Sygn. akt: KIO 859/24

WYROK

Warszawa, dnia 28.03.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolantka: A.K.

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 marca 2024 r. z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2024 r. przez wykonawcę: **Lima Sp. z o.o. z/s w Golubiu-Dobrzyniu**(Ostrowite 37, 87400 GolubDobrzyń) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Dyrekcja Generalna Lasów Państwowych z/s w Warszawie** (ul. Grójecka 127, 02124 Warszawa),

- przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: **First European Aviation Company Sp. z o.o., Tech-Mont Helicopter Company s.r.o. z/s w Warszawie** (ul. Księżycowa 1, 01-934 Warszawa),

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **Lima Sp. z o.o. z/s w Golubiu-Dobrzyniu**(Ostrowite 37, 87400 GolubDobrzyń) 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.

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.

……

Sygn. akt: KIO 859/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2024r. przez wykonawcę: Lima Sp. z o.o. z/s w Golubiu-Dobrzyniu(Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Dyrekcja Generalna Lasów Państwowych z/s w Warszawie.

Przedmiotem zamówienia publicznego są: „Usługi lotnicze w lasach w zakresie ochrony przeciwpożarowej i ochrony lasu w 2024 r. (znak sprawy: MZ.2701.2.2023), dalej jako: „Postępowanie- część 4 zamówienia. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 12 grudnia 2023 r., nr 00751860-2023.

Wykonawca podał, że złożył odwołanie na niezgodne z przepisami Pzp:

1.czynności Zamawiającego w postaci:

1)uznania, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – First European Aviation Company sp. z o.o. („Wykonawca FEAC") oraz TECH-MONT Helicopter company s.r.o. („Wykonawca TM") – dalej łącznie jako „Konsorcjum – wykazali spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej oraz zdolności technicznej w części 4 zamówienia;

2)wyboru, jaka najkorzystniejszej w części 4 zamówienia oferty Konsorcjum;

2.zaniechania Zamawiającego w postaci braku odrzucenia oferty Konsorcjum w okolicznościach wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Wobec powyższego zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 112 ust. 2 pkt 2 i 4 w zw. z art. 114 pkt 1 i 2 w zw. art. 116 ust. 1 w zw. z art. 125 ust. 1 i 3 oraz w zw. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp przez uznanie, że Konsorcjum wykazało spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej oraz zdolności technicznej w części 4 zamówienia, zgodnie z którymi wykonawca powinien wykazać w dacie składania ofert, że posiadał zezwolenia na wykonywanie lotów gaśniczych oraz agrolotniczych wydane na dwa śmigłowce, podczas gdy przedstawione w toku Postępowania dokumenty okoliczności tej przeczą wskazując, że w dacie składania ofert Konsorcjum posiadało zezwolenia obejmujące wyłącznie jeden śmigłowiec, co skutkować powinno odrzuceniem oferty Konsorcjum w części 4 zamówienia.

Ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia powyższej argumentacji:

2.art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), zwanej dalej „Znk" przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na posłużeniu się przez Konsorcjum informacjami

wprowadzającymi Zamawiającego w błąd w kwestii spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej oraz zdolności technicznej w części 4 zamówienia, które to działanie jest sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami oraz narusza interes Odwołującego oraz Zamawiającego, względnie – art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 i 2 pkt 4 Znk przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na rozpowszechnianiu przez Konsorcjum wprowadzających w błąd wiadomości o sytuacji prawnej Konsorcjum (w kontekście wymaganych w treści warunku udziału w Postępowaniu uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej);
3.art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum w części 4 zamówienia w sytuacji, w której oferta ta powinna zostać odrzucona ergo nie mogła zostać uznana za ofertę przedstawiającą najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu.
W oparciu o przedstawione powyżej zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w części 4 zamówienia:
1)unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum;
2)dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na fakt, że ofertę złożył wykonawca, który nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu, ewentualnie – że ofertę złożono w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów Znk; (...)
Stosownie do art. 505 ust. 1 Pzp wskazuję, że Odwołujący spełnia materialnoprawne przesłanki do wniesienia odwołania. Odwołujący jest bowiem wykonawcą, który złożył ofertę w części 4 zamówienia i jego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert, niemniej jednak z uwagi na wskazane powyżej naruszenia przepisów skutkujące wyborem oferty Konsorcjum, Odwołujący pozbawiony został szans na realizację zamówienia, co per se wskazuje na poniesienie przez niego szkody w postaci utraty zysku z realizacji zamówienia.
W uzasadnieniu podniesionych zarzutów wskazał na następujące okoliczności:

I.Stan faktyczny

(1)Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług lotniczych w zakresie ochrony przeciwpożarowej i ochrony lasów polegających na wykonywaniu lotów przy użyciu specjalistycznego sprzętu, m. in. Śmigłowców.
(2)Zgodnie z postanowieniami SWZ – Rozdział 6 ust. 6.1 lit. b i d – warunkami udziału w Postępowaniu m.in. w części 4 zamówienia były:
a)w odniesieniu do uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej – wykazanie, że wykonawca jest uprawniony do wykonywania działalności lotniczej na terenie Polski w zakresie wykonywania lotów gaśniczych oraz lotów agrolotniczych;
b)w odniesieniu do zdolności technicznej – wykazanie, że wykonawca dysponuje lub będzie dysponował sprzętem lotniczym w postaci 2 śmigłowców.
Dowód: - SWZ, str. 5 (w dokumentacji Postępowania).
(3)W części 4 zamówienia ofertę, oprócz Odwołującego, złożyło również Konsorcjum, oświadczając w JEDZ (każdy z wykonawców będących członkami Konsorcjum), że spełnia kryteria kwalifikacji (warunki udziału w Postępowaniu).
Dowód: - JEDZ Wykonawcy FEAC, str. 11 (w dokumentacji Postępowania);- JEDZ Wykonawcy TM, str. 11 (w dokumentacji Postępowania).
(4)Pismem z dnia 25 stycznia 2024 r. Zamawiający – działając na podstawie przepisu art. 126 ust. 1 Pzp – wezwał Konsorcjum do złożenia podmiotowych środków dowodowych m.in. w postaci:
a)aktualnego zezwolenia Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego (dalej „Prezes ULC") na wykonywanie zarobkowych operacji lotniczych wysokiego ryzyka (SPO-HR
PPOŻ) – w zakresie wykonywania lotów gaśniczych;
b)aktualnego zezwolenia Prezesa ULC na wykonywanie zarobkowych operacji lotniczych wysokiego ryzyka (SPO-HR) lub aktualnego certyfikatu (albo równoważnego dokumentu) wydanego przez organ obcego państwa lub przez właściwą instytucję wyspecjalizowaną, uznanego przez Prezesa ULC, obejmującego swoim zakresem wykonywanie lotów agrolotniczych;
c)wykazu sprzętu lotniczego w celu realizacji części 4 zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania sprzętem.
Dowód: - wezwanie jw. (w dokumentacji Postępowania).
(5)W odpowiedzi, za pismem z dnia 3 lutego 2024 r. – Konsorcjum przedstawiło:
a)Zezwolenie na zarobkowe operacje specjalistyczne wysokiego ryzyka nr PL.SPO.031-HR-PPOŻ obejmujące wykonywanie operacji przeciwpożarowych i gaśniczych wydane Wykonawcy FEAC przez Prezesa ULC w dniu 18 stycznia 2024 r., w którego treści ujęte zostały śmigłowce MDHI369F o nr rej. OM-MDM oraz MDHI369D o nr rej SE-JVM;
b)Zezwolenie na komercyjną działalność specjalną wysokiego ryzyka nr SK/HR SPO 010 obejmujące wykonywanie lotów

z podwieszonym ładunkiem i lotów agrotechnicznych (opryski i opylania) wydane Wykonawcy TM przez słowacki Urząd Transportu w dniu 26 stycznia 2024 r., w którego treści wskazane zostały śmigłowce MD530F+ o nr rej. OM-MDM oraz MD500E o nr rej. SE-JVM;
c)Wykaz sprzętu, w którym wskazane zostały śmigłowce MDHI369F o nr rej.OM-MDM oraz MDHI369E o nr rej. SE-JVM a jako podstawę dysponowania podano umowę cywilno-prawną.
Dowód: - dokumenty jw. (w dokumentacji Postępowania).
(6)Zamawiający weryfikując treść przedstawionych przez Konsorcjum podmiotowych środków dowodowych powziął szereg wątpliwości, które wyraził w piśmie z dnia 7 lutego 2024 r. (wezwaniu do uzupełnienia i wyjaśnienia treści podmiotowych środków dowodowych).
Zamawiający zwrócił uwagę m.in. na okoliczność, że w oświadczeniach JEDZ datowanych na dzień 10 stycznia 2024 r. (przeddzień upływu terminu składania ofert) członkowie Konsorcjum złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu, podczas gdy przedstawione w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 stycznia 2024 r. zezwolenia noszą daty późniejsze (18 i 26 stycznia br.), wzywając do wyjaśnienia podstaw do złożenia oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu z datą 10 stycznia 2024 r.
Dowód: - wezwanie jw. (w dokumentacji Postępowania).
(7)W odpowiedzi, pismem z dnia 12 lutego 2024 r., Konsorcjum wyjaśniło, że podstawą złożenia w JEDZ oświadczeń o spełnianiu przez jego członków warunków udziału w Postępowaniu były posiadane wówczas:
a)Zezwolenie na zarobkowe operacje specjalistyczne wysokiego ryzyka nr PL.SPO.031-HR-PPOŻ obejmujące wykonywanie operacji przeciwpożarowych i gaśniczych wydane Wykonawcy FEAC przez Prezesa ULC w dniu 30 stycznia
2023 r., w którego treści ujęty został śmigłowiec MDHI369F o nr rej. OM-MDM;
b)Pozwolenie na zarobkowe operacje specjalistyczne wysokiego ryzyka nr SK/HR SPO 010 obejmujące wykonywanie lotów z podwieszonym ładunkiem i lotów agrotechnicznych (opryski i opylania) wydane Wykonawcy TM przez słowacki Urząd Transportu w dniu 22 grudnia 2021 r., w którego treści wskazane zostały śmigłowce MD530F+ o nr rej. OM-MDM.
W oparciu o powyższe dokumenty Konsorcjum stwierdziło, że w dacie składania oświadczeń JEDZ spełniało warunek udziału w Postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowe oraz że spełnia go nadal, co wynika z treści podmiotowych środków dowodowych złożonych za pismem z 3 lutego br., które były aktualne na dzień ich złożenia.
Dowód: - dokumenty jw. (w dokumentacji Postępowania).
(8)Zamawiający – jak na to wskazują okoliczności sprawy – przyjął wyjaśnienia Konsorcjum i dokonał wyboru złożonej przez nie oferty w dniu 5 marca 2024 r.
Dowód: - zawiadomienie jw. (w dokumentacji Postępowania).
II. Uzasadnienie zarzutów odwołania
Z rozstrzygnięciem Zamawiającego nie sposób się zgodzić z przyczyn, o których mowa poniżej.
(1) Nie ulega wątpliwości, że rolą warunków udziału w Postępowaniu jest umożliwienie zamawiającemu dokonania wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Weryfikacja spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie może przy tym sprowadzać się do sprawdzenia, czy okoliczność ta zachodzi wyłącznie w jednym konkretnym momencie procedury udzielenia zamówienia. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania uniemożliwiałoby osiągnięcie wspomnianego celu stawiania warunków udziału w postępowaniu. Innymi słowy wykonawca powinien spełniać warunki udziału
w postępowaniu od momentu złożenia oferty do momentu zawarcia umowy. Potwierdzają to przepisy Pzp, które przewidują, że weryfikacja spełniania warunków udziału w postępowaniu odbywa się na podstawie oświadczenia JEDZ (zob. art. 125 ust. 1 Pzp), który stanowi tymczasowy dowód spełniania warunków udziału w postępowaniu, zastępując niejako podmiotowe środki dowodowe do czasu ich złożenia (argument z art. 125 ust. 3 Pzp).
(2)Przedstawione powyżej zapatrywanie potwierdza utrwalona linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba" lub „KIO"). Przykładowo, w wyroku z dnia 3 lipca 2020 r., KIO 905/20, zachowującym aktualność pod rządami Pzp, stwierdzono m.in., że Z przepisu art. 25a ust. 1 pkt 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych wynika wprost, że wykonawca wraz z ofertą składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, które ma być aktualne na dzień składania ofert, a zatem warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień składania ofert. Podkreślić należy, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już w dacie składania ofert, co oznacza, że już w tym momencie wykonawca musi posiadać potencjał niezbędny do realizacji zamówienia (ekonomiczny, finansowy, techniczny, zawodowy, kompetencje czy też uprawnienia wymagane przez Zamawiającego i wskazane w SIWZ). Z kolei w orzeczeniu z dnia 20 kwietnia 2017 r., KIO 707/16 Izba wskazała wprost, że Także w aktualnym stanie prawnym wykonawca nadal jest zobowiązany wykazać - pod rygorem wykluczenia z postępowania – spełnienie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert, co potwierdza swoim zapewnieniem w dokumencie JEDZ i w odrębnych

