2 Wzoru umowy:

7.2. Strony zgodnie umawiają się, że łączne wynagrodzenie za wykonanie usług przewozu lotniczego objęte Umową, będzie obejmować następujące elementy, zgodnie z Tabelą 1 Oferty Wykonawców stanowiącej Załącznik 6 do Umowy:

7.2.1. stałe miesięczne wynagrodzenie ACMI obejmujące wszelkie koszty (w tym m.in. pozyskanie śmigłowca, utrzymanie załogi, obsługę techniczną śmigłowca, ubezpieczenie, opłaty za postój statku powietrznego na wyznaczonej do tego powierzchni lotniska), związane z utrzymaniem gotowości do świadczenia usługi w wysokości (...)

7.2.2. wynagrodzenie zmienne za czas lotu, w postaci wynagrodzenia netto skalkulowanego powykonawczo na podstawie czasu odbytych w danym miesiącu lotów, przy przyjęciu za podstawę rozliczenia stawki netto (...) za minutę lotu, z zastrzeżeniem, że pod pojęciem lotu rozumie się czas od momentu uruchomienia wirnika nośnego w celu wykonania lotu, do wyłączenia wirnika po zakończonym locie;

7.2.3 wynagrodzenie zmienne obejmujące koszty paliwa i opłat lotniskowych - w postaci miesięcznego wynagrodzenia netto skalkulowanego powykonawczo, na podstawie dokumentów źródłowych przedstawionych przez Wykonawców uwzględniających.

Zdaniem Odwołującego, z powyższego wprost wynika, że wszystkie powyższe składniki stanowią elementy ceny tego samego świadczenia. Nie są to elementy odnoszące się do różnych świadczeń, a tylko w takiej sytuacji stawki jednostkowe można by

rozpatrywać jako części składowe cen w rozumieniu art. 224 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, nawet przy założeniu, że cena stała jest częścią składową ceny w rozumieniu tego przepisu, należy mieć na uwadze, że w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jest mowa o rażąco niskiej cenie „w stosunku do przedmiotu zamówienia". W art. 224 ust. 1 ustawy, regulującym przesłanki wszczęcia procedury wyjaśniającej, jest mowa o sytuacji, w której cena lub koszt, lub ich „istotne części składowe" wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości. Ziszczenie się dyspozycji tego przepisu skutkuje obowiązkiem wszczęcia procedury wyjaśniającej, nie może jednak prowadzić do odrzucenia oferty na tej podstawie wyłączne ustalenie, że jeden z elementów ceny oferty jest niedoszacowany.

Odwołujący podniósł, że również w tym przypadku Zamawiający nie wskazał, z jakiego powodu uznał, że cena oferty Odwołującego jest ceną rażąco niska. Swoją ocenę zdaje się wywodzić, z błędnego założenia o niedopuszczalności zastosowania takiej stawki, które Odwołujący kwestionuje powyżej. Odwołujący złożył szczegółowe wyjaśnienie kalkulacji ceny, do którego Zamawiający w żaden sposób nie nawiązał, co może wskazywać, że uznał je za prawidłowe i wystarczające. Gdyby było inaczej powinien odnieść się do tych elementów wyjaśnienia, z których wywodzi, że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska. Kwestia realności zaoferowanej ceny musi być rozstrzygana ad casum, bowiem każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w odrębnych dla niego realiach, a zatem indywidualnie oceniane powinny być okoliczności wyboru oferty najkorzystniejszej, zatem konieczne jest wskazanie dlaczego w tych właśnie okolicznościach faktycznych Zamawiający uznał, że wykonawca nie wykazał możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w cenie określonej w ofercie.

Niezgodność oferty z warunkami zamówienia

Odwołujący wskazał, że pkt 3 zawiadomienia o odrzuceniu oferty Zamawiający powołał się na postanowienia punktów 10.4.4, 10.8.4, 10.9.1, 10.9.2 i 10.9.3 SWZ. Odwołujący podniósł, że żadne z tych postanowień nie odnosi się do wymagań o charakterze merytorycznym dotyczących, samego przedmiotu zamówienia czy sposobu spełnienia świadczenia, np. ilości, jakości, terminu lub innych warunków mających znaczenie dla wykonania przedmiotu zamówienia. Żadne z wymienionych przez Zamawiającego postanowień SWZ nie kształtują treści dokumentów zamówienia w rozumieniu tego przepisu.

Zdaniem Odwołującego, w zawiadomieniu o odrzuceniu jego oferty nie ma odniesienia treści tej oferty do merytorycznych wymagań wynikających z SWZ, czy nawet ogólnej informacji, że jakiekolwiek świadczenie nie zostało uwzględnione lub pominięte. Nawet w zakresie wskazanych przez siebie punktów SWZ ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że „jego wolą było wskazanie realnej kwoty", oraz, że „wskazanie kwoty „0" nie spełnia tego oczekiwania". Odwołujący podkreślił, że zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp możliwe jest, gdy treść oferty jest niezgodna z jednoznacznie sformułowanymi warunkami zamówienia, nie zaś oczekiwaniami i wolą Zamawiającego niewyartykułowanymi wprost.

Odwołujący zaznaczył, że podstawa odrzucenia wyznaczona jest w uzasadnieniu prawnym i faktycznym, zatem podstawa ta (a co za tym idzie dopuszczalny przedmiot zaskarżenia) wyznaczona jest wyłącznie przez wskazane w punkcie 3 zawiadomienia o odrzuceniu oferty postanowienia SWZ.

Odwołujący stwierdził, że z ostrożności procesowej, odnosząc się do wskazanych przez Zamawiającego „niezgodności" (niezależnie od tego, że nie stanowią one warunków zamówienia, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) wskazuje, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego jego oferta nie jest niezgodna, z żadnym ze wskazanych postanowień SWZ.

Odwołujący podniósł, że nie jest prawdą, jakoby nie wskazał waluty (pkt 10.4.4. SWZ). W odniesieniu do pozostałych postanowień SWZ stwierdził, że niezrozumiałe jest ich powołanie w kontekście niezgodności oferty z warunkami zamówienia, gdyż z Zawiadomienia o odrzuceniu oferty nie wynika, co konkretnie zamawiający uznaje za niezgodność. Powołanie postanowień dotyczących wzoru stosowanego (nota bene przez Zamawiającego) w kontekście niezgodności treści oferty (pkt 10.8.4 SWZ) nie znajduje uzasadnienia nawet pośredniego. Z kolei postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny zostały powołane w nieznanym kontekście. Zamawiający po raz kolejny wyraził swoje ogólne oczekiwanie, nie wyjaśniając z jakiego powodu uznaje je za niespełnione.

