

Sygn. akt: KIO 4556/24

## WYROK

Warszawa, dnia 20 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2024 r. przez wykonawcę **Automated Detections sp. z o.o., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Gdańsku, ul. Na Stoku 50, 80-958 Gdańsk,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego, tj. wykonawcy **F.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.W., ul. Fabryczna 195, 24-300 Opole Lubelskie,**

### orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** w zakresie zarzutów dotyczących: braku wykazania przez wykonawcę F.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D.W. spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie numeru uprawnień, sporządzania raportów, powierzchni wykonywania usługi nr 3 oraz braku wykazania realności ceny jego oferty w części nr 6 i 7 zamówienia, i nakazuje zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach nr 1, 2, 3, 5, 6 i 7,

b) w części nr 6 i 7 – odrzucenie oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych,

c) w części nr 1, 2, 3 i 5 – wezwanie ww. wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia:

▪ załącznika nr 7, czyli wykazu osób o numery uprawnień dla osób, które posiadają wszystkie cztery ich rodzaje, tj. NSTS-01, NSTS-02, NSTS-05 i NSTS-06,

▪ załącznika nr 8, czyli wykazu oblotów o informację o sporządzanych raportach i o powierzchni, na której była wykonywana usługa wskazana pod numerem 3 w tym wykazie,

d) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w częściach nr 1, 2, 3, 5, 6 i 7,

2. w pozostałym zakresie **oddala odwołanie,**

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części 4/9 i odwołującego w części 5/9, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę 181 zł 30 gr (słownie: sto osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści groszy) tytułem dojazdu odwołującego na rozprawę,

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 014 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czternaście złotych zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 4556/24

### UZASADNIENIE

Zamawiający – Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Gdańsku, ul. Na Stoku 50, 80-958 Gdańsk, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa polegająca na ustaleniu bytowania dzików przy wykorzystaniu obrazowań termowizyjnych oraz samolotów bezzałogowych dla Wojewódzkiego Inspektoratu Weterynarii w Gdańsku - 7 części”, numer referencyjny: WIW-a-z.272.23.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 08.11.2024 r., nr 2024/BZP 00586436/01.

W dniu 02.12.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Automated Detections sp. z o.o., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez nieodrzućenie ofert wykonawcy Drone Works F.G., który nie spełnił warunków udziału w

postępowaniu, ponieważ nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

- 2) lub z ostrożności procesowej - art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawcy Drone Works F.G., który nie złożył podmiotowych środków dowodowych wymaganych przez Zamawiającego w SWZ,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Drone Works F.G., która jest niezgodna z przepisami Rozporządzenia Wykonawczego Komisji UE nr 2019/947 - art. 16, a także z wytycznymi Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego w sprawie Krajowego Scenariusza Standardowego NSTS-01, 02, 05, 06, cc oznacza, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Drone Works F.G., która przedstawia rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 5) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Drone Works F.G., która nie jest ofertą najkorzystniejszą,
- 6) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania naszej firmy w stosunku do innego uczestnika postępowania, który złożył ofertę w postępowaniu.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„1. W SWZ w rozdz. 7 pkt. 1.4.a) Zamawiający wymagał dysponowania pracownikami, którzy posiadają uprawnienia do wykonywanych lotów będących przedmiotem zamówienia, co należało wykazać w załączniku nr 7 (zgodnych z NSTS-01, NSTS-02, NSTS-05, NSTS-06). Tymczasem zgodnie z załącznikiem nr 7 do SWZ – Wykaz osób wykonawcy wykazał jedynie 3 pracowników, którzy posiadają wymagane uprawnienia, co nie gwarantuje zrealizowania zamówienia na wszystkich częściach, na których wg oceny Zamawiającego złożył najkorzystniejszą ofertę przy wykorzystaniu pracowników z odpowiednimi uprawnieniami. Oznacza to, że wykonawca Drone Works F.G. wykonywać będzie przedmiotowe zamówienie niezgodnie z przepisami dotyczącymi operacji VLOS, które wymagają stałego kontaktu wzrokowego z dronem, zatem oferty wykonawcy dotyczące przynajmniej trzech części będą niezgodne z Rozporządzeniem Wykonawczym Komisji UE nr 2019/947 art. 16. a także z wytycznymi Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego w sprawie Krajowego Scenariusza Standardowego NSTS-01, 02, 05, 06.

Również z założeń kalkulacji ceny oferty, którą wykonawca złożył w ramach wyjaśnień wynika, że praca wykonywana będzie przez sześciu pracowników (zwanych przez niego operatorami) pojedynczo, a w rzeczywistości są to piloci dronów, co oznacza, że na obszarach dotyczących trzech części pracę wykonywać będą osoby bez uprawnień. Zatem wykonawca zakłada, że na tych obszarach zamówienia wykonywane będą z naruszeniem ww. przepisów, co stanowi podstawę do odrzucenia tych ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) i 5) uPzp.

W załączniku nr 7 w tytule kol. 4 Zamawiający wymagał również podania w szczególności numeru uprawnień. W przedstawionym przez wykonawcę zestawieniu brak tych informacji (dowód: załącznik n1 - załącznik nr 7 do SWZ). Oznacza to, że z oferty wykonawcy nie wynika iż spełnia on wymagania określone w SWZ, gdyż nie złożył wymaganych w rozdz. 7 pkt. 1.4.a) podmiotowych środków dowodowych, zatem jego oferta w zakresie wszystkich części podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 b) i c) uPzp.

2. W SWZ w rozdz. 7 pkt. 1.4.b) Zamawiający wymagał doświadczenia w zakresie wykonania przynajmniej trzech oblotów polegających na liczeniu grubej zwierzyny oraz ze sporządzeniem raportu z podaniem ich rodzaju, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których usługa została wykonana na powierzchni min. 10 000 ha. Tymczasem w ofercie wykonawca nie wykazał iż spełnia powyższy wymóg, a mianowicie:

- żadnego z wykazanych w załączniku nr 8 zamówień nie wynika, że sporządzone zostały raporty z wykonania tych usług, oraz nie wynika również, że inwentaryzacji zwierzyny lub liczenia populacji dzików dokonano za pomocą oblotów. (Dowód: załącznik nr 2 – załącznik nr 8 do SWZ) Nie wynika to również z dołączonych do oferty wykonawcy referencji. (Dowód: załącznik nr 3 – referencje 3szt),
- Nadto z wystawionego przez Lubelskie Towarzystwo Prawidłowego Myślistwa „Jeleń” Zaświadczenia (Dowód: załącznik nr 4 – zaświadczenie wykonania zlecenia) wykonania zlecenia wynika, że „w dniu 10.03.2024 roku firma Drone Works F.G. brała udział w skutecznej inwentaryzacji zwierzyny łownej, a więc jedynie brała udział, a nie wykonała, co jest oczywiste, ponieważ zamówienia dotyczącego obszaru 10605 ha, w tym powierzchni leśnej 5633 ha nie można zrealizować w ciągu jednego dnia, bo jak sam wykonawca stwierdził w złożonych wyjaśnieniach (dowód : załącznik nr 5 – Uzupełnienie do oświadczenia o rażąco niskiej cenie) jest w stanie wykonać w ciągu jednego dnia prace będące przedmiotem zamówienia na obszarze 30 km<sup>2</sup>, co jak wykazaliśmy niżej jest również nierealne,
- wymienionej w pkt. 3 tabeli usługi nie wynika również na jakim obszarze usługa została wykonana, gdyż brak jest informacji w tym zakresie.

Oznacza to, że z oferty wykonawcy nie wynika iż spełnia on wymagania określone w SWZ, gdyż nie złożył wymaganych

w rozdz. 7 pkt. 1.4.b) podmiotowych środków dowodowych, co oznacza, że jego oferta w zakresie wszystkich części podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 b) i c) uPzp.