oświadczeniach pisemnych załączonych do oferty, i taki stan musi się utrzymywać aż do zawarcia umowy.
(3)Sformułowany przez Zamawiającego warunek udziału w Postępowaniu uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w części 4 posiadania zezwoleń na wykonywanie lotów gaśniczych oraz agrolotniczych wydanych dla dwóch śmigłowców, co z kolei wynika z treści warunku dotyczącego potencjału technicznego. Konieczność łącznej interpretacji wspomnianych warunków udziału w Postępowaniu nie wynika jedynie z ogólnych zasad wykładni dowolnego tekstu, które zakładają, że właściwe wnioski można wyciągnąć jedynie z holistycznej analizy interpretowanej treści, ale również z konstrukcji dokumentu, jakim jest wzmiankowane zezwolenie. Wskazuje on bowiem nie tylko na rodzaj działalności objętej zezwoleniem, ale przede wszystkim sprzęt (śmigłowce), które takie zezwolenie posiadają. Tak jest zarówno w przypadku zezwoleń przedstawionych przez Konsorcjum, jak i przez Odwołującego w innych częściach zamówienia.
Dowód: - zezwolenia przedstawione przez Konsorcjum za pismem z dnia 3 i 12 lutego br. (w dokumentacji Postępowania);
- przykładowe zezwolenie przedstawione przez Odwołującego w części 13 zamówienia (w dokumentacji Postępowania).
(4)W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że zezwolenia Prezesa ULC na wykonywanie zarobkowych operacji lotniczych wysokiego ryzyka są zezwoleniami specjalnego rodzaju, ponieważ jak wynika z ustawy z dnia z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze (Dz. U. z 2023 r. poz. 2110, dalej jako: „Prawo lotnicze”), wykonawca może realizować takie usługi wyłącznie śmigłowcami, które ujęte zostaną w zezwoleniu wystawionym na rzecz danego podmiotu. W konsekwencji, nawet jeżeli dany podmiot posiada rzeczone zezwolenie i np. nabył nowy śmigłowiec, to nie jest to równoznaczne z możliwością wykonywania tym śmigłowcem operacji SPO-HR oraz SPO-HR PPOŻ., ponieważ niezbędnym jes uprzednia zmiana zezwolenia i objęcie tym zezwoleniem również nowej maszyny.
(5)De facto zezwolenie na wykonywanie ww. działalności ogranicza się do śmigłowców, które ujęte zostały w danym zezwoleniu. Stanowi to konsekwencję tego, że w świetle przepisu art. 163c ust. 1 pkt 2 oraz 3 Prawa lotniczego, wydanie rzeczonego zezwolenia wymaga uprzedniego przeprowadzenia oceny spełnienia wymagań określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 159 ust. 1 Prawa lotniczego, w których ujęto szereg wymogów co do śmigłowców, których to spełnienie warunkuje uzyskanie zezwolenia.
(6)Nie jest więc tak, że posiadając dane zezwolenie wykonawca może realizować zamówienia dowolnym śmigłowcem. Uprawnienie do wykonywania lotów stanowiących przedmiot Postępowania sprowadza się wyłącznie do śmigłowców, które ujęte zostały w zezwoleniu.
(7)Co równie istotne, okoliczności sprawy wskazują, że przedstawiony powyżej sposób interpretacji warunków udziału w Postępowaniu przyjęty został również przez same Konsorcjum, które w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 25 stycznia br. złożyło dwa zezwolenia, każde z nich wskazujące w swej treści na 2 śmigłowce objęte zezwoleniem, które wskazane zostały w wykazie sprzętu.
(8)Kierując się omówioną wcześniej zasadą ciągłości spełniania warunków udziału w Postępowaniu Konsorcjum powinno było już w dacie składania ofert dysponować zezwoleniami obejmującymi 2 śmigłowce każde, co de facto potwierdziło w oświadczeniach JEDZ. Okoliczności tej przeczą jednak zezwolenia przedstawione przez Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia treści podmiotowych środków dowodowych z dnia 7 lutego 2024 r., w treści których ujęty jest tylko jeden śmigłowiec o nr rej. OM-MDM. Tym samym Konsorcjum nie spełniało warunków udziału w Postępowaniu na dzień składania ofert, składając w JEDZ oświadczenia wprowadzające Zamawiającego w błąd. Następnie, w toku procedury badania i oceny ofert, Konsorcjum niejako rozszerzyło wymagane zezwolenia o dodatkowy, wymagany śmigłowiec o nr rej. SE-JVM, składając na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 stycznia br. dwa zezwolenia obejmujące po dwa śmigłowce każde. Taka „konwalidacja” sytuacji podmiotowej wykonawcy jest niedopuszczalna, o czym świadczy chociażby wyrok KIO z 18 listopada 2021 r., KIO 3221/21, w którym wyrażono następujący pogląd: Przyznanie, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie muszą spełniać warunku udziału w postępowaniu w dniu wyznaczonym na składanie ofert, natomiast mogą brak ten później usunąć przez swego rodzaju "konwalidację", byłoby zarówno naruszeniem dyspozycji art. 125 ust. 3 p.z.p., naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz rodziłoby ryzyko, iż w do postępowań zgłaszałyby udział podmioty niespełniające warunków udziału w postępowaniu i – tym samym – niedające gwarancji należytego wykonania umowy. Wymóg faktycznego spełniania warunków na dzień składania ofert wynika też z faktu dużego sformalizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Choć formalizm postępowania nie może być celem samym w sobie, to szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje zamawiających do takiego właśnie działania, o ile jest ono zgodne z postanowieniami ustawy. Zamawiający, który wobec jednego z podmiotów odstąpiłby od zasad obowiązujących w postępowaniu i nie respektowałby wyznaczonych przez siebie wymogów, naraziłby się na zarzut nierównego traktowania wykonawców.
(9)Tymczasem Zamawiający przyjął wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum, które – jak się wydaje – traktują kwestię łącznego spełniania ww. warunków udziału w Postępowaniu w sposób abstrakcyjny – rozłączny. Nie jest bowiem