Niezgodność oferty z ustawą

Odwołujący wskazał, że w pkt 4 zawiadomienia o odrzuceniu oferty zamawiający podał, że „nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której wykonawca chcąc uzyskać dane zamówienie, podaje w ofercie cenę, która tylko częściowo uwzględnia koszty jego wykonania, natomiast pozostałe koszty zalicza do kosztów innej swojej działalności, tym samym eliminując innych wykonawców którzy zgodnie z opisem sposobu wykonania zamówienia ustalonym w postanowieniach SWZ dokonali obliczenia ceny ofertowej. Nadto taka kalkulacja dokonana przez Konsorcjum GAS prowadzi do sytuacji, w której usługi mogą

być wykonywane całkowicie nieodpłatnie, albowiem wynagrodzenie stałe wynosi „0", a wynagrodzenie zmienne uzależnione jest od liczby lotów, której w żadnym zakresie Zamawiający nie jest w stanie zagwarantować." Zamawiający powołał treść art. 7 pkt 32 ustawy Pzp, zgodnie z którym ilekroć w ustawie jest mowa o zamówieniu - należy przez to rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający miał obowiązek wskazać, z jakim przepisem ustawy niezgodna jest oferta. Zamawiający przywołał definicję zamówienia, która w żaden

sposób nie odnosi się do oferty. Zdaniem Odwołującego oferta nie może być niezgodna z definicją zamówienia. Zamówienie to umowa, do zawarcia której jeszcze nie doszło. W samej definicji nie ma mowy o wymaganiach względem oferty. Sam element odpłatność nie odnosi się do oferty, ale do umowy, nie jest zatem dopuszczalna rozszerzająca interpretacja przepisów odnoszących się do odrzucenia poprzez rozumowanie, jakie prawdopodobnie zastosował Zamawiający, że odpłatność w zakresie umowy odnosi do oferty. To nie na wykonawcy spoczywa obowiązek zapewnienia, że zawarta w ramach postępowania umowa będzie odpłatna. W ocenie Odwołującego nie jest zrozumiałe, w jaki sposób oferta może być niezgodna z definicją zamówienia, a Zamawiający nie wskazał nawet, z którą częścią definicji mogłaby być niezgodna. Odwołujący może się jedynie domyślać, jednak czyni to głównie z uwagi na całokształt zawiadomienia, a nie na uzasadnienie tej podstawy wykluczenia, że chodzi o odpłatność.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że w przywołanym wyżej orzeczeniu TSUE stwierdzono, że umowa jest odpłatna, jeżeli każda ze stron umowy zobowiązuje się do świadczenia w zamian za inne świadczenie. Jednak świadczenie wzajemne nie musi być świadczeniem pieniężnym, tj. sprowadzać się do zapłaty określonej kwoty pieniężnej. Świadczenie wzajemne zamawiającego może przybierać inne niż pieniężne formy, dopuszczalne są też świadczenia o charakterze niepieniężnym. Natomiast rzecznik generalny zwrócił uwagę na fakt, że wynagrodzenie musi mieć wartość gospodarczą, nie musi jednak odpowiadać dokładnie wartości dostarczonych towarów lub usług. Ponadto rzecznik jednoznacznie wskazał, że dla ustalenia, czy umowa o zamówienie publiczne zawiera świadczenie wzajemne, centralnym punktem analizy nie jest dokładna kwota wskazana w umowie. Podstawowym elementem, które należy poddać analizie, jest ustalenie, czy na podstawie umowy o zamówienie publiczne umawiające się strony pozostają w stosunku wzajemnych zobowiązań prawnych, które każda z nich może wyegzekwować od drugiej strony. Istotne jest to, aby instytucja zamawiająca zapewniała co najmniej jasne i precyzyjne świadczenie wzajemne o charakterze gospodarczym. Analiza zagadnienia, czy umowa o zamówienie publiczne ma charakter odpłatny, powinna się rozpocząć od odpowiedzi na pytanie: czy każda ze stron zobowiązania uzyska korzyść majątkową. Korzyść majątkowa jednak nie musi być utożsamiana z zapłatą określonej sumy pieniędzy, a jedynie z opłacalnością realizacji zamówienia, a co za tym idzie, podstawowym kryterium jest opłacalność, a więc relacja wartości spełnianego świadczenia do świadczenia uzyskanego w zamian.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że wątpliwości zamawiającego, które odnoszą się do poszczególnych składników cenotwórczych oraz sposobu oraz możliwości ich samodzielnego wyliczenia lub też weryfikacji przez zamawiającego powinny podlegać ocenie i ewentualnym konsekwencjom z punktu widzenia badania rażąco niskiej ceny, a nie w aspekcie niezgodności z ustawą czy też treścią specyfikacji.

Błąd w obliczeniu ceny

Odwołujący wskazał, że w pkt 5 zawiadomienia o odrzuceniu oferty, Zamawiający stwierdził, że „Z przytoczonych postanowień SWZ wynika obowiązek szczegółowego, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku wyliczenia wszystkich kosztów składających na każdy z elementów cenotwórczych. Wskazane przez wykonawców wartości powinny zostać skalkulowane z należytą starannością, w sposób uwzględniający wszystkie wydatki i koszty stałe, tak aby możliwe było porównanie wszystkich złożonych ofert oraz ich ocena pod kątem kryteriów oceny, w których wyraźnie odróżniona została punktacja za Część Stałą

i Część Zmienną. Każdy z oferentów na podstawie postanowień SWZ zobowiązany był zatem do odrębnego ujęcia w formularzu cenowym oddzielnie Ceny Stałej i Ceny Zmiennej na podstawie realnych kosztów składających się na te części."