3. Wykonawca Drone Works F.G. złożył wyjaśnienia, (dowód: załącznik nr 5 – Uzupelnienie do oświadczenia o rażąco niskiej cenie) o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 1 – 7 gdyż cena w zakresie realizacji zadania budziła wątpliwości Zamawiającego. Zgodnie z art. 224 ust 5 i 6 obowiązek wykazania wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, lub jej istotnych części składowych dotyczących w szczególności okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 1 – 7 uPzp spoczywa na wykonawcy. Wykonawca złożył wyjaśnienia, jedynie w formie własnego oświadczenia nie poparte żadnymi wiarygodnymi dowodami, które niczego nie wyjaśniają, gdyż w całości są niewiarygodne, lub wręcz nieprawdziwe, bo oparte na błędnych założeniach i nie mogą zmienić oceny iż cena ofert wykonawcy jest rażąco niska. Dotyczy to wszystkich ofert wykonawcy, gdyż jak wynika w wyjaśnieniu cenę wszystkich ofert traktował on jako całość. I tak:

a. "w projekcie weźmie udział 6 operatorów"

Natomiast w załączniku nr 7 złożonym przez Wykonawcę do postępowania wykazał on tylko 3 pilotów dronów, których nazywa operatorami z wymaganymi uprawnieniami, lecz bez podania numerów uprawnień.

b. "Zakładając że każdy z operatorów będzie latał 8 godzin dziennie przez 12 dni daje nam to łącznie 576 roboczogodzin" Założenie jest błędne ponieważ, jak podaje Wykonawca, 8 godzin lotu, dodając dojazdy, wymianę baterii, starty, lądowania, ładowanie baterii, zapisywanie obserwacji terenowych, zapisywanie przebiegu lotu, przerwy, posiłki to realnie wychodzi 12 godzin pracy. Dodatkowo Wykonawca nie zwrócił uwagi i nie uwzględnił dni, kiedy loty nie będą możliwe, będą utrudnione przez utrzymujące się złe warunki atmosferyczne. 25% dni w grudniu mamy deszczowych co uniemożliwia lot gdyż woda dla kamery termowizyjnej działa jak lustro, a osadzona na soczewce zniekształca obraz. (dowód: – załącznik nr 6 – Dane historyczne dotyczące miesiąca grudnia) Dodatkowo drony ze specyfikacji nie mogą latać przy podmuchach wiatru pow. 12m/s (dowód: załącznik nr 7 – fragment dokumentacji techniczno – ruchowej - instrukcji dronów termowizyjnych). w związku z powyższym niezbędne dla prawidłowości kalkulacji kosztów jest założenie 30% dni dodatkowych, kiedy prowadzenie lotów będzie niemożliwe, z czego wynika, że zamiast 12 dni jak przyjął wykonawca należy przyjąć co najmniej 16 dni. Wykonawca założył na sporządzenie raportów 2 dni, co oznacza, że nie jest w stanie zrealizować zamówienia w terminie. Nadto deklaracja przygotowania raportów w ciągu dwóch dni dla tak dużego obszaru jest nierealistyczna i przeczy standardom profesjonalnej analizy danych termowizyjnych.

c. "Podczas dnia operator musi sprawdzić teren o powierzchni około 24 km<sup>2</sup>. Jest to obszar o wymiarach 3 km na 8 km". Jest to kolejne błędne założenie, które dotyczy terenu. Teren jest bardzo poszatkowany i nieregularny jak na przykładzie kawałka mapy poniżej (dowód: załącznik nr 8 – fragment mapy obszaru jednej z części). Brak jest możliwości, jak przyjął wykonawca, podzielenia obszarów na prostokąty o wymiarach 3 x 8 km. Jeżeli przyjąć takie założenie, to aby objąć cały teren wskazany w opisie przedmiotu zamówienia należałoby wykonać obloty na terenie ok 2-krotnie większym – tj. 300 000 ha.

d. "zasięg drona nawet w terenach zalesionych wystarcza na przelot do 1.7 km w jedną stronę"

Jest to niezgodne z prawdą. Zasięg łączności dronów w terenach leśnych przy cywilnym radiu i używaniu cywilnych pasm radiowych wynosi ok 500-600m, Po tym zasięgu jeżeli dalej mamy obraz to jego jakość znacznie spada i identyfikacja zwierzęcia nie będzie możliwa. Takie założenie również wpływa na błędną kalkulację ceny oferty, jej oczywiste zaniżenie, gdyż przyjęte dane są nieprawdziwe.

e. "Zakładając parametry lotu na wysokości od 100-120 m"

Dodatkowo czasem trzeba podlecieć trochę niżej aby zidentyfikować co to za zwierzę, w terenach leśnych aby pod odpowiednim kątem spojrzeć za drzewo należy obniżyć wysokość lotu co dodatkowo osłabia zasięg łączności radiowej, dlatego parametr utrzymywania łączności radiowej na zasięgu 1,5 czy 1,7km jest niemożliwy do osiągnięcia. Jest to kolejne błędne założenie, które również wpływa na nieprawidłową kalkulację ceny oferty i jej zaniżenie.

f. "operator będzie szedł w połowie 3 kilometrowego"

Operator - inaczej Pilot drona, może wykonywać loty w zasięgu wzroku lub poza zasięgiem wzroku. Większość osób wykazanych w załączniku 7 nie posiada uprawnień do lotów poza zasięgiem wzroku (BVLOS) a parametry misji (lot w odległości 1,5 km od pilota w terenie leśnym) wskazuje, że takie misje wykonawca chciał realizować, gdyż takie warunki występują we wszystkich częściach. Jeżeli chciałby je realizować zgodnie z prawem potrzebuje aby w towarzystwie pilota drona był dodatkowy obserwator, którego obecności wykonawca nie zakłada. Pilot drona nie może jednocześnie mieć kontroli nad sprzętem, szukać na obrazie zwierzęcy oraz przemieszczać się pieszo przez teren leśny samodzielnie - jest to bardzo nieodpowiedzialne i niebezpieczne, ponieważ na terenie grasują dzikie zwierzęta, co zagrażałoby zdrowiu pilotów. Dlatego każdy zespół operacyjny powinien składać się z 2 osób i mieć do dyspozycji samochód do ogrzewania się w trudnych zimowych warunkach oraz jako schronienie przed zwierzętami, dodatkowo agregat prądotwórczy, aby ładować baterie dronów między lotami - tak przygotowany zespół jest w stanie przetworzyć wymagany w zamówieniu obszar. Wszystkich tych elementów w założeniach do kalkulacji przedstawionych przez

wykonawcę brak, oznacza to, że wykonawca nie jest w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia za podaną cenę, gdyż nie przewidział powyższych elementów kosztów.

g. "Podczas przeprowadzanych przez nas dwudniowych testów w warunkach leśnych (gdzie zasięg zawsze jest mniej stabilny niż na terenach otwartych) udało się uzyskać wydajność na poziomie 30 km<sup>2</sup> (pierwszy dzień) oraz 34 km<sup>2</sup>."

Z powyższego wynika, że Wykonawca nie ma doświadczenia w realizacji takich zamówień. Musiał przeprowadzić dwudniowe testy. Z tego wynika, że wykonawca nie posiada elementarnego doświadczenia przy świadczeniu usług będących przedmiotem zamówienia. Przedstawione referencje dotyczące zrealizowanych zamówień nie zostały zakończone sporządzeniem raportu, tak więc wykonana usługa jedynie w pewnym zakresie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SWZ. W dokumentach wykonawca opisuje zamówienie jako precedensowe, co wskazuje, że zamierza zdobywać doświadczenie przy realizacji tego zamówienia, zamiast realizować je w sposób profesjonalny.

h. "Paliwo: około 400 zł dziennie (jesteśmy w posiadaniu 8 osobowego samochodu co znacząco redukuje koszty paliwa)" Wykorzystanie jednego samochodu do realizacji sześciu części zamówienia, których obszary są znacznie oddalone od siebie i kalkulowanie w ten sposób kosztu paliwa jest co najmniej niepoważne. Do realizacji przedmiotu zamówienia bowiem na każdej części wykonawca musi dysponować odrębnym samochodem terenowym, co przy realizacji sześciu zamówień równocześnie i przy założeniu krótkiego terminu realizacji daje sześć samochodów i koszty paliwa winny być w ten sposób kalkulowane. Zatem wniosek jest oczywisty, że wykonawca nie jest w stanie zrealizować w całości wszystkich części zamówienia, gdyż jak sam oświadczył posiada jedynie jeden samochód, co nie zabezpiecza potrzeb transportowych dla realizacji zamówienia na wszystkich częściach. Przyjęcie 400,00 zł dziennie na paliwo jest wyraźnym zaniżeniem kosztów i jest kolejnym elementem rażąco niskiej ceny. Poza tym jeden 8 osobowy samochód nie pomieści 6 pilotów, 6 dronów termowizyjnych, 6 agregatów do ładowania baterii i innego sprzętu nie mówiąc o 6 asystentach (obserwatorach), których wykonawca nie przewidział a są oni niezbędni biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia. Poruszanie się w trudnym, zimowym terenie leśnym dodatkowo wydłuży czas realizacji zadań, co nie zostało uwzględnione w kalkulacjach.