wystarczające wykazanie się dowolnym zezwoleniem na wykonywanie jakichkolwiek lotów, skoro w treści takiego dokumentu precyzyjnie wskazuje się, jakie maszyny mogą dane loty wykonywać. Ponadto, argumentacja Konsorcjum, że dokumenty przedstawione na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 stycznia 2024 r. były aktualne na dzień ich złożenia nie zmienia faktu, że w dacie składania ofert śmigłowiec o nr rej. SE-JVM ujęty w treści wykazu sprzętu nie był objęty żadnym z wymaganych dla części 4 zamówienia zezwoleń. Stało się to dopiero po upływie terminu składania ofert, o czym świadczą zezwolenia datowane na 18 i 26 stycznia 2024r.

(10)W konsekwencji Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Konsorcjum z uwagi na niespełnianie przez nie warunków udziału w Postępowaniu, a zaniechanie tej czynności stanowi obrazę art. 112 ust. 2 pkt 2 i 4, art. 114 pkt 1 i 2, art. 116 ust. 1, art. 125 ust. 1 i 3 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp.

(11)Ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia przedstawionej na uzasadnienie zarzutu nr 1 argumentacji Odwołujący zwraca uwagę, że jakkolwiek Zamawiający nie przewidział w Postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp odnoszących się do nieprawdziwych informacji, to jednak nie jest zwolniony z weryfikacji prawdziwości oświadczeń składanych przez Konsorcjum w toku Postępowania, w szczególności oświadczeń JEDZ. Jak bowiem wynika, przykładowo, z wyroku KIO z 21 stycznia 2022 r., KIO 5/22 Brak wskazania przez zamawiającego fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku należytej weryfikacji wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu, tym bardziej jeśli to te oświadczenia wpływają na wynik danego postępowania, bo umożliwiają uzyskanie dodatkowych punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert oraz potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Nie można uznać, że jeżeli zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacje w celu uzyskania zamówienia. Eliminowaniu nieprawidłowych sytuacji służy przesłanka odrzucenia oferty zawarta w art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, związana ze złożeniem jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

(12)W opisanych powyżej okolicznościach stanu faktycznego wskazujących na przedstawienie Zamawiającemu w oświadczeniach JEDZ złożonych przez członków Konsorcjum informacji wprowadzających w błąd w kwestii spełniania przez

Konsorcjum warunków udziału w Postępowaniu, oferta Konsorcjum złożona została

wwarunkach czynu nieuczciwej konkurencji, co skutkować powinno jej odrzuceniem.

(13)W kwestii kwalifikacji deliktu popełnionego przez Konsorcjum należy mieć na względzie przepis art. 3 ust. 1 Znk przewidujący tzw. uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji, wyrażającą się każdym działaniem sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, która ma charakter samoistny i niezależny od czynów nieuczciwej konkurencji stypizowanych w rozdziale 2 Znk. Teza ta znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby, przykładowo w wyroku z 25 czerwca 2021 r., KIO 1285/21, w którym to wyroku stwierdzono, że Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 Znk albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 Znk (zob. również wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2022 r., KIO 1350/22). W powyższym kontekście czynu nieuczciwej konkurencji popełnionego przez Konsorcjum należy upatrywać w zawarciu w oświadczeniach JEDZ informacji o spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu, podczas gdy na dzień złożenia tych oświadczeń Konsorcjum warunków nie spełniało ergo oświadczenia te nie były zgodne z rzeczywistością. Działanie takie jest sprzeczne zarówno z prawem, w szczególności z przepisami Pzp, jak i z dobrymi obyczajami (zasadami uczciwości kupieckiej). Co więcej, wspomniane działanie naruszyło interes Odwołującego, ponieważ doprowadziło do nieuprawnionego wyboru oferty Konsorcjum, pozbawiając Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

(14) Ewentualnie, można upatrywać niezgodności opisanego sposobu postępowania Konsorcjum z przepisem art. 14 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 Znk, w świetle którego czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, dotyczących sytuacji prawnej przedsiębiorcy (przedsiębiorstwa), w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Ad casum doszło bowiem do posłużenia się przez Konsorcjum w złożonych oświadczeniach JEDZ nieprawdziwymi informacjami o jego sytuacji prawnej (zakresie posiadanych zezwoleń), co zostało uczynione w celu przysporzenia Konsorcjum korzyści wynikających z uzyskania zamówienia i jednocześnie spowodowało wyrządzenie Odwołującemu szkody, jak opisano powyżej.