Odwołujący podniósł, że z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów ceno lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji. Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w SWZ i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, nie znajdujących uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wskazał, na czym jego zdaniem miałby polegać błąd w obliczeniu ceny. Po raz kolejny Zamawiający wskazał na swoje oczekiwania wobec oferty w kontekście obliczenia ceny, którym Odwołujący sprostał. Odwołujący stwierdził, że skalkulował cenę z należytą starannością biorąc pod uwagę wszystkie jej składniki. Zamawiający nie wyjaśnił. jaki jego zdaniem składnik został pominięty, na czym miałoby polegać błędne rozpoznanie stanu faktycznego itd. Odrzucenie oferty nie zawiera żadnego uzasadnienia faktycznego. W ofercie złożonej przez Odwołującego, całkowita cena oferty została rozbita na część stałą i część zmienną, wynikało to ze sposobu skonstruowania przez Zamawiającego Formularza. Ponadto, w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, Odwołujący zamieścił szczegółowe kalkulacje uzasadniające taki podział swoich kosztów.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie ze wskazanym powyżej wyrokiem TSUE oraz obowiązującą linią orzeczniczą KIO, dozwolone jest oferowanie ceny cząstkowej równej zero. Zaznaczył, że kluczową funkcją postępowania przetargowego, a także rolą Zamawiającego, jest wybranie najlepszej oferty, w tym także (a w przypadku niniejszego postępowania - przede wszystkim) najkorzystniejszej cenowo. Odwołujący poprzez wpisanie ceny zero zadeklarował, że nie zamierza pobierać wynagrodzenia za ACMI.

Odwołujący zaznaczył, że funkcją zastosowanego przez Zamawiającego wzoru jest ocena złożonych ofert poprzez zestawienie najniższej oferowanej ryczałtowej Ceny jednostkowej ACMI z ryczałtową Ceną jednostkową ACMI rozpatrywanej Oferty i przyznanie im punktów. Bezspornym jest, że w przypadku w którym oferent deklaruje niepobieranie wynagrodzenia ACMI w ogóle (poprzez wpisanie zera) Zamawiający nie powinien dzielić najniższej oferowanej ryczałtowej Ceny jednostkowej ACMI spośród Ofert niepodlegających odrzuceniu przez zero, a powinien uznać (zgodnie z wytycznymi co do ważenia wartości ekonomicznej oferty), że niepobieranie wynagrodzenia ACMI zapewnia oferentowi maksymalną liczbę punktów w tej kategorii. We wzorach ustalonych na potrzeby oceny ofert, możliwe jest umieszczenie w liczniku i mianowniku wartości, dzięki którym możliwe jest dokonanie oceny oferty z ceną określoną na 0 zł, a tym samym uniknięcie dzielenia przez 0. Jest to standardowa praktyka stosowana przy dopuszczeniu jednostkowej ceny 0 zł. Odwołujący powyższą praktykę ocenia jako powszechną w odniesieniu np. do usług bankowych - bezpłatne wykonywanie określonych czynności bankowych.

Odwołujący podkreślił, że nie zaoferował „ryczałtowej Ceny jednostkowej ACMI niemożliwej do wyliczenia", ale zaoferował niepobieranie tego rodzaju wynagrodzenia. Oznacza to, że Zamawiający nie powinien mechanicznie przypisywać zera do zawartego w SWZ wzoru, a powinien przyznać maksymalną ilość punktów za ryczałtową Cenę jednostkową ACMI (po potwierdzeniu oczywiście, że cena całkowita nie jest rażąco niska co w przedmiotowym przypadku nie ma miejsca). Argumentacja Zamawiającego zdaje się wskazywać, że gdyby wykonawca w sposób pozorny zaoferował niczym nieuzasadnioną (nieuzasadnioną warunkami rynkowymi cenę różną od zera, np. 1 Euro) to nie byłoby podstaw do odrzucenia oferty (co jest konkluzją absurdalną) i w sytuacji zaoferowania takiej pozornej ceny przyznałby oferentowi wynikającą z wzoru ilość punktów. Konkluzja taka jest sprzeczna z SWZ i z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

<u>Zaniechanie unieważnienia postępowania</u>

Odwołujący zakwestionował wybór najkorzystniejszej oferty, stwierdzając, że zaistniały okoliczności uzasadniające jej odrzucenie.

Odwołujący podniósł, że HSI zamierza realizować usługi lotnicze przy spostrzegł że wykorzystaniu śmigłowca Leonardo AWI 39. Z udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji dotyczącej postępowania publicznego LPB/ZP-20/2019, gdzie zarówno Odwołujący jak i HSI byli uczestnikami, a także z ogólnodostępnych danych wynika, że ww.

śmigłowiec ma masą własną równą 4.668 kg (pusty), przy czym aby móc realizować zamówienie będące przedmiotem zamówienia wartość ta jest zwiększana minimalnie o:

- paliwo zużyte przy lądowaniu - 40 kg;
- paliwo na podróż - 280 kg;
- paliwo na nieprzewidziane okoliczności - 30 kg;
- rezerwa pozwalająca na trzydzieści minut lotu - 165 kg.

Ponadto, powyższa wartość zwiększana jest o masę członków załogi, wynosząca ok. 170 kg przy dwóch osobach. Oznacza to, że rzeczywista masa śmigłowca bez pasażerów wynosi: 4,668 kg + 515 kg + 170 kg = 5.353 kg.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z treścią decyzji nr PBA/DG/OI 9/18/WP wydanej przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego LOTOS Petrobaltic S.A. z 19 października 2018 r., na platformie Baltic Beta dopuszczalne jest lądowanie śmigłowców o całkowitej masie startowej nieprzekraczającej 5.000 kg. Według wiedzy Odwołującego, decyzja ta nie została zastąpiona żadną inną i nadal obowiązuje. O wskazanym powyżej fakcie Odwołujący powiadomił Zamawiającego w piśmie z 29 listopada 2021 r., wyrażając zaniepokojenie możliwością wyboru wykonawcy, którego wykorzystuje śmigłowiec o zbyt wysokiej masie startowej. Może to bowiem doprowadzić do stworzenia poważnego zagrożenia dla życia i zdrowia osób przebywających na platformie, a także dla pasażerów śmigłowca.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający z jednej strony nie ma formalnych podstaw do odrzucenia oferty HSI, gdyż waga śmigłowca nie była wprost wymagana w warunkach zamówienia, a informacja na temat dopuszczalnej masy śmigłowca dla tej platformy wskazuje na inną wartość Zgodnie z Załącznikiem nr 7 do Wzoru umowy dopuszczalna masa śmigłowca dla tej platformy wynosi 12.537 kg. Jednakże podpisanie umowy z wykonawcą, który z jednej strony zobowiązany jest do wykonywania umowy, a z drugiej nie może jej wykonać, stoi w sprzeczności z celem postępowania i zasadą efektywności ekonomicznej. Nie chodzi bowiem o ustalenie, czy wykonanie umowy jest możliwe

teoretycznie, istotne jest to, czy jest to możliwe w praktyce z uwzględnieniem ww. decyzji

Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego. Z tego powodu Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia postępowania. Nie jest bowiem możliwa zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego, która doprowadzi do umożliwienia wykonawcy HSI należyte wykonania zamówienia, gdyż zmiana tak nie została przewidziana, a jej dokonanie wpływa znacząco na krąg potencjalnych wykonawców.