i. "logiczne wytłumaczenie tego proceduru znajduje się w kosztach stałych takich jak transport czy nocleg które niezależnie od obszaru pozostają niezmiennie"

To wyjaśnienie jest wręcz niedorzeczne. Koszty noclegu oraz transportu bowiem rosną ze względu na liczbę osób i obszar działania. Im więcej osób tym droższy nocleg oraz im większy obszar tym więcej trzeba się najeździć, a więc koszty transportu rosną, nie mówiąc o tym, że w praktyce niezbędne będzie użycie 6 samochodów terenowych.

j. "Niewątpliwie po należytym wypełnieniu założeń projektu będzie to także zlecenie, które może zachęcić innych klientów do skorzystania z naszych usług"

Jest to kolejny element wyjaśnienia wskazujący, że wykonawca nie realizował wcześniej takich zamówień. Jak podaje dopiero to zamówienie, które uważa za precedensowe w branży związanej z bezzałogowymi statkami powietrznymi zachęci innych klientów do skorzystania z jego usług.

Jak z powyższego wynika, ceny zaproponowane w ofercie na poszczególne części noszą znamiona rażąco niskiej ceny. Złożone wyjaśnienia jedynie potwierdzają, że ceny ofert wykonawcy Drone Works F.G. zostały skalkulowane przy przyjęciu błędnych założeń i jako takie są niewiarygodne, nierealistyczne i nie gwarantują zrealizowania zamówień.

W tym stanie faktycznym w naszej ocenie Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru jako najkorzystniejszych ofert wykonawcy Drone Works F.G. w zakresie części 1, 2, 3, 5, 6, 7, gdyż zaniechał ich odrzucenia co zostało wyżej wykazane lub zaniechał ewentualnego wezwania do uzupełnienia dokumentów."

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy Drone Works F.G. lub wezwania do uzupełnienia dokumentów,
- 4) ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 06.12.2024 r. wykonawca F.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D.W., ul. Fabryczna 195, 24-300 Opole Lubelskie (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 10.12.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego odrzucenie na podstawie art. 228 pkt 2 ustawy Pzp jako wniesione przez podmiot nieuprawniony z powodu tego, że zostało ono podpisane tylko przez jedną osobę, podczas gdy zgodnie z informacją z KRS przy zarządzie wieloosobowym uprawnionymi do reprezentacji Odwołującego są dwie osoby. Na wypadek nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania, Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.**

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na ustaleniu miejsca bytowania dzików przy wykorzystaniu zobrazowań termowizyjnych oraz samolotów bezzałogowych. Przedmiot zamówienia został podzielony na 7 części, z których każda dotyczy innego obszaru określonego zgodnie z mapą i wykazem obwodów łowieckich, obszary różnią się też powierzchnią. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części nr 1, 2, 3, 5, 6 i 7.

W rozdziale 7 specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) Zamawiający w pkt 1.4. wskazał następujące warunki udziału w postępowaniu:

a) dysponuje pracownikami którzy posiadają uprawnienia do wykonywanych lotów będących przedmiotem zamówienia (zgodnych z NSTS-01, NSTS-02, NSTS-05, NSTS-06),

b) posiada doświadczenie i wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 2 latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, przynajmniej 3 oblotów polegających na liczeniu grubej zwierzyny oraz ze sporządzeniem raportu wraz z podaniem ich rodzaju, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których usługa została wykonana na powierzchni min. 10000 ha.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunków w rozdziale 9 SWZ Zamawiający żądał:

„4.1.3 wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacją o posiadanych uprawnieniach - wg wzoru - załącznik nr 7 do SWZ,

4.1.4 wykazu wykonanych oblotów polegających na ustalaniu miejsca bytowania grubej zwierzyny przy wykorzystaniu zobrazowań termowizyjnych oraz samolotów bezzałogowych wraz ze sporządzeniem raportu z wykonanej usługi nie wcześniej niż w okresie ostatnich 2 latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, przynajmniej 3 wraz z podaniem ich rodzaju, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których usługa została wykonana na powierzchni min. 10000 ha – Załącznik nr 8 do SWZ.”

W zał. nr 7 - wykazie osób Zamawiający zamieścił tabelę z dwoma wierszami na wpisanie: imienia i nazwiska, pełnionej funkcji, posiadanych uprawnień do lotów zgodnych z NSTS-01, NSTS-02, NSTS-05, NSTS-06 (rodzaj i nr) oraz podstawy dysponowania daną osobą.

W zał. nr 8 – wykazie wykonanych oblotów Zamawiający zamieścił tabelę z trzema wierszami na wpisanie: charakterystyki zamówienia - informacji potwierdzających spełnienie warunku, powierzchni oblotu, dat wykonania, zamawiającego i wykonawcy.

Przystępujący złożył załącznik nr 7 – wykaz osób, w którym wpisał 7 operatorów, ale tylko dla 3 z nich wpisał uprawnienia do wykonywanych lotów NSTS-01, NSTS-02, NSTS-05 i NSTS-06, przy czym nie wpisał numerów tych uprawnień (dla pozostałych 4 osób wpisał tylko jeden lub dwa NSTS).

Przystępujący złożył też załącznik nr 8 – wykaz oblotów, w którym wskazał:

1) inwentaryzację zwierzyny łownej wskutek powstania szkód w uprawach na powierzchni 10078 ha, powierzchnia leśna 2060 ha, dla Koła Łowieckiego nr 4 „Sokół” w Ciechanowie,

2) wykonanie obowiązkowej inwentaryzacji zwierzyny łownej na powierzchni 10605 ha, powierzchnia leśna 5633 ha, dla Koła Łowieckiego nr 3 „Jeleń” w Lublinie,

3) wykonanie liczenia populacji dzików w związku z występowaniem ASF, nr obwodu 62, 69, 54, 70 w obszarach przynależnych do Powiatu Gdynia, dla Powiatowego Inspektoratu Weterynarii w Gdyni.

Przystępujący dołączył dwa zaświadczenia wykonania zlecenia od Kół Łowieckich „Sokół” i „Jeleń” oraz fakturę od Powiatowego Inspektoratu Weterynarii w Gdyni.

Pismem z dnia 20.11.2024 r. Zamawiający w części nr 6 i 7 postępowania, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do ceny jego oferty, która wydała się Zamawiającemu rażąco niska, ponieważ:

„1) *Cena Państwa oferty dla Części VI wynosi: 35 173,58 zł i jest niższa o 60% od drugiej oferty złożonej w oferty w tej części postępowania.*

2) *Cena Państwa oferty dla Części VII wynosi: 26 498,72 zł i jest niższa o 65,50% od drugiej oferty złożonej w oferty w tej części postępowania.*”

W związku z tym Zamawiający poprosił o wyjaśnienie, czy „*oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu*”.

W odpowiedzi Przystępujący złożył oświadczenie: „*W odniesieniu do art 224 ust.3 PzP oświadczam iż złożona oferta w pełni pokrywa koszty oraz gwarantuje satysfakcjonujące zyski dając możliwość na rzetelne wykonanie przedmiotu zamówienia publicznego. Ponadto w odniesieniu do art.224 ust.3 punkt 2 oświadczam iż usługa posiada korzystną wycenę ze względu na bazowanie na sprzęcie tj. bezzałogowe statki powietrzne z kamerą termowizyjną, które firma D.W. posiada w swojej flocie. Na wycenę wpływają także warunki atmosferyczne oraz pora roku ponieważ ze*

względu na nie, z technicznego punktu widzenia ustalenie miejsc bytowania zwierzyny jest o wiele łatwiejsze niż w sezonie letnim. W odniesieniu do punktu 3 wyżej wymienionego ustępu art. 224 jak firma świadcząca oryginalne, specjalistyczne usługi uważamy, że przedmiot zamówienia publicznego nie wymaga świadczenia usługi o wysokim stopniu zaawansowania technicznego, zakupu specjalistycznego sprzętu, uzyskania dużej ilości pozwoleń na loty a opiera się na standardowych założeniach które firma realizowała już w przeszłości dlatego bazując na doświadczeniu prace będą dużo bardziej efektywne co pozwala na redukcję kosztów. Ponadto zaświadcza się iż wszyscy pracownicy zaangażowani w projekt posiadają zatrudnienie, które jest wyższe niż najniższa krajowa co wypełnia założenia prawne art. 224 ust. 3 pkt. 4".