(15)W konsekwencji, oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona z uwagi na jej złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, zaś zaniechanie dokonania przez Zamawiającego tej czynności stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 Znk, ewentualnie – art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 i 2 pkt 4 Znk,

(16)Reasumując, wobec przedstawionych powyżej zarzutów wybór oferty Konsorcjum dokonany został z naruszeniem

przepisu art. 239 ust. 1 i 2 Pzp, co czyni zasadnym również zarzut nr 3.
(17)Mając na uwadze powyższe wnoszę i wywodzę jak w petitum odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 25/03/24) podał w szczególności:

(...)

Odpowiedź na zarzut nr 1

Zarzut Odwołującego opiera się na nieistniejącym (w postępowaniu objętym odwołaniem) warunku udziału w postępowaniu sformułowanym przez Odwołującego na potrzeby postawienia zarzutu i złożenia odwołania. W SWZ nie postawiono warunku: „*w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej oraz zdolności technicznej w części 4 zamówienia, zgodnie z którymi wykonawca powinien wykazać w dacie składania ofert, że posiadał zezwolenia na wykonywanie lotów gaśniczych oraz agrolotniczych wydane na dwa śmigłowce*".

Zamawiający nie miał podstaw by żądać od wykonawców, na etapie weryfikacji podmiotowej, spełnienia powyższego warunku oraz wymagać podmiotowych środków dowodowych potwierdzających jego spełnianie ponieważ taki warunek nie został sformułowany w dokumentach zamówienia. W związku z powyższym, podstawowa teza wynikająca z zarzutu Odwołującego jest z gruntu nieprawidłowa ponieważ odnosi się do nieistniejącego warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający postawił dwa warunki udziału w postępowaniu dotyczące części 4 (SWZ – Rozdział 6 pkt 6.1 lit. b i d):

1)w odniesieniu do uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej – wykazanie, że wykonawca jest uprawniony do wykonywania działalności lotniczej na terenie Polski w zakresie wykonywania lotów gaśniczych oraz lotów agrolotniczych;

2)w odniesieniu do zdolności technicznej – wykazanie, że wykonawca dysponuje lub będzie dysponował sprzętem lotniczym w postaci 2 śmigłowców o parametrach: wyposażone w urządzenie gaśnicze typu Bambi Bucket z możliwością poboru wody min. 500 l, wyposażone w urządzenia radiotelefoniczne umożliwiające łączność radiową w paśmie 48,5 – 49,5 MHz oraz GPS, wyposażone w urządzenia agrolotnicze umożliwiające wykonywanie oprysków ultradrobnokroplistych.

W związku z tym, że Zamawiający postawił dwa ww. warunki udziału w postępowaniu, to wymagał dwóch różnych dokumentów na potwierdzenie ich spełniania.

W odniesieniu do warunku w pkt 1) powyżej, tj. uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej – wykazanie, że wykonawca jest uprawniony do wykonywania działalności lotniczej na terenie Polski w zakresie wykonywania lotów gaśniczych oraz lotów agrolotniczych, Zamawiający wymagał złożenia (pkt 7.1 lit. d) SWZ) :

-wykonywanie lotów gaśniczych: aktualne zezwolenie Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego na wykonywanie zarobkowych operacji lotniczych wysokiego ryzyka (SPO-HR PPOŻ);

-wykonywanie lotów agrolotniczych: aktualne zezwolenie Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego na wykonywanie zarobkowych operacji lotniczych wysokiego ryzyka (SPO-HR) lub aktualny certyfikat (albo równoważny dokument) wydany przez organ obcego państwa lub przez właściwą instytucję wyspecjalizowaną, uznany przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego, obejmujące swoimi zakresami wykonywanie lotów agrolotniczych.

W odniesieniu do warunku w pkt 2) powyżej, tj. w odniesieniu do zdolności technicznej (pkt 7.1 lit. e) SWZ):

-wykaz sprzętu lotniczego dostępnego Wykonawcy w celu realizacji danej części zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tym sprzętem, potwierdzający wszystkie parametry techniczne określone w pkt 6.1 d) SWZ.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – First European Aviation Company sp. z o.o. („Wykonawca FEAC") oraz TECH-MONT Helicopter company s.r.o. („Wykonawca TM") – dalej łącznie jako „Konsorcjum", których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza przedstawili następujące dokumenty na potwierdzenie spełniania postawionych warunków udziału w postępowaniu:

ad 1)

W odniesieniu do wykonywania lotów gaśniczych w zakresie wymogu złożenia „aktualnego zezwolenie Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego na wykonywanie zarobkowych operacji lotniczych wysokiego ryzyka (SPO-HR PPOŻ)":

-Zezwolenie nr PL.SPO.031–HR-PPOŻ Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego na wykonywanie zarobkowych operac lotniczych wysokiego ryzyka (SPO-HR PPOŻ) dla wykonawcy FEAC z dnia 18 stycznia 2024 r.

-Zezwolenie nr PL.SPO.031–HR-PPOŻ Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego na wykonywanie zarobkowych operac lotniczych wysokiego ryzyka (SPO-HR PPOŻ) dla wykonawcy FEAC z dnia 30 stycznia 2023 r.