Odwołujący podkreślił, że wada postępowania nie tkwi w samych dokumentach zamówienia, ale w okolicznościach danej sprawy. W ocenie Odwołującego można skutecznie wybrać jego ofertę, gdyż zapewnia ona uniknięcie ww. przeszkód w wykonaniu zamówienia. Jednakże w przypadku, gdyby decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego została utrzymana, wówczas Zamawiający musiałby dokonać wyboru oferty HSI, która nie zapewnia wykonania przedmiotu zamówienia sposób należyty, zgodnie z zasadami bhp. Jej wybór prowadzi do niemożności wykonania części przedmiotu zamówienia (ze względu na wagę śmigłowca).

Na marginesie powyższych rozważań Odwołujący wskazał, że powziął informację, iż w dokumencie JEDZ, w pytaniu dotyczącym wprowadzenia zamawiającego w błąd, zatajenia informacji, HSI wskazało, że taka sytuacja nie miała miejsca. Z udostępnionej Odwołującemu przez Zamawiającego dokumentacji dotyczącej postępowania publicznego LPB/ZP20/2019, gdzie zarówno Odwołujący jak i HSI byli uczestnikami, a także z uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącej tego postępowania wynika, że „(...) wskazane oświadczenie zawarte w JEDZ niewątpliwie wprowadziło Zamawiającego w błąd w zakresie stwierdzenia spełniania przez przystępującego Heli Service warunku udziału w postępowaniu, zaś przyjęcie przez przystępującego Heli Service, że przedmiotowy warunek spełnia i wskazanie tego Zamawiającemu, pomimo jednoznacznego brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ewentualnego braku dokładnej analizy wymagań Zamawiającego, należy uznać za jego winę, choćby nieumyślną, wynikającą z lekkomyślnego lub niedbałego działania(...)" (wyrok KIO z dnia 23 marca 2021 r. sygn. KIO 250/21, LEX nr 3159791). Z przytoczonych powyżej faktów wynika, że wskazując, że nie wprowadziło zamawiającego w błąd, złożyło oświadczenie niezgodne z prawdą. Powyższe stanowi zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przesłankę wykluczenia wykonawcy.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że zasadny jest zarzut zaniechania

unieważnienia postępowania, na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, z tego powodu, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (zarzut ewentualny). Odwołujący podniósł, że konieczność unieważnienia postępowania aktualizuje się wyłącznie w przypadku wyboru oferty HSI jako najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Heli Service International GmbH. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem 4.1 SWZ przedmiotem zamówienia jest usługa lotniczego transportu osób wraz z bagażem podręcznym o wadze do 10 kg oraz okazjonalnie towarów na platformy morskie położone w polskiej wyłącznej strefie ekonomicznej Rzeczypospolitej Polskiej.

W punkcie 10.8 SWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: zmienna składowa Ceny (Pc) - waga 30%, stała składowa Ceny (ACMI) (Pa) - waga 50%, dodatkowe wymogi bezpieczeństwa (Pb) - waga 20%.

Pkt 10.9 SWZ określa następujące wymagania dotyczące sposobu obliczenia ceny:

10.9.1. Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia w ofercie Ceny za wykonanie całego Zamówienia kalkulowanej na podstawie Formularza Cenowego stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ.

10.9.2. Cena oferty obejmuje całość Zamówienia, zawiera wszystkie koszty niezbędne do wykonania niniejszego Zamówienia z należytą starannością zgodnie z postanowieniami SWZ, w tym podatek VAT w stawce obowiązującej na dzień składania Oferty oraz wszelkie inne koszty, opłaty itp.

10.9.3. Cena Oferty oraz wartość netto mają być wyrażone w PLN lub EUR zgodnie z polskim systemem płatniczym, z dokładnością do drugiego miejsca po przecinku.

10.9.4. Walutą rozliczeniową jest PLN. Zamawiający dopuszcza rozliczenia w EUR.

10.9.5. W przypadku, gdy Wykonawca złoży Ofertę w walucie innej niż PLN, Zamawiający w celu uzyskania porównywalności Cen przeliczy podane w walucie obcej kwoty na PLN według średniego kursu walut Narodowego Banku Polskiego (NBP) obowiązującego w dniu

upływu terminu składania Ofert. W razie, gdyby kurs obowiązujący w tym dniu był niedostępny Zamawiający przeliczy odpowiednie kwoty według ostatniego dostępnego kursu obowiązującego przed dniem składania Ofert.

10.9.6. Jeżeli złożono Ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego Zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrz wspólnotowego nabycia towarów, Zamawiający w celu oceny takiej Oferty dolicza do przedstawionej w niej Ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

W formularzu cenowym (załącznik nr 2 do SWZ) należało podać:

- w zakresie części stałej ceny: cenę stałą za 1 miesiąc, wartość netto i brutto;

- w zakresie części zmiennej ceny: stawkę netto za minutę lotu, wartość netto i brutto, a także koszty paliwa i koszty opłat lotniskowych.

Zgodnie z § 7 wzoru umowy:

7.2. Strony zgodnie umawiają się, że łączne wynagrodzenie za wykonanie usług przewozu lotniczego objęte Umową, będzie obejmować następujące elementy, zgodnie z Tabelą 1 Oferty Wykonawców stanowiącej załącznik nr 6 do Umowy:

7.2.1. stałe miesięczne wynagrodzenie ACMI obejmujące wszelkie koszty (w tym m.in. pozyskanie śmigłowca, utrzymanie załogi, obsługę techniczną śmigłowca, ubezpieczenie, opłaty za postój statku powietrznego na wyznaczonej do tego powierzchni lotniska),

związane z utrzymaniem gotowości do świadczenia usługi w wysokości netto .....[waluta] (słownie [waluta]:..... 00/100);

7.2.2. wynagrodzenie zmienne za czas lotu, w postaci wynagrodzenia netto skalkulowanego powykonawczo na podstawie czasu odbytych w danym miesiącu lotów, przy przyjęciu

za podstawę rozliczenia stawki netto ..... [waluta] (słownie [waluta]:

...../100) za minutę lotu, z zastrzeżeniem, że pod pojęciem lotu rozumie

się czas od momentu uruchomienia wirnika nośnego w celu wykonania lotu, do wyłączenia wirnika po zakończonym locie;

7.2.3. wynagrodzenie zmienne obejmujące koszty paliwa i opłat lotniskowych - w postaci miesięcznego wynagrodzenia netto skalkulowanego powykonawczo, na podstawie dokumentów źródłowych przedstawionych przez Wykonawców uwzględniających:

7.2.3.1. koszt paliwa JET A-1;

7.2.3.2. opłaty rozliczane według stawek jednostkowych obowiązujących na lotnisku im. Lecha Wałęsy w Gdańsku lub na innym, z którego będą wykonywane loty tj. opłaty za każde lądowanie - opłaty pobierane za każde lądowanie/start statku powietrznego na lotnisku;

7.2.3.3. opłaty PAX za jedną osobę - opłaty pobierane za odprawienie pasażera odlatującego;

7.2.3.4. opłaty za usługi handlingowe (własne lub kupione w porcie lotniczym) - opłaty za obsługę naziemną na terenie lotniska statku powietrznego, załóg, pasażerów, bagażu, towarów lub poczty;

7.2.3.5. inne opłaty lub uzasadnione koszty związane ze świadczeniem usługi objętej niniejszą umową, zaakceptowane przez przedstawiciela Zamawiającego.

Odwołujący określił w swojej ofercie cenę za realizację przedmiotu zamówienia w następujący sposób:

- część stała ceny: 0 EUR,

- część zmienna ceny: 7.777.829,484 EUR netto, 8.400.055,843 EUR brutto.

Przystępujący zaoferował następującą cenę: część stała ceny: 3.792.240 EUR, część zmienna ceny: 4.843.069,162 EUR.

Pismem z 8 listopada 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy, do złożenia wyjaśnień dotyczących, w tym przedstawienia dowodów dotyczących istotnych części składowych ceny, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający wskazał, że: W ofercie Konsorcjum

Cena Stała (ACMI) wynosi 0 EUR. Niniejsza stawka wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie wymaganiami określonymi przez zamawiającego, z uwzględnieniem kosztów, o których mowa w pkt. 7.2.1. Wzoru Umowy. Wobec powyższego Zamawiający wzywa do wyjaśnienia ceny, która nosi znamiona rażąco niskiej

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach, oprócz teoretycznych wywodów dotyczących rażąco niskiej ceny oraz cytatów z orzecznictwa, wskazał, że drugi z wykonawców zaoferował cenę zmienną na poziomie niemalże 50% niższym. Stwierdził, że zaoferował cenę na poziomie 83% kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, skalkulował wszystkie koszty związane z wykonywaniem umowy na poziomie rynkowym, bazując na dotychczasowych doświadczeniach, przyjmując, że w ramach wykonywania lotu pozycja ACMI stanowi tylko mały fragment wynagrodzenia, który może być zamieszczony w innych pozycjach wynagrodzenia, o ile jest to rentowne dla Wykonawcy - tak jak ma to miejsce w przypadku złożonej General Aviation Services Sp. z o.o. oferty przez Wykonawcę w niniejszym Postępowaniu.

Część wyjaśnień Odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Dotyczy to również załączników do wyjaśnień:

1. Kalkulacja rentowności realizacji zamówienia;
2. Szczegółowa kalkulacja prezentująca rozbicie na wolumen wykonywanych lotów;
3. Umowy o pracę z pilotami wraz z tłumaczeniem części umów w zakresie wynagrodzenia;
4. Polisa ubezpieczenia oferowanego śmigłowca;
5. Umowy o pracę z personelem technicznym;
6. Umowa najmu lokalu;
7. Faktura za najem hangaru;
8. Faktura za leasing auta i czynsz za najem;
9. Historyczne zestawienia nalotów w ramach umów z Zamawiającym.

Pismem z 12 stycznia 2022 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3, 5, 7, 8 i 10 ustawy Pzp.

Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego:

W ocenie Zamawiającego wskazanie ceny „0" EURO za Część Stałą (ACMI) stanowi działanie niedopuszczalne i stanowi podstawę do odrzucenia oferty Konsorcjum ze względu na opisane poniżej argumenty:

1. Przede wszystkim Konsorcjum GAS - jak wynika z pisma z dn. 17 listopada 2021 r. złożonego w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny - dokonało przerzucenia kosztów i zysku z Części Stałej na Część Zmienną. W toku postępowania rozdzielenie punktacji za Część Stałą i Cześć Zmienną może stanowić dla oferentów podstawę do „manipulowania" cenami w kierunku uzyskania jak najwyższej liczby punktów. To oznacza, że dla oferenta co do zasady „korzystniejsze" jest przerzucenie kosztów z Części Stałej na Cześć Zmienną wynagrodzenia, skoro Część Stała jest wyżej punktowana. Takie zachowanie powinno być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji sprowadzający się do praktyki „manipulowania" cenami jednostkowymi,

będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert. W związku z powyższym zasadne jest odrzucenie oferty na podstawie z art. 226 ust. 1 pkt 7 Ustawy, zgodnie z którym: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji".

2. „Przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać" (z uzasadnienia wyroku Krajowej lzby Odwoławczej z dnia 26 marca 2019 r., KIO 431/19). Przedstawiona powyżej, wynikająca z orzecznictwa, definicja pojęcia „rażąco niskiej ceny", w związku z brzmieniem art. 224 ust. 1 PZP powinna być odnoszona tak do ceny całkowitej, jak i jego poszczególnych istotnych części składowych. Podkreślenia wymaga, że Cena Stała jest istotna nie tylko ze względu na kryteria oceny ofert, ale ma znaczenie również w kontekście wynagrodzenia Wykonawcy w ramach realizacji Umowy (zgodnie z przytoczonymi powyżej postanowienia wzoru Umowy). Część Stała wynagrodzenia stanowi zatem „istotną" część Ceny. W związku z powyższym zasadne jest odrzucenie oferty również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy, zgodnie z którym: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia".

3. Pkt 10.4.4. SWZ stanowi, że walutą, w której należy złożył ofertę jest polski złoty (PLN) lub euro (EUR). Zamawiający nie dopuszcza składania ofert w walutach innych niż PLN i EUR. Wolą Zamawiającego było podanie przez każdego z wykonawców realnej wartości.