Następnie Przystępujący uzupełnił ww. oświadczenie opisując m.in. sposób kalkulacji ceny we wszystkich częściach zamówienia łącznie, z pominięciem jedynie części 4. Przystępujący wskazał na pracę 6 operatorów, wyliczył wydajność ich pracy (2,98 ha na godzinę) i zasięg drona, z czego wyprowadził wniosek, że: „do uzyskania takiej wydajności wystarczy, że operator będzie szedł w połowie 3 kilometrowego odcinka cały czas prosto lecąc dronem prostopadle do kierunku swojego przemieszczania w odległości 1.5km od aparatury sterującej w lewą i prawą stronę. Podczas przeprowadzanych przez nas dwudniowych testów w warunkach leśnych (gdzie zasięg zawsze jest mniej stabilny niż na terenach otwartych) udało się uzyskać wydajność na poziomie 30 km<sup>2</sup> (pierwszy dzień) oraz 34 km<sup>2</sup>". Wskazał przewidywane koszty paliwa, noclegu, jedzenia i rezerwę na koszty nieprzewidziane oraz podsumował, że: „Ze względu na wygranę większości przetargu cena została wyskalowana co jest powszechną praktyką w przypadku większości przedsiębiorstw, a logiczne wytłumaczenie tego proceduru znajduje się w kosztach stałych takich jak transport czy nocleg które niezależnie od obszaru pozostają niezmiennie. Ponadto podjęcie się realizacji zlecenia na tak dużym terenie jest precedensem w branży związanej z bezzałogowymi statkami powietrznymi i pokrywa się z polityką firmy (...)”.

Do wyjaśnień Przystępujący dołączył oświadczenie dotyczące kosztów pracy, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 26.11.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w częściach nr 1, 2, 3, 5, 6 i 7.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie Zamawiającego. W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym: „W danym postępowaniu Odwołujący nie wykazuje takiego interesu. Jeżeli uznalibyśmy hipotetyczną sytuację, że odwołanie zasługuje na uznanie i należy odrzucić ofertę Wykonawcy Drone Works F.G., to oferta odwołującego nie zostałaby uznana za najkorzystniejszą ponieważ zostałaby odrzucona na podstawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2b, ponieważ dostarczona, na wezwanie w części 4, polisa OC z tytułu prowadzonej działalności nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Dodatkowo na posiedzeniu Zamawiający podniósł, że ewentualne uwzględnienie odwołania przez Izbę nie spowoduje, że Odwołujący uzyska zamówienie, gdyż z uwagi na brak możliwości wydatkowania środków do końca roku, postępowanie będzie musiało zostać unieważnione. Odnosząc się zatem do pierwszego argumentu Zamawiającego należy zauważyć, że sam Zamawiający wskazał, że opisana przez niego sytuacja miała miejsce w części nr 4, podczas gdy odwołanie dotyczy części nr 1, 2, 3, 5, 6 i 7, czyli wszystkich poza właśnie częścią nr 4. Tym samym argument ten nie ma znaczenia dla oceny interesu Odwołującego w częściach, których dotyczy odwołanie. Odnosząc się natomiast do kwestii wydatkowania środków do końca roku, należy wskazać, że zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Izby, interes odwołującego ocenia się na dzień wniesienia przez niego odwołania. Oznacza to, że potencjalne działania takie jak np. ewentualne unieważnienie postępowania przez Zamawiającego, nie mają znaczenia dla istnienia tego interesu w niniejszej sprawie. Zamawiający zresztą nie unieważnił postępowania również po wniesieniu odwołania (co stanowiłoby podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp), zatem unieważnienie to cały czas ma charakter działań jedynie potencjalnych. Izba uznała zatem argumentację Zamawiającego za niezasadną i nie znalazła podstaw do oddalenia odwołania z powodu braku interesu we wniesieniu odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. W szczególności Izba stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut Zamawiającego, jakoby odwołanie zostało podpisane tylko przez jedną z osób uprawnionych zgodnie z KRS do reprezentowania Odwołującego. Odwołanie zostało podpisane przez dwie uprawnione osoby, co jest widoczne na odwołaniu wniesionym do Izby i wynika z weryfikacji podpisów zaufanych w przeznaczonym do tego narzędziu na stronie . Należy przy tym podkreślić, że z okoliczności sprawy nie wynika, aby Zamawiającemu zostało przekazane odwołanie o innej treści merytorycznej.

Izba nie uznała też za zasadną argumentację, zgodnie z którą w odwołaniu nie został wskazany przedstawiciel

Odwołującego, a z uwagi na wymóg reprezentacji Odwołującego przez dwóch członków zarządu lub jednego członka zarządu łącznie z prokurentem, prezes zarządu Odwołującego, który stawiał się osobiście na rozprawie, powinien mieć pełnomocnictwo podpisane nie tylko przez innego członka zarządu, ale także przez samego siebie. Izba stwierdziła, że osobiste stawiennictwo prezesa zarządu jest jednoznacznym potwierdzeniem, że upoważnia on samego siebie do reprezentacji, co wraz ze złożonym dla niego pełnomocnictwem podpisanym przez drugiego członka zarządu oznacza reprezentację zgodną z KRS. Przedstawicielem Odwołującego są zaś osoby, które podpisały odwołanie, a ich funkcje są wskazane w dołączonej informacji z KRS. W świetle powyższego Izba uznała, że nie zachodzi podstawa do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 528 pkt 2 ustawy Pzp.

Jedynie na marginesie należy zauważyć, że zgodnie z art. 511 ust. 2 i 3 ustawy Pzp ewentualne braki w pełnomocnictwie podlegają uzupełnieniu i nie stanowią podstawy (nawet gdyby miały miejsce, choć w tej sprawie nie mają) do odrzucenia odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony.

Przechodząc zatem do rozpoznania odwołania w zakresie postawionych zarzutów, Izba przytacza poniżej przepisy właściwe w sprawie.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, 2, 5 i 6 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
  - 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.
5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c), pkt 3, pkt 5 i pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

- b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub
  - c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń,
- 3) jest niezgodna z przepisami ustawy,
- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia ofert Przystępującego z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, w pierwszej kolejności należy podkreślić, że celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia nie jest wyłącznie wybranie wykonawcy, który złoży ofertę z jak najniższą ceną. Co najmniej równie ważnym celem jest bowiem wykonanie zamówienia publicznego na oczekiwanym przez zamawiającego poziomie jakościowym. Aby ten cel osiągnąć, konieczne jest m.in. właściwe opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia i wymagań dotyczących sposobu jego wykonania, właściwe opracowanie postanowień przyszłej umowy, w tym postanowień przewidujących nadzór zamawiającego nad prawidłowością realizacji zamówienia, a także właściwe

opisanie warunków udziału w postępowaniu, za pomocą których zamawiający bada, czy dany wykonawca w ogóle ma zdolność (potencjał) do podjęcia się wykonania danego zamówienia. W związku z tym, zgodnie z art. 112 ust. 2 ustawy Pzp, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

- 1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;
- 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
- 3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- 4) zdolności technicznej lub zawodowej, tj. np. sprzętu lub osób, jakimi dysponuje wykonawca lub jego doświadczenia.