W odniesieniu do wykonywania lotów agrolotniczych w zakresie wymogu złożenia „aktualnego zezwolenia Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego na wykonywanie zarobkowych operacji lotniczych wysokiego ryzyka (SPO-HR) lub aktualny certyfikat (albo równoważny dokument) wydany przez organ obcego państwa lub przez właściwą instytucję wyspecjalizowaną, uznany przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego, obejmujące swoimi zakresami wykonywanie lotów agrolotniczych":

-Zezwolenie na komercyjną działalność specjalną wysokiego ryzyka nr SK/HR SPO 010 obejmujące wykonywanie lotów

z podwieszonym ładunkiem i lotów agrotechnicznych (opryski i opylania) wydane Wykonawcy TM przez słowacki Urząd Transportu w dniu 26 stycznia 2024 r., wraz z uznaniem przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego;
-Zezwolenie na komercyjną działalność specjalną wysokiego ryzyka nr SK/HR SPO 010 obejmujące wykonywanie lotów z podwieszonym ładunkiem i lotów agrotechnicznych (opryski i opylania) wydane Wykonawcy TM przez słowacki Urząd Transportu w dniu 22 grudnia 2021 r., wraz z uznaniem przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego.
W odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności technicznej w zakresie wymogu złożenia wykazu sprzętu lotniczego dostępnego Wykonawcy w celu realizacji danej części zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tym sprzętem, potwierdzający wszystkie parametry techniczne określone w pkt 6.1 d) SWZ, Konsorcjum przedstawiło:
- wykaz sprzętu, którym Konsorcjum dysponuje w celu realizacji niniejszego zamówienia, który zawiera dwa śmigłowce o parametrach wymaganych przez Zamawiającego.
W związku z wykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert wraz z potwierdzeniem ich spełniania na moment złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz braku podstaw do wykluczenia wykonawcy Zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum jako najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert w części 4 postępowania.
(...)
Odpowiedź na zarzut nr 2
Zarzut nr 2 odnosi się do tych samych okoliczności faktycznych, które zostały opisane w zarzucie nr 1 z jednoczesnym przywołaniem innych przepisów prawa, w związku z tym należy zauważyć, że zarzuty nie stanowią osobnych tematów do rozpatrzenia lecz stanowią pewnego rodzaju zabieg dla stworzenia pozoru „wielości zarzutów". Wynik rozpatrzenia zarzutu nr 1 będzie równocześnie stanowił o wyniku rozpatrzenia zarzutu nr 2. Dodatkowo należy zauważyć, że Odwołujący nie opisał szczegółowo okoliczności faktycznych, które w jego mniemaniu stanowią czyn nieuczciwej konkurencji z których chciałby wywodzić skutek prawny w postaci odrzucenia oferty Konsorcjum. Powołując się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15 stycznia 2016 r.; sygn. akt KIO 2737/15, Zamawiający wskazuje że:
„W ramach postępowania odwoławczego odwołujący ma obowiązek postawić konkretne zarzuty w zakresie niezgodności z prawem czynności zamawiającego, które następnie ma obowiązek udowodnić, a nie zgłaszać swoje wątpliwości co do potencjalnie niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, czy też ewentualne postulaty, w sprawie których Izba miałaby prowadzić jakieś ogólne postępowanie wyjaśniające czy ocenę ich zasadności.
(...)
Odpowiedź na zarzut nr 3
Podobnie jak zarzut nr 2, zarzut nr 3 stanowi swoiste powtórzenie zarzutu nr 1 jednak na „trzeci sposób". Rozstrzygnięcie zarzutu nr 1 będzie stanowiło również o rozstrzygnięciu zarzutu nr 2 i 3. W dalszej części odpowiedzi na odwołanie wykonawcy Lima sp. z o.o., Zamawiający przedstawi szczegóły dotyczące podjętych decyzji w postępowaniu stanowiącym przedmiot odwołania. W pierwszej kolejności, należy wskazać, że Zamawiający zapoznał się ze sposobem interpretacji przez Odwołującego postawionych warunków udziału w postępowaniu na etapie oceny ofert – z wniesionego przez Odwołującego pisma z dnia 17 stycznia 2024 r., które Zamawiający załącza do niniejszej odpowiedzi. Stanowisko Odwołującego zostało przeanalizowane przez Zamawiającego. Zamawiający uznał, że nie jest możliwa zmiana warunków udziału w postępowaniu po złożeniu ofert, a także ich rozszerzająca interpretacja.
Zamawiający wziął pod uwagę tezy wynikające z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej:
(...)
Zamawiający ponownie wskazuje, że w odwołaniu dwukrotnie (str. 2 i str. 7) posłużono się treścią rzekomego warunku udziału w postępowaniu, który faktycznie nie został sformułowany w SWZ: *„posiadanie zezwolenia na wykonywanie lotów gaśniczych oraz agrolotniczych wydane na dwa śmigłowce*",
W żadnym miejscu dokumentacji zamówienia, nie znajdziemy powyższego sformułowania, które Odwołujący stara się przeforsować jako rzecz oczywistą w złożonym odwołaniu. W odniesieniu do części II odwołania pn. „Uzasadnienie zarzutów odwołania" – pkt (1) i (2), w którym Odwołujący uzasadnia kwestię nie podlegającą dyskusji tj. obowiązek spełniania warunków udziału w postępowaniu już w dacie składania ofert, Zamawiający podkreśla, że Konsorcjum, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza udowodniło spełnianie postawionych warunków udziału w postępowaniu już w dacie złożenia swojej oferty tj. 10 stycznia 2024 r., w sposób:

Warunek	**Dokument wymagany na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu**	**Podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełnienia warunku złożone przez Konsorcjum**