Wskazanie kwoty „0" nie spełnia tego oczekiwania, bowiem bez znaczenia pozostaje wówczas waluta. Tylko wskazanie realnej wartości umożliwia jej wyrażenie w jakiejkolwiek walucie, w tym w PLN lub EURO. Pkt 10.8.4. SWZ stanowi o sposobie obliczenia punktów w ramach Części Stałej. Po podstawieniu danych z oferty Konsorcjum GAS do wzoru z pkt 10.8.4. SWZ jakikolwiek prawidłowy wynik na potrzeby kryterium oceny ofert nie jest możliwy do osiągnięcia, bowiem w każdym przypadku dzielenie nastąpi przez zero. Pkt 10.9.1., 10.9.2., 10.9.3. SWZ stanowią o konieczności uwzględnienia w cenie wszystkich kosztów oraz wyrażenia ceny oferty oraz wartości netto w PLN lub EUR, zgodnie z polskim systemem płatniczym, z dokładnością do drugiego miejsca po przecinku. Z ww. postanowień wynika oczekiwanie Zamawiającego odnośnie do szczegółowego, z dokładnością do dwóch 4/5 miejsc po przecinku wyliczenia wszystkich kosztów składających na każdy z elementów cenotwórczych oraz wyrażenie cen w realnej wartości umożliwiającej jej odzwierciedlenie w PLN lub EURO, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. W SWZ zdefiniowano również pojęcie „Ceny", przez którą należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 o informowaniu o cenach towarów i usług. Cena to określona wartość pieniężna zakładająca odpłatność świadczonej usługi. W związku z powyższym zasadne jest odrzucenie oferty również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy, zgodnie z którym: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia".

4. W zakresie sprzeczności z ustawą PZP należy wskazać na treść art. 7 pkt 32 Ustawy, zgodnie z którym przez „zamówienie" należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której wykonawca chcąc uzyskać dane zamówienie, podaje w ofercie cenę, która tylko częściowo uwzględnia koszty jego wykonania, natomiast pozostałe koszty zalicza do kosztów innej swojej działalności, tym samym eliminując innych wykonawców którzy zgodnie z opisem sposobu wykonania zamówienia ustalonym w postanowieniach SWZ dokonali obliczenia ceny ofertowej. Nadto taka kalkulacja dokonana przez Konsorcjum GAS prowadzi do sytuacji, w której usługi mogą być wykonywane całkowicie nieodpłatnie, albowiem wynagrodzenie stałe wynosi „0", a wynagrodzenie zmienne uzależnione jest od liczby lotów, której w żadnym zakresie Zamawiający nie jest w stanie zagwarantować. W związku z powyższym zasadne jest odrzucenie oferty również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Ustawy, zgodnie z którym: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy".

5. Z przytoczonych postanowień SWZ wynika obowiązek szczegółowego, z dokładnością do

dwóch miejsc po przecinku wyliczenia wszystkich kosztów składających na każdy z elementów cenotwórczych. Wskazane przez wykonawców wartości powinny zostać skalkulowane z należytą starannością, w sposób uwzględniający wszystkie wydatki i koszty stałe, tak aby możliwe było porównanie wszystkich złożonych ofert oraz ich ocena pod kątem kryteriów oceny, w których wyraźnie odróżniona została punktacja za Część Stałą i Część Zmienną. Każdy z oferentów na podstawie postanowień SWZ zobowiązany był zatem do odrębnego ujęcia w formularzu cenowym oddzielnie Ceny Stałej i Ceny Zmiennej na podstawie realnych kosztów składających się na te części. W związku z powyższym zasadne jest odrzucenie oferty również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Ustawy, zgodnie z którym: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu".

Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- pkt 3: jest niezgodna z przepisami ustawy;

- pkt 5: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- pkt 7: została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- pkt 8: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- pkt 10: zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, chociaż nie wszystkie podstawy prawne tej czynności, które wskazał, zostały wykazane lub należycie uzasadnione. Zbędne i niezasadne było - zdaniem Izby - przypisanie do tych samych okoliczności faktycznych aż pięciu podstaw prawnych odrzucenia oferty, nie zmienia to jednak faktu, że czynność odrzucenia była zasadna, a odwołanie w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo uznał, że oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Jak wynika z § 7 pkt 7.2.1 wzoru umowy, stałe miesięczne wynagrodzenie ACMI obejmuje wszelkie koszty (w tym m.in. pozyskanie śmigłowca, utrzymanie załogi, obsługę techniczną śmigłowca, ubezpieczenie, opłaty za postój statku powietrznego na wyznaczonej do tego powierzchni lotniska), związane z utrzymaniem gotowości do świadczenia usługi. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca takie koszty będzie realnie ponosił w toku realizacji umowy, niezależnie od liczby wykonywanych usług transportu. Skoro Odwołujący nie ujął ich w części stałej ceny, to uprawniony jest wniosek, że koszty te zostały ujęte w części zmiennej, dotyczącej wynagrodzenia za czas lotu. Zostało to zresztą potwierdzone przez samego Odwołującego w złożonych przez niego wyjaśnieniach dotyczących zaoferowanej ceny, w których podał, że: zaoferował cenę na poziomie 83% kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, skalkulował wszystkie koszty związane z wykonywaniem umowy na poziomie rynkowym, bazując na dotychczasowych doświadczeniach, przyjmując, że w ramach wykonywania lotu pozycja ACMI stanowi tylko mały fragment wynagrodzenia, który może być zamieszczony w innych pozycjach wynagrodzenia, o ile jest to rentowne dla Wykonawcy.

Dodatkowym potwierdzeniem, że Odwołujący ujął koszty stałe w wynagrodzeniu za czas lotu, może być również samo porównanie składników ceny w ofercie Odwołującego i Przystępującego. W obu ofertach wynagrodzenie całkowite zostało określone na podobnym poziomie (Odwołujący 8.400.055,84 EUR, Przystępujący 8.635.309,16 EUR), przy czym Odwołujący, oferując wykonanie zamówienia bez wynagrodzenia stałego wycenił część zmienną tego wynagrodzenia na kwotę o ponad 73% wyższą niż Przystępujący.

Wobec powyższego, nie może być - zdaniem Izby - wątpliwości, że koszty stałe, o których mowa w § 7 pkt 7.2.1 wzoru umowy, zostały przez Odwołującego ujęte w części zmiennej wynagrodzenia.