Przy czym podkreślić należy, że zamawiający, który postawi określone warunki udziału w postępowaniu, zobowiązany jest następnie zbadać, czy wykonawca rzeczywiście je spełnia. Zamawiający dokonuje tego badania przede wszystkim w oparciu o podmiotowe środki dowodowe wymienione w rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), wśród których ustawodawca wskazał m.in. wykaz usług i wykaz osób (§ 9 ust. 1 pkt 2 i 3 ww. rozporządzenia). Zamawiający nie może zatem opisać w SWZ określonych warunków udziału w postępowaniu, a następnie twierdzić (jak w niniejszej sprawie), że nie musiał weryfikować ich spełniania, bo założył, że wykonawca jest profesjonalistą i sam wie, co jest potrzebne do wykonania zamówienia. Takie stanowisko Zamawiającego jest przede wszystkim sprzeczne z celem ustanawiania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji także z celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto stanowisko to jest sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, która:

- w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub który nie złożył w przewidzianym terminie m.in. oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 lub podmiotowego środka dowodowego potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- w art. 17 ust. 2 nakłada na zamawiającego obowiązek udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy,
- w art. 16 pkt 1 i 2 nakłada na zamawiającego obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Wypełnienie wszystkich tych obowiązków nie jest możliwe bez weryfikacji tego, czy wykonawca spełnia postawione warunki udziału w postępowaniu. Raz jeszcze zatem należy podkreślić, że zamawiający nie może zwolnić się z obowiązku badania spełnienia warunków, które sam określił w dokumentach zamówienia (np. w SWZ), a zaniechanie tego badania stanowi naruszenie ww. przepisów ustawy Pzp i jest niezgodne z celem ustanawiania tychże warunków i z celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

#### Zarzuty dotyczące warunku udziału w postępowaniu w zakresie kadry.

Przechodząc zatem do zarzutów dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego, należy zauważyć, że w zakresie warunku dotyczącego kadry Odwołujący zarzucił, że:

- 1) Przystępujący w wykazie osób wskazał tylko 3 osoby posiadające wszystkie uprawnienia: NSTS-01, NSTS-02, NSTS-05 i NSTS-06, a przy takiej liczbie osób nie jest możliwa prawidłowa realizacja zamówienia we wszystkich jego częściach,
- 2) Przystępujący nie wskazał numerów uprawnień NSTS-01, NSTS-02, NSTS-05 i NSTS-06.

Ad.1) Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że skoro Zamawiający żądał dysponowania pracownikami, którzy posiadają uprawnienia do wykonywanych lotów będących przedmiotem zamówienia zgodnych z NSTS-01, NSTS-02, NSTS-05, NSTS-06, to znaczy, że każdy ze wskazanych pracowników powinien posiadać wszystkie te uprawnienia. Zamawiający wymieniając bowiem ww. uprawnienia nie posłużył się słowami takimi jak: „lub”, „albo”, „bądź” czy „między innymi”. Oznacza to, że każda z osób musiała posiadać uprawnienia każdego rodzaju, tj.: NSTS-01, NSTS-02, NSTS-05 i NSTS-06. Jednocześnie jednak należy zauważyć, że Zamawiający nie wskazał wprost liczby pracowników, którymi musi dysponować wykonawca, a jedynie wskazał na liczbę mnogą w słowie: „pracownikami”. Z powyższego wynika, że z pewnością nie było wystarczające wskazanie jednego pracownika, ale było już dopuszczalne wskazanie dwóch, gdyż taka liczba odpowiada użytej przez Zamawiającego liczbie mnogiej. Natomiast Przystępujący wskazał trzech pracowników posiadających wszystkie uprawnienia: NSTS-01, NSTS-02, NSTS-05 i NSTS-06. Tym samym zarzut dotyczący zbyt małej liczby pracowników posiadających wszystkie cztery wymagane rodzaje uprawnień nie jest zasadny.

Izba rozumie przy tym argumentację Odwołującego opierającą się na wykazaniu, że nie jest możliwe należyte wykonanie zamówienia za pomocą tylko trzech osób posiadających ww. uprawnienia. Należy jednak podkreślić, że warunki udziału w postępowaniu ze względu na ich sankcyjny charakter (czyli skutek w postaci odrzucenia oferty, jeżeli

wykonawca nie wykaże ich spełnienia) oraz ze względu na obowiązek zachowania podstawowych zasad, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp, muszą być rozumiane w sposób ścisły. Nie jest dopuszczalne, aby po upływie terminu składania ofert dokonywać w sposób rozszerzający ich interpretacji, nadając im znaczenie niewyrażone wcześniej jasno w SWZ (lub innym dokumencie). Skoro zatem Zamawiający nie wskazał wprost liczby pracowników, którymi ma dysponować wykonawca, a jedynie ograniczył się do użycia w tym celu liczby mnogiej, to należy przyjąć, że wskazanie dwóch pracowników było wystarczające do wykazania spełnienia ww. warunku. Dlatego w sytuacji, gdy Przystępujący wskazał trzy osoby posiadające wymagane cztery rodzaje uprawnień, należy stwierdzić, że w tym zakresie wykazał spełnienie tego ww. warunku.

Dodatkowo należy wyjaśnić, że w świetle przepisów ustawy Pzp czym innym jest ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu (podmiotowych), czym innym ocena zgodności oferty z warunkami zamówienia (w tym wypadku chodzi o warunki przedmiotowe) i czym innym – ocena ceny rażąco niskiej (choć może wpływać na ocenę warunków przedmiotowych). W związku z tym fakt, że w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Przystępujący wskazał na sześciu operatorów, nie wpływa na ocenę spełnienia przez niego warunku (podmiotowego) w zakresie potencjału kadrowego, gdyż ta ocena odbywa się tylko w świetle opisanego warunku udziału w postępowaniu. Sposób zaś sformułowania tego warunku – jak już wskazano wyżej – prowadzi do wniosku, że wystarczające było wskazanie dwóch pracowników posiadających wszystkie cztery rodzaje uprawnień. Dlatego zarzut ten nie może być uznany za zasadny.

Ad. 2) Izba zgadza się z Odwołującym, że w wykazie osób Przystępujący nie wskazał numeru uprawnień. W załączniku nr 7 do SWZ stanowiącym wzór wykazu osób, Zamawiający wyraźnie w kolumnie czwartej tabeli wymagał wskazania rodzaju i numeru uprawnień, co oznacza, że obowiązkiem wykonawcy było wskazanie:

- rodzaju jako: NSTS-01, NSTS-02, NSTS-05 lub NSTS-06 (wymagane były wszystkie, ale nie każda z osób posiada wszystkie, więc należało podać te, które posiada),
- numeru uprawnień, czyli konkretnego indywidualnego numeru dokumentu potwierdzającego posiadanie tych uprawnień przez daną konkretną osobę.

Nie można się przy tym zgodzić z Zamawiającym, że numer uprawnień należało rozumieć jako numer NSTS, np. 01, 02, 05 lub 06. W świetle takiej argumentacji wymóg podania również rodzaju uprawnień nie miałby sensu, bo przecież w grę nie wchodziły żadne inne uprawnienia poza NSTS. Jedynym zatem logicznym wyjaśnieniem żądania wskazania rodzaju i numeru jest to, że „rodzajem” miały być uprawnienia NSTS z określonym numerem: 01, 02, 05 lub 06, zaś „numerem” miał być indywidualny numer dokumentu wydanego dla danej osoby potwierdzający, że posiada ona te uprawnienia.

Przystępujący nie podał numerów uprawnień w wykazie osób, zatem nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie. Tym samym zarzut okazał się zasadny.

W sytuacji niewykazania przez wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek wezwać go do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, czego w niniejszej sprawie Zamawiający zaniechał, naruszając tym samym ww. przepis. Naruszenie to miało miejsce w części nr 1, 2, 3 i 5 postępowania, o czym dalej w „Podsumowaniu” uzasadnienia wyroku.

#### Zarzuty dotyczące warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

W zakresie warunku dotyczącego doświadczenia Odwołujący zarzucił, że:

- 1)Przystępujący nie wykazał, że w ramach wykonanych usług sporządził raporty,
- 2)Przystępujący nie wykazał obszaru wykonywania usługi wymienionej w pkt 3 wykazu oblotów,
- 3)z zaświadczenia od Koła Łowieckiego „Jeleń” wynika, że Przystępujący brał tylko udział, a nie wykonał usługę, co potwierdza też to, że zgodnie z tym zaświadczeniem wykonywał ją tylko przez jeden dzień, a nie jest możliwa realizacja takiej usługi na obszarze 10605 ha w ciągu jednego dnia.