(1) **W zakresie uprawnień** do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów: Wykonawca wykaże, że jest uprawniony do wykonywania działalności lotniczej na terenie Polski w zakresie wykonywania lotów gaśniczych oraz lotów agrolotniczych. (pkt 6.1 lit. b) SWZ)	-wykonywanie lotów gaśniczych: aktualne zezwolenie Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego na wykonywanie zarobkowych operacji lotniczych wysokiego ryzyka (SPO-HR PPOŻ); -wykonywanie lotów agrolotniczych: aktualne zezwolenie Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego na wykonywanie zarobkowych operacji lotniczych wysokiego ryzyka (SPO-HR) lub aktualny certyfikat (albo równoważny dokument) wydany przez organ obcego państwa lub przez właściwą instytucję wyspecjalizowaną, uznany przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego, obejmujące swoimi zakresami wykonywanie lotów agrolotniczych. (pkt 7.1 lit. d) SWZ)	-wykonywanie lotów gaśniczych: zezwolenia **z 30.01.2023 i 18.01.2024** nr PL.SPO.031–HR-PPOŻ Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego na wykonywanie zarobkowych operacji lotniczych wysokiego ryzyka (SPO-HR PPOŻ) dla wykonawcy FEAC. -wykonywanie lotów agrolotniczych: zezwolenia **z 22.12.2023 i 26.01.2024** na komercyjną działalność specjalną wysokiego ryzyka nr SK/HR SPO 010 obejmujące wykonywanie lotów z podwieszonym ładunkiem i lotów agrotechnicznych (opryski i opylania) wydane Wykonawcy TM przez słowacki Urząd Transportu wraz z uznaniem przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego.
(2) **W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:** Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował sprzętem lotniczym odpowiednio w stosunku do części zamówienia: Część 4 – śmigłowiec – 2 szt. Parametry techniczne sprzętu: śmigłowce – wyposażone w urządzenie gaśnicze typu Bambi Bucket z możliwością poboru wody min. 500 l, wyposażone w urządzenia radiotelefoniczne umożliwiające łączność radiową w paśmie 48,5– 49,5 MHz oraz GPS, wyposażone w urządzenia agrolotnicze umożliwiające wykonywanie oprysków ultradrobnokroplistych. (pkt 6.1 lit. d) SWZ)	wykaz sprzętu lotniczego dostępnego Wykonawcy w celu realizacji danej części zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tym sprzętem, potwierdzający wszystkie parametry techniczne określone w pkt 6.1 d). (pkt 7.1 lit. e) SWZ)	Wykaz sprzętu lotniczego dostępnego Konsorcjum w celu realizacji 4 części zamówienia wskazujący na dysponowanie 2 śmigłowcami o parametrach zgodnych z postawionymi wymaganiami: wyposażone w urządzenie gaśnicze typu Bambi Bucket z możliwością poboru wody min. 500 l, wyposażone w urządzenia radiotelefoniczne umożliwiające łączność radiową w paśmie 48,5 – 49,5 MHz oraz GPS, wyposażone w urządzenia agrolotnicze umożliwiające wykonywanie oprysków ultradrobnokroplistych.

Zamawiający załączył do niniejszej odpowiedzi wskazane w powyższej tabeli podmiotowe środki dowodowe złożone przez Konsorcjum na potwierdzenie spełniania postawionych dwóch warunków udziału w postępowaniu w części 4 zamówienia.

W związku z powyższym podejmowanie przez Odwołującego kwestii oczywistej wydaje się być zabiegiem celowym by skierować uwagę w temacie odwołania od istoty, która powinna podlegać rozpatrzeniu tj. czy złożone przez Konsorcjum dokumenty, którego oferta została wyłoniona w części 4 zamówienia potwierdzają faktycznie postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

Również niżej zacytowane zdanie ze strony 7 złożonego odwołania w pkt (3) wydaje się być prawniczym zabiegiem, który daleko odbiega od sedna sprawy:

„*Konieczność łącznej interpretacji wspomnianych warunków udziału w Postępowaniu nie wynika jedynie z ogólnych zasad wykładni dowolnego tekstu, które zakładają, że właściwe wnioski można wyciągnąć jedynie z holistycznej analizy interpretowanej treści, ale również z konstrukcji dokumentu, jakim jest wzmiankowane zezwolenie*".

Sednem sprawy zaś powinny być złożone przez Konsorcjum podmiotowe środki dowodowe w stosunku do literalnego brzmienia postawionych warunków udziału w postępowaniu, nie zaś do ich interpretacji z holistycznej analizy treści czy też konstrukcji dokumentu jakim jest wzmiankowane zezwolenie.

W odniesieniu do pkt (7) na stronie 8 Odwołania, dążącego do wyciągnięcia negatywnych konsekwencji z faktu, że Konsorcjum, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w części 4 postępowania wykazało się aktualnymi na dzień składania podmiotowych środków dowodowych, uprawnieniami do lotów przeciwpożarowych oraz agrolotniczych w których wskazano dwa śmigłowce, Zamawiający podnosi, że świadczyć to może raczej o podjęciu kroków

przygotowawczych do realizacji zamówienia i rzetelnym podejściu do zamówienia, a nie podstawie formalnej do odrzucenia oferty.
W tym miejscu warto wspomnieć, że w praktyce systemu zamówień publicznych funkcjonują takie rozwiązania, w których Wykonawcy w celu przystąpienia do realizacji zamówienia muszą uregulować inne formalności wynikające z powszechnie obowiązującego prawa a nie wynikają one z postawionych warunków udziału w postępowaniu, które jak wiemy nie stanowią obowiązkowego elementu procesu udzielania zamówień, lecz są niejako przywilejem Zamawiającego (który nie może prowadzić do nieproporcjonalnego ograniczenia konkurencji). Za przykład można podać wpis do izby inżynierów budownictwa, który co do zasady nie jest wymagany jako warunek udziału w postępowaniu (gdyż mógłby bezzasadnie ograniczyć konkurencję). Wskazał na wyroki KIO:
(...)
W przedmiotowym postępowaniu o podobnym charakterze obowiązek po stronie wykonawcy miał miejsce i Konsorcjum formalności tych dopełniło już w trakcie postępowania przetargowego, niemniej nie świadczy to o fakcie niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w dniu złożenia oferty.

W odniesieniu do „ewentualnego zarzutu" (pkt 11-14 odwołania, str. 10-11), wskazującego na domniemaną podstawę do odrzucenia oferty Konsorcjum ze względu na wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji, co Odwołujący wskazuje jako zawarcie przez Konsorcjum w JEDZ oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający oświadcza, że powyższy zarzut nie znajduje odzwierciedlenia w złożonych przez Konsorcjum podmiotowych środkach dowodowych świadczących o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie części nr 4 zamówienia.

W związku z powyższym, Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania, bowiem nie zasługuje ono na uwzględnienie. W ocenie Zamawiającego odwołanie zasługuje na odrzucenie ze względu na fakt, że w swej materii dotyczy ono sposobu sformułowania zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia, z którymi Odwołujący się nie zgadza, w związku z czym termin na wniesienie odwołania w tym zakresie minął z upływem 22 grudnia 2023 r.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: Konsorcjum firm: First European Aviation Company Sp. z o.o., Tech-Mont Helicopter Company s.r.o. z/s w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 25 marca 2024 r. podał: (...) Decyzja Zamawiającego o wyborze oferty Przystępującego jest prawidłowa. Przystępujący spełnił wszystkie warunki udziału w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu, a jego oferta jest najkorzystniejsza.

Zgodnie z postanowieniami SWZ warunkiem udziału w Postępowaniu w części 4 zamówienia było m.in.:
-w odniesieniu do uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, wykazanie, że wykonawca jest uprawniony do wykonywania działalności lotniczej na terenie Polski w zakresie wykonywania lotów gaśniczych oraz lotów agrolotniczych.
-w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej wykazanie, ze wykonawca dysponuje lub będzie dysponował sprzętem lotniczym odpowiednio w stosunku do części zamówienia – w części 4 zamówienia 2 śmigłowcami.

Obowiązki wykonawców w zakresie sposobu wykazania spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu zostały przez Zamawiającego wyrażone w sposób jasny i precyzyjny. Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu zarówno na dzień składania ofert jak również na moment złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący wskazuje na istnienie warunku udziału w postępowaniu, który faktycznie nie został sformułowany w SWZ a który jest wynikiem oczekiwać Odwołującego względem treści SWZ. Oczekiwanie odwołującego się, że zezwolenie będzie obejmowało swym zakresem dwa śmigłowce nie wynika z literalnego brzmienia tego warunku. Istnieje ugruntowany pogląd w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zgodnie z którym stosowanie wykładni rozszerzającej względem warunków udziału w postepowaniu jest niedopuszczalne (wyrok KIO z dnia 23 listopada 2021r., KIO 3311/21). Argumentacja Odwołującego w istocie sprowadza się do kwestionowania warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego a nie samej czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Na etapie wyboru oferty formułowanie zarzutów odnośnie opisanych warunków udziału w postępowaniu oraz środków dowodowych na potwierdzenie ich spełnienia jest spóźnione.

W zakresie zarzuty złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji Przystępujący wskazuje, iż jest on bezzasadny i niczym nieudowodniony. Całokształt wyżej podniesionej argumentacji prowadzi do jednoznacznej konkluzji, iż odwołanie jest całkowicie bezzasadne i jako takie powinno podlegać oddaleniu w całości.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Pierwszy z zarzutów, a jednocześnie kluczowy w tej sprawie, naruszenia art. 112 ust. 2 pkt 2 i 4 w zw. z art. 114 pkt 1 i 2 w zw. art. 116 ust. 1 w zw. z art. 125 ust. 1 i 3 oraz w zw. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, Odwołujący odniósł do braku wykazania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: First European Aviation

Company sp. z o.o. oraz TECH-MONT Helicopter company s.r.o. (Konsorcjum lub Przystępujący) spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej oraz zdolności technicznej w części 4 zamówienia, twierdząc, że zgodnie z tymi warunkami (…) *wykonawca powinien wykazać w dacie składania ofert, że posiadał zezwolenia na wykonywanie lotów gaśniczych oraz agrolotniczych wydane na dwa śmigłowce, podczas gdy przedstawione w toku Postępowania dokumenty okoliczności tej przeczą wskazując, że w dacie składania ofert Konsorcjum posiadało zezwolenia obejmujące wyłącznie jeden śmigłowiec, co skutkować powinno odrzuceniem oferty Konsorcjum w części 4 zamówienia.*

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) w zakresie części 4 wymagania w Rozdziale 6 dotyczyły:

- w pkt 6.1.lit.b) tiret 2 odnoszącym się do warunków udziału w tym postępowaniu:

„6.1. W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

(....)

b)uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów: Warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że jest uprawniony do wykonywania działalności lotniczej na terenie Polski w zakresie:

(...)

*- wykonywania lotów gaśniczych oraz lotów agrolotniczych – dotyczy części zamówienia: 1,2,3,**4**,5,6,7,8,9,10,11,12,13,15,16,17,19,20.(...).*

- w pkt 6.1. lit. d) w punktatorze piątym odnoszącym się zdolności technicznej zawodowej:

„d) Warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował sprzętem lotniczym odpowiednio w stosunku do części zamówienia:

(...)

Część 4 – śmigłowiec – 2 szt.

(...)

śmigłowce (