Dla oceny dopuszczalności takiego przeniesienia kosztów między częściami składowymi ceny ofertowej należało wziąć pod uwagę, że wynagrodzenie stałe

i wynagrodzenie zmienne stanowiły odrębne kryteria oceny oferty, przy czym kryterium dotyczące wynagrodzenia stałego miało istotnie wyższą wagę. Zatem przeniesienie kosztów stałych do części zmiennej wynagrodzenia przekładało się bezpośrednio na punktację i ranking ofert. Oferta z wynagrodzeniem stałym 0 EUR, przy dokonaniu jej oceny tak, jak tego domaga się Odwołujący (tj. przyznaniu jej maksymalnej liczby punktów w tym kryterium) powoduje, że każdy inny wykonawca zostaje pozbawiony szans na uzyskanie jakichkolwiek punktów w kryterium o najwyższej wadze, a w konsekwencji istotnie zmniejszone są jego szanse na uzyskanie zamówienia. Dodatkowo przeniesienie kosztów między częściami ceny w tym postępowaniu bezpośrednio przekłada się na przyszłe rozliczenia stron umowy, które wyglądałyby inaczej, niż w sytuacji, gdyby koszty zostały ujęte w cenie oferty odpowiednio do ich rodzaju.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że ujęcie kosztów stałych w części zmiennej wynagrodzenia było w okolicznościach przedmiotowej sprawy niedopuszczalne. Oceny tej nie zmienia podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że żadne postanowienie SWZ nie zabraniało zaoferowania ceny 0 EUR. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że Zamawiający wyraźnie określił, jakie składniki ma obejmować część stała wynagrodzenia, a jakie - część zmienna. Sztuczne przeniesienie tych składników z jednej kategorii wynagrodzenia do drugiej, nie było więc prawidłowe.

Co więcej, biorąc pod uwagę wagę poszczególnych kryteriów oceny ofert, należy stwierdzić, że jeśli wykonawca w sposób sztuczny, wbrew wytycznym Zamawiającego, obniża do zera wynagrodzenie stałe (wyżej punktowane), istotnie zawyżając wynagrodzenie zmienne (o niższej wadze), to manipuluje oceną oferty i działa z zamiarem zwiększenia swojej punktacji w inny sposób niż poprzez normalne konkurowanie ceną, w konsekwencji zwiększając swoje na uzyskanie zamówienia, kosztem innym wykonawców. Takie działanie Odwołującego nosi - w ocenie Izby - znamiona czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Nie ulega bowiem wątpliwości, że Odwołujący w sposób naganny, niemieszczący się w granicach normalnej rywalizacji rynkowej, wykorzystuje postanowienia SWZ dotyczące sposobu oceny ofert, co najmniej zagrażając interesom konkurencyjnych wykonawców, przez istotne ograniczenie ich szans na uzyskanie zamówienia. Działanie Odwołującego jest - zdaniem Izby - typowym przykładem czynu nieuczciwej konkurencji w postępowaniach o udzielnie zamówienia publicznego.

Zauważenia wymaga również, że dla zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty określonej w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wystarczające jest działanie z zamiarem wpłynięcia na ranking ofert, bez względu na to, czy faktycznie działanie to doprowadziło to takich skutków. Nie ma zatem znaczenia okoliczność, że cena całkowita oferty Odwołującego była niższa. Bez znaczenia pozostaje też, czy nawet w sytuacji prawidłowego wydzielenia z tej ceny wynagrodzenia stałego, oferta Odwołującego i tak pozostałaby najkorzystniejsza. Wolą ustawodawcy jest bowiem wyciąganie konsekwencji wobec wykonawców już za samo ukierunkowanie ich działań na nieuczciwe praktyki, bez względu na to, na ile ostatecznie okazały się one skuteczne.

W ocenie Izby wskazany powyżej sposób manipulowania przez Odwołującego ceną ofertową, stanowił nie tylko czyn nieuczciwej konkurencji, ale jednocześnie stał w sprzeczności z zawartymi w SWZ wytycznymi dotyczącymi sposobu obliczenia ceny, co uzasadnia uznanie oferty również za zawierającą błąd w obliczeniu ceny. Biorąc pod uwagę, że z postanowień SWZ wynika obowiązek skalkulowania ceny z należytą starannością, a Zamawiający określił, jakie rodzaje kosztów należy przypisać do poszczególnych składników ceny (do części stałej i do części zmiennej), zignorowanie tych wytycznych pozwala stwierdzić, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba nie dopatrzyła się podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający nie uzasadnił należycie odrzucenia oferty Odwołującego, jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Zgodnie z art. art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W ocenie Izby Zamawiający wywiązał się z obowiązku przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego jako złożonej w warunkach czynu

nieuczciwej konkurencji i zawierającej błąd w obliczeniu ceny, podając, jakie okoliczności legły u podstaw tej decyzji, w sposób pozwalający poznać ocenę Zamawiającego i podjąć z nią polemikę.

W odniesieniu do czynu nieuczciwej konkurencji Zamawiający podał, na czym jego zdaniem polegał mechanizm tego czynu, wskazując na dopuszczenie się manipulowania ceną poprzez dokonanie przerzucenia kosztów i zysku z Części Stałej na Część Zmienną oraz na możliwy efekt takiego działania, w postaci uzyskania jak najwyższej liczby punktów. Zamawiający odniósł działanie wykonawcy do ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert oraz ich wagi. W ocenie Izby takie uzasadnienie należy uznać za wystarczające, obrazuje ono bowiem tok rozumowania Zamawiającego oraz przedstawia okoliczności, które doprowadziły go do wniosku o konieczności odrzucenia oferty. Biorąc pod uwagę, że mechanizm tego czynu jest dość wyraźny i typowy, kwestia ta nie wymagała zaprezentowania przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty wyjątkowo pogłębionej analizy.

Analogicznie należy ocenić przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, na czym polegał błąd w obliczeniu ceny oferty Odwołującego, odwołał się do postanowień SWZ określających wytyczne dotyczące sposobu jej obliczenia, których Odwołujący nie uwzględnił przy obliczeniu swojej ceny. Popełniony przez Odwołującego błąd w obliczeniu ceny nie był kwestią skomplikowaną, wymagającą szczególnie pogłębionego wywodu.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał natomiast zasadności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3, 5 i 8 ustawy Pzp.