Ad. 1) i Ad. 2) Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym mimo żądania przez Zamawiającego w opisie warunku doświadczenia w oblotach na powierzchni min. 10.000 ha wraz ze sporządzeniem raportu, Przystępujący w wykazie oblotów nie wskazał dla żadnej usługi informacji o wykonaniu raportu, a dla usługi nr 3 wykonywanej na rzecz Powiatowego Inspektoratu Weterynarii w Gdyni nie wskazał także powierzchni obszaru. Informacje te nie wynikają także z dołączonych zaświadczeń i faktury.

Nie można przy tym zgodzić się z Zamawiającym, że nie musiał on wzywać wykonawcy do uzupełnienia wykazu oblotów, gdyż sporządzanie raportów przy realizacji tego typu usług jest oczywiste. Jak już wyżej wskazano, weryfikacja spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest obowiązkiem zamawiającego, więc skoro Zamawiający wymagał sporządzenia raportów, to zobligowany jest żądać od wykonawcy informacji w tym zakresie. Gdyby zresztą sporządzanie raportów przy tego typu usługach było oczywiste, to Zamawiający nie zamieszczałby takiego wymogu w opisie warunku. Zachowanie Zamawiającego, który z jednej strony wymaga wykazania sporządzenia raportów, a z drugiej strony nie weryfikuje postawionego przez siebie wymogu, jest niekonsekwentne (pomijając już wskazaną wyżej

sprzeczność z przepisami i z celami udzielania zamówień publicznych).

Ponadto Izba uznała za niezasadną argumentację Zamawiającego, zgodnie z którą w przypadku usługi nr 3 wykonywanej na rzecz Powiatowego Inspektoratu Weterynarii w Gdyni, nie musiał on badać spełnienia warunku, gdyż jest to podmiot mu podległy i ma on dostęp do dokumentów dotyczących tej usługi. Po pierwsze, Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że posiada dokumenty dotyczące ww. usługi, zwłaszcza w zakresie pozwalającym na dokonanie oceny spełnienia warunku co do sporządzenia raportu i co do powierzchni obszaru. Po drugie, zgodnie z art. 127 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. Przepis dotyczy sytuacji, w której wykonawca wie, że zamawiający posiada dokumenty potwierdzające spełnianie przez niego warunku i zamiast je przedłożyć, informuje zamawiającego, które to są dokumenty i potwierdza, że są one nadal prawidłowe i aktualne. W praktyce chodzi o sytuacje, kiedy wykonawca realizował już wcześniej na rzecz danego zamawiającego jakieś zamówienie i stąd wie, że zamawiający posiada dokumentację dotyczącą tego zamówienia. W niniejszej sprawie usługa nr 3 nie była realizowana na rzecz Zamawiającego, ale na rzecz Powiatowego Inspektoratu Weterynarii w Gdyni, więc nie wiadomo i Zamawiający tego nie wyjaśnił, skąd Przystępujący miałby wiedzieć, że Zamawiający jest w posiadaniu jakichkolwiek dokumentów dotyczących tej usługi. Przystępujący też w żadnym miejscu nie wskazał, że Zamawiający posiada już odpowiednie podmiotowe środki dowodowe i że są one prawidłowe oraz aktualne. Argumentacja Zamawiającego w tym zakresie nie znajduje zatem potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy, jak też Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na jej prawidłowość.

Zatem zarzuty dotyczące braku wykazania sporządzenia raportów oraz powierzchni obszaru dla usługi nr 3 Izba uznała za zasadne. Brak wykazania przez Przystępującego spełnienia warunku doświadczenia w tym zakresie obligował zatem Zamawiającego do wezwania go na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu oblotów, czego Zamawiający zaniechał naruszając ww. przepis. Naruszenie to miało miejsce w części nr 1, 2, 3 i 5 postępowania, o czym dalej w „Podsumowaniu” uzasadnienia wyroku.

Ad. 3) Izba zgadza się z Odwołującym, że skoro Koło Łowieckie „Jeleń” w zaświadczeniu wpisało, że Przystępujący brał udział w wykonywaniu usługi w dniu 10.03.2024 r., to co najmniej wątpliwe jest, aby Przystępujący był w stanie w ciągu tak krótkiego czasu wykonać tę usługę na powierzchni 10.605 ha. Należy jednak zauważyć, że taka sytuacja wymaga w pierwszej kolejności wezwania wykonawcy, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, w jakim czasie i na jakim obszarze rzeczywiście wykonywał on usługę. Ewentualnie Zamawiający może też od razu (albo dopiero po uzyskaniu wyjaśnień od Przystępującego) zwrócić się do Koła Łowieckiego „Jeleń”, na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, o przedstawienie informacji lub dokumentów dotyczących okresu i zakresu wykonywania usługi przez Przystępującego. Dopiero po uzyskaniu wyjaśnień lub dokumentów w trybie art. 128 ust. 4 lub ust. 5 ustawy Pzp, Zamawiający mógłby ocenić, czy Przystępujący wykonał, czy nie wykonał usługi nr 2 na wymaganej powierzchni i w konsekwencji podjąć decyzję, czy konieczne jest uzupełnienie wykazu oblotów o nowe informacje lub nową usługę potwierdzającą spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Innymi słowy: skoro z dokumentów przedstawionych przez Przystępującego nie wynika jednoznacznie, że usługa nr 2 wykonywana na rzecz Koła Łowieckiego „Jeleń” nie odpowiada warunkowi doświadczenia, to konieczne jest najpierw wyczerpanie ścieżki służącej wyjaśnieniu informacji zawartych w wykazie oblotów na podstawie art. 128 ust. 4 lub ust. 5 ustawy Pzp i dopiero po uzyskaniu wyjaśnień wskazujących na niespełnienie warunku, Zamawiający byłby zobowiązany do wezwania Przystępującego, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia wykazu oblotów o odpowiednie informacje potwierdzające spełnienie warunku (w tym dopuszczalne byłoby także wskazanie innej usługi zamiast tej wykonywanej na rzecz Koła Łowieckiego „Jeleń”).

Jak więc wynika z wyżej przedstawionego schematu działania w pierwszej kolejności konieczne jest w opisanej sytuacji wezwanie, na podstawie art. 128 ust. 4 lub ust. 5 ustawy Pzp, Przystępującego lub od razu Koła Łowieckiego „Jeleń” do złożenia wyjaśnień, w jakim czasie i na jakim obszarze Przystępujący rzeczywiście wykonywał usługę wskazaną w wykazie pod numerem 2. Odwołujący nie postawił jednak w odwołaniu zarzutu dotyczącego naruszenia art. 128 ust. 4 lub ust. 5 ustawy Pzp, ale ograniczył się do postawienia (jako alternatywnego) zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. W sytuacji, gdy bez uzyskania wyjaśnień, dokumenty przedstawione przez Przystępującego, nie pozwalają na jednoznaczne stwierdzenie, że nie wykonał on usługi nr 2 na wymaganej powierzchni, zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jest przedwczesny i podlega oddaleniu.

Izba nie rozpoznała ponadto podniesionego dopiero na rozprawie zarzutu dotyczącego niezgodności terminu wykonywania ww. usługi wskazanego w zaświadczeniu od Koła Łowieckiego „Jeleń”, tj. dnia 10.03.2024 r. z terminem wskazanym w wykazie oblotów, tj. 10-19.03.2023 r., ponieważ nie był on zawarty w odwołaniu. Tymczasem zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Należy podkreślić, że zakres zarzutu wynika przede wszystkim z okoliczności faktycznych opisujących ten zarzut, zatem jeśli jakieś okoliczności faktyczne są przywoływane przez odwołujących dopiero po wniesieniu odwołania (mimo że nie były

podnoszone przez zamawiającego i przystępujących), to Izba nie może ich rozpoznać, bo stanowią one w istocie nowe zarzuty niezawarte w odwołaniu. Powyższe stanowisko Izby potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 09.05.2024 r. sygn. akt XXIII Zs 16/24, w którym stwierdzono: *Izba jest związana zarzutami odwołania i nie może wyjść poza ich zakres. Jednoznacznie wskazuje to zatem na konieczność ich przemyślanego i precyzyjnego formułowania przez odwołującego. Możliwość stawiania zarzutów upływa z terminem na wniesienie odwołania. Jeżeli więc odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich spóźnione wskazywanie nie może być brane przez Izbę pod uwagę*. W związku z tym Izba nie rozpoznała zarzutu dotyczącego różnicy w sposobie określenia terminu wykonywania usługi dla Koła Łowieckiego „Jeleń”, gdyż zarzut oparty na tej okoliczności faktycznej nie był zawarty w odwołaniu.

#### Zarzut dotyczący niezgodności oferty z ustawą.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu jej niezgodności z przepisami ustawy, przede wszystkim należy zauważyć, że w art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie chodzi o niezgodność z jakąkolwiek ustawą, ale o niezgodność z ustawą Prawo zamówień publicznych. Tymczasem Rozporządzenie Wykonawcze Komisji UE nr 2019/947 i wytyczne Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego w sprawie Krajowego Scenariusza Standardowego NSTS-01, NSTS-02, NSTS-05 i NSTS-06 w ogóle nie są ustawą, ani tym bardziej nie są ustawą Prawo zamówień publicznych. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

#### Zarzut dotyczący niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp), przede wszystkim należy wskazać, że warunki zamówienia to warunki przedmiotowe (dotyczące sposobu, zakresu czy terminu realizacji zamówienia), które nie są tym samym co warunki udziału w postępowaniu, które mają charakter podmiotowy, gdyż dotyczą potencjału (np. doświadczenia, kadry, sprzętu, posiadanych zezwoleń, czy sytuacji finansowej) samego wykonawcy. Przechodząc zatem do niezgodności z warunkami zamówienia (przedmiotowymi) należy zauważyć, że niezgodność ta zachodzi wówczas, gdy oferta wykonawcy jest niezgodna z jasno wyrażonym postanowieniem zawartym w dokumentach wskazanych w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, tj. w opisie przedmiotu zamówienia, w wymaganiach związanych z realizacją zamówienia, w kryteriach oceny ofert, w wymaganiach proceduralnych lub w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym niezgodność ta również musi mieć charakter niewątpliwy. Zamawiający nie może zatem odrzucić oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jeżeli nie można jednoznacznie stwierdzić, jaki wymóg wynika z warunków zamówienia lub czy oferta wykonawcy rzeczywiście jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odrzucenie oferty:

- w sytuacji braku wyraźnego warunku (wymagania), z którym oferta ta miałaby być niezgodna, lub
- w sytuacji, gdy nie można bez wątpliwości stwierdzić niezgodności oferty z określonym warunkiem (wymaganiem), stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości oraz zasady proporcjonalności.

W niniejszej sprawie Odwołujący odniósł niezgodność z warunkami zamówienia do niezgodności z przepisami Rozporządzenia Wykonawczego Komisji UE nr 2019/947 i wytycznymi Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego w sprawie Krajowego Scenariusza Standardowego NSTS-01, NSTS-02, NSTS-05 i NSTS-06. W żadnym miejscu SWZ, OPZ c innych dokumentów zamówienia Izba nie znalazła jakiegokolwiek warunku (przedmiotowego) nakazującego wykonawcom spełnić jakiegokolwiek wymogi wynikające z ww. aktów. Na rozprawie Odwołujący wyjaśniał, że chodziło mu o wymagania dotyczące NSTS-01, NSTS-02, NSTS-05 i NSTS-06 wskazane w warunku udziału w postępowaniu dotyczącym uprawnień pracowników i w OPZ. Przy czym Izba ustaliła, że w OPZ jedyne odniesienie do NSTS-01, NSTS-02, NSTS-05 i NSTS-06 również dotyczy uprawnień pracowników (*Wykonawca dysponuje pracownikami lub podwykonawcami, którzy posiadają uprawnienia do wykonywanych lotów będących przedmiotem zamówienia (zgodnych z NSTS-01, NSTS-02, NSTS-05, NSTS-06)*). Zatem jedyne odniesienia do NSTS dotyczą kwestii uprawnień pracowników, czyli są to warunki udziału w postępowaniu (podmiotowe). Nigdzie w dokumentacji nie ma natomiast warunku zamówienia (przedmiotowego) dotyczącego Rozporządzenia Wykonawczego Komisji UE nr 2019/947 i wytycznych Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego w sprawie Krajowego Scenariusza Standardowego NSTS-01, NSTS-02, NSTS-05 i NSTS-06.

Skoro nie ma takiego warunku zamówienia, to nie można stwierdzić niezgodności oferty Przystępującego z nieistniejącym warunkiem. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

#### Zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący postawił ten zarzut w stosunku do części nr 1, 2, 3, 5, 6 i 7 zamówienia, podczas gdy Przystępujący był

wzywany do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty tylko w częściach nr 6 i 7. Zgodnie z art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający w określonych okolicznościach zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do kalkulacji ceny jego oferty i dopiero po uzyskaniu takich wyjaśnień i ich ocenie, może podjąć decyzję, czy oferta podlega odrzuceniu czy nie. Nie można zatem postawić zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 czy art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie został uprzednio wezwany do złożenia wyjaśnień z powodu podejrzenia ceny rażąco niskiej. Skoro Przystępujący nie był wzywany do złożenia wyjaśnień w części nr 1, 2, 3 i 5, to zarzut rażąco niskiej ceny w zakresie, w jakim dotyczy tych części musiał zostać uznany za niezasadny. Powyższe stanowisko wynika nie tylko z przepisów ustawy Pzp, ale także z orzecznictwa, w tym z wyroku Izby z dnia 01.02.2022 r. o sygn. akt KIO 123/22, w którym wskazano: „Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. (...) Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień”.

Powyższego nie zmienia fakt, że wyjaśnienia Przystępującego zostały sformułowane w stosunku do wszystkich części zamówienia łącznie. Fakt ten raczej dodatkowo potwierdza, że wyjaśnienia Przystępującego były wadliwe, bo nie pozwalały Zamawiającemu na weryfikację realności ceny jego oferty odrębnie w części nr 6 i w części nr 7, w zakresie których był wzywany do wyjaśnień – przy czym zarzut taki nie został postawiony w odwołaniu, więc Izba jedynie na marginesie czyni uwagę o teź dodatkowej wadliwości wyjaśnień (art. 555 ustawy Pzp). Natomiast przede wszystkim należy stwierdzić, że taki łączny sposób sformułowania wyjaśnień przez Przystępującego nie może uzasadniać postawienia zarzutu rażąco niskiej ceny w częściach nr 1, 2, 3 i 5, skoro Przystępujący nie był w tych częściach wzywany do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty. Przy czym zarzut braku wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w tych częściach (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp) nie został postawiony w odwołaniu. Dlatego zarzut zaniechania odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w częściach nr 1, 2, 3 i 5 został oddalony.

Odnosząc się natomiast do zarzutu rażąco niskiej ceny w części nr 6 i 7 należy zgodzić się z Odwołującym, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie potwierdzają realności ceny jego oferty. W szczególności:

- 1) założenia co do ilości godzin i dni wykonywania lotów nie są realne, bo Przystępujący nie uwzględnił czasu potrzebnego na dojazdy, wymianę baterii, starty, lądowania, ładowanie baterii, zapisywanie obserwacji terenowych, zapisywanie przebiegu lotu, przerwy, posiłki, czy pogody, która może uniemożliwić loty;
- 2) nie są także realne założenia co do wielkości oblatywanego dziennie terenu, bo Przystępujący nie uwzględnił, że jak wynika z mapy, teren jest poszatkowany, zatem nie da się go podzielić na równe prostokąty o wymiarach 3 km na 8 km;
- 3) przy założeniach co do zasięgu łączności radiowej Przystępujący nie uwzględnił, że loty będą się odbywać w terenie leśnym czasem na niższej wysokości osłabiającej ten zasięg;
- 4) Przystępujący nie uwzględnił konieczności użycia większej ilości samochodów i w efekcie większych kosztów paliwa, co jest konieczne do terminowego wykonania usługi w sześciu częściach zamówienia;
- 5) Przystępujący uznał koszty paliwa, czy noclegu za niezmiennie niezależne od oblatywanego obszaru, podczas gdy im większy obszar, tym więcej osób, samochodów i paliwa potrzebne jest do wykonania zamówienia, co powoduje też wzrost kosztów.