Po pierwsze, niezasadne w ocenie Izby jest wywodzenie niezgodności oferty Odwołującego z przepisami ustawy, oparte na definicji zamówienia publicznego jako umowy odpłatnej. Abstrahując od kwestii możliwości uznania oferty za niezgodną z ustawową definicją zamówienia, nie sposób twierdzić, że oferta Odwołującego obejmuje świadczenia wykonywane nieodpłatnie, Odwołujący bowiem wyraźnie oczekuje za te świadczenia wynagrodzenia. Okoliczność, że konstrukcja tego wynagrodzenia jest wadliwa, a wadliwość ta polega na przeniesieniu kosztów stałych do części zmiennej wynagrodzenia (na co wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia), nie może prowadzić do wniosku, że zamiarem wykonawcy jest nieodpłatne wykonanie umowy. W ocenie Izby wskazanie przez Zamawiającego na przepis art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest niezasadnym i zbędnym mnożeniem podstaw prawnych odrzucenia oferty na podstawie tych samych okoliczności faktycznych, wypełniających przesłanki określone w innych przepisach ustawy.

Zamawiający nie wykazał również zasadności zakwalifikowania oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Zamawiający powołał się w tym zakresie na okoliczność, że wbrew wymaganiom SWZ Odwołujący nie wskazał realnej wartości liczbowej we wskazanej przez Zamawiającego walucie oraz na to, że po podstawieniu danych z oferty Odwołującego do wzoru określonego w SWZ, w związku z koniecznością dzielenia przez 0 nie jest możliwe osiągnięcie jakiegokolwiek prawidłowego wyniku. Zamawiający powołał się też na wskazaną w SWZ definicję ceny.

Odnosząc się do powyższego stanowiska Zamawiającego należy wskazać, że zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem, niezgodność oferty z warunkami zamówienia zachodzi w sytuacji, gdy oferowany przedmiot zamówienia lub sposób jego wykonania nie odpowiada merytorycznym wymaganiom określonym przez zamawiającego. Wskazane przez Zamawiającego okoliczności nie odwołują się do merytorycznych cech oferowanego świadczenia, ale do oczekiwanego przez Zamawiającego sposobu obliczenia ceny oferty. Okoliczności te mogłyby być zatem uznane za uzasadniające odrzucenie oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, natomiast zakwalifikowanie ich jako świadczących o niezgodności oferty z warunkami zamówienia jest zdaniem Izby niezasadne.

Na koniec należy wskazać, że Zamawiający ani nie wykazał, ani nie uzasadnił należycie odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę. W tym zakresie uzasadnienie odrzucenia ogranicza się w zasadzie do wskazania poglądów orzecznictwa na temat definicji rażąco niskiej ceny i możliwości jej odniesienia zarówno do ceny całkowitej, jak i do części składowych ceny. Uzasadnienie nie zawiera żadnej analizy ani oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny oraz załączonych do tych wyjaśnień dowodów. Od dokonania takiej oceny nie zwalniał Zamawiającego fakt, że cena oferty Odwołującego była obarczona błędem i świadczyła o dopuszczeniu się czynu nieuczciwej konkurencji, są to bowiem odrębne podstawy odrzucenia oferty i inne okoliczności przemawiają za koniecznością ich zastosowania. To, że

Odwołujący zaoferował cenę stałą 0 EUR, powiększając cenę zmienną, świadczy

w okolicznościach tej sprawy o błędzie w obliczeniu ceny oraz o czynie nieuczciwej konkurencji, nie jest jednak tożsame z zaoferowaniem rażąco niskiej ceny - to bowiem wymagałoby wykazania, w oparciu o złożone przez wykonawcę wyjaśnienia, że nie jest możliwe prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie podjął nawet takiej próby.

Niezależnie jednak od faktu, że nie wszystkie podstawy odrzucenia oferty Odwołującego były prawidłowe, należy stwierdzić, że oferta Odwołującego została zasadnie odrzucona.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania unieważnienia postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający w załączniku nr 7 do wzoru umowy określił podstawowe parametry techniczne pokładów dla śmigłowców na platformach Lotos Petrobaltic. W odniesieniu do platformy Baltic Beta Zamawiający podał, że dopuszczalna masa śmigłowca to 12.537 kg. Zamawiający zamieścił w ww. załączniku informację, że lądowisko na platformie Baltic Beta jest w trakcie modernizacji. Przystępujący oświadczył w punkcie I.B.b formularza ofertowego, że usługi lotnicze będą świadczone przy wykorzystaniu śmigłowca /typ/: Leonardo AW139 wyprodukowanego w /data produkcji - miesiąc i rok/: marzec 2015 r.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Istotą sporu w tym zakresie była możliwość wykonania przedmiotu umowy przez Przystępującego, przy użyciu śmigłowca o masie przekraczającej 5 000 kg, podczas gdy istnieje rozbieżność między dopuszczalną masą śmigłowca dla platformy Baltic Beta wskazaną w SWZ (12.537 kg), a masą określoną w decyzji nr PBA/DG/OI 9/18/WP wydanej przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego LOTOS Petrobaltic S.A. z 19 października 2018 r. Odwołujący wywodził z tego, że treść SWZ jest wadliwa i uniemożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób bezpieczny i zgodny z przepisami.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego po pierwsze wskazać należy, że nie kwestionował on błędnych - jego zdaniem - postanowień SWZ na właściwym etapie postępowania. Niezależnie od tego, nie sposób twierdzić, że nie można zawrzeć ważnej umowy i wykonać zamówienia w sytuacji, gdy podnoszona przez Odwołującego okoliczność dotyczy jednej z czterech platform objętych przedmiotem zamówienia. Najistotniejsze i ostatecznie przesądzające o bezzasadności zarzutu jest jednak to, że Zamawiający
27

przedstawił decyzję Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego z 25 stycznia 2022 r., zgodnie z którą ograniczenie masy śmigłowca lądującego na ww. platformie wynosi obecnie 7 000 kg, a więc więcej niż wskazana przez Odwołującego masa śmigłowca Przystępującego powiększona o paliwo i masę członków załogi. Odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował tej okoliczności ani nie przedstawił dowodu przeciwnego. W związku z tym zarzut należało uznać za oczywiście bezzasadny.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy w stopniu mającym lub mogącym mieć wpływ na wynik postępowania, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1

2020 r.
poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania

Odwołującego.

Przewodniczący: .....