Dodatkowo Przystępujący nie dołączył na potwierdzenie swoich wyjaśnień żadnych dowodów, co w świetle art. 224 ust. 1 ustawy Pzp dyskwalifikuje te wyjaśnienia.

Niezależnie od powyższego należy także zauważyć, że tak jak w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy (art. 224 ust. 5 ustawy Pzp), tak również w toku postępowania odwoławczego przed Izbą ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który tę ofertę złożył, jeśli jest stroną lub uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 537 pkt 1 ustawy Pzp). Przystępujący zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego i stał się w ten sposób uczestnikiem postępowania odwoławczego, ale w zasadzie nie podejmował nawet prób wykazania, że jego wyjaśnienia w wystarczający sposób uzasadniały ceny ofert w częściach nr 6 i 7 i że ceny te nie są rażąco niskie. Przystępujący ograniczył się do wskazania, że posiadanie ubezpieczenia na wypadek zniszczenia drona nie było obowiązkowe, co nie odnosi się do żadnego z zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Tym samym Przystępujący w ogóle nie sprostował obowiązkowi wykazania realności ceny swoich ofert w części nr 6 i 7, mimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu w tej sprawie.

Z kolei Zamawiający przedstawił na rozprawie swoje samodzielne wyliczenia, z których miałyby wynikać, że Przystępujący osiągnie przychód w wysokości ok. 190.000 zł netto, poniesie koszty pracowników w wysokości ok. 76.000 zł netto i nawet po dodaniu kosztów najmu apartamentu w Gdańsku (które Zamawiający sam zweryfikował na bookingu), osiągnie zysk netto na poziomie ok. 15% - 19% z przychodów w zakresie każdej części. W tym miejscu należy wyraźnie stwierdzić, że powyższa argumentacja Zamawiającego nie może być wzięta pod uwagę przez Izbę,

ponieważ w świetle przepisów ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest badać realność ceny oferty wykonawcy w oparciu o złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dowodami. Zamawiający nie jest zatem uprawniony do samodzielnego poszukiwania okoliczności potwierdzających, że cena oferty wykonawcy nie jest rażąco niska. Nie jest bowiem rolą zamawiającego wyřęczanie wykonawcy w obowiązku wykazania realności ceny oferty. To wykonawca ma tę realność wykazać, a nie zamawiający, co jasno wynika z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Powyższe wynika także z orzecznictwa Izby, w tym z wyroku z dnia 21.10.2021 r. o sygn. akt KIO 1880/19, w którym stwierdzono: „W ocenie Izby, nie jest rolą zamawiającego doszukiwanie się w wyjaśnieniach wykonawcy czy domyślanie się jakie założenia przyjął w swoich kalkulacjach. Ustawodawca zobowiązał zamawiającego do wezwania wykonawcy, zaś ciężar dowodu wykazania realności zaoferowanej ceny spoczywa na wykonawcy”. Zatem argumenty Zamawiającego oparte na jego własnych wyliczeniach nie mają żadnego znaczenia dla oceny ceny oferty Przystępującego, gdyż podstawą do dokonywania takiej oceny powinny być rzetelne, spójne i konkretne wyjaśnienia oraz wyliczenia złożone przez samego Przystępującego wraz z dowodami. Skoro Przystępujący nie złożył takich wyjaśnień i dowodów i nie wykazał realności ceny swojej oferty mimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu, to obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Dlatego zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w części nr 6 i 7 został uznany za zasadny.

#### Podsumowanie.

Izba uwzględniła zatem zarzut rażąco niskiej ceny w części nr 6 i 7 i nakazała Zamawiającemu w tych częściach odrzucenie ofert Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Oznacza to jednocześnie, że w częściach tych nie ma podstaw do wzywania Przystępującego do uzupełnienia wykazu osób i wykazu oblotów o numery uprawnień, informacje o raportach i informację o powierzchni wykonania usługi nr 3. Zgodnie bowiem z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na to uzupełnienie. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w części nr 6 i 7, w której Izba nakazała Zamawiającemu odrzucenie ofert Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny, zatem ewentualne wzywanie go do uzupełnienia wykazu osób i wykazu oblotów byłoby bezcelowe. Oznacza to, że po odrzuceniu ofert Przystępującego w części nr 6 i 7 Zamawiający zobowiązany będzie do wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu, złożonych w tych częściach.

Natomiast w częściach nr 1, 2, 3 i 5 Izba oddaliła zarzut rażąco niskiej ceny, dlatego też tylko w tych częściach Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia:

- załącznika nr 7, czyli wykazu osób o numery uprawnień dla osób, które posiadają wszystkie cztery ich rodzaje, tj. NSTS-01, NSTS-02, NSTS-05 i NSTS-06,
- załącznika nr 8, czyli wykazu oblotów o informację o sporządzanych raportach i o powierzchni, na której była wykonywana usługa wskazana pod numerem 3 w tym wykazie.

Po uzupełnieniu treści wykazów przez Przystępującego, Zamawiający zobowiązany będzie w częściach nr 1, 2, 3 i 5 do oceny spełnienia przez niego warunku dotyczącego kadry i doświadczenia i w zależności od wyniku tej oceny - do odrzucenia bądź nieodrzućenia ofert Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) lub c) ustawy Pzp, a następnie - do wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 i ust. 6 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba stwierdziła, że z okoliczności faktycznych opisanych w odwołaniu wynika, że postawiono w nim następujące zarzuty:

- 1) niewykazanie przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu z powodu wskazania tylko trzech pracowników posiadających wymagane uprawnienia – zarzut oddalony,
- 2) niewykazanie przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie numeru uprawnień – zarzut uwzględniony,
- 3) niewykazanie przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie informacji o raportach – zarzut uwzględniony,
- 4) niewykazanie przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie informacji o powierzchni wykonywania usługi nr 3 – zarzut uwzględniony,
- 5) niewykazanie przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykonania usługi nr 2 w ciągu jednego dnia – zarzut oddalony,
- 6) niezgodność oferty Przystępującego z ustawą – zarzut oddalony,

7)niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia – zarzut oddalony,

8)rażąco niska cena w ofercie Przystępującego:

a)zarzut oddalony w części nr 1, 2, 3 i 5,

b)zarzut uwzględniony w części nr 6 i 7.

Spośród zatem ww. dziewięciu zarzutów (przy częściowym uwzględnieniu i częściowym oddaleniu zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny) wskazanych w odwołaniu Izba uwzględniła cztery zarzuty (wymienione powyżej w pkt 2, 3, 4 i 8b) oraz oddaliła pięć zarzutów (wymienionych powyżej w pkt 1, 5, 6, 7 i 8a). Oznacza to, że Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w części 4/9, a Odwołujący – w części 5/9.

Na koszty postępowania odwoławczego składa się wpis od odwołania w wysokości 7.500 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600 zł i dojazd Odwołującego na rozprawę w wysokości 181,30 zł, co razem daje kwotę 11.281,30 zł. Tym samym Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w wysokości 5.013,92 zł (4/9 z 11.281,30 zł), a Odwołujący - w wysokości 6.267,40 zł (5/9 z 11.281,30 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 11.281,30 zł (wpis od odwołania + wynagrodzenie pełnomocnika + dojazd), a powinien je ponieść w wysokości 6.267,40 zł. Zamawiający nie poniósł dotychczas żadnych kosztów (nie złożył rachunków ani spisu kosztów), a powinien je ponieść w wysokości 5.013,92 zł.

Wobec powyższego zasadny jest zwrot kosztów od Zamawiającego na rzecz Odwołującego w wysokości 5.013,92 zł, co skutkować będzie poniesieniem kosztów przez każdą ze Stron w wysokości adekwatnej do wyniku postępowania odwoławczego ( $11.281,30 - 5.013,92 = 6.267,38$ ). Dwugroszowe różnice w ww. wyliczeniach wynikają z zaokrąglenia kwot wynikających z wyliczenia 4/9 i 5/9 z wartości 11.281,30 zł, ale w ostatecznym rozrachunku nie mają one znaczenia, ponieważ zgodnie z § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych. Stąd Izba ostatecznie zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot kosztów w wysokości 5.014,00 zł.

Przewodnicząca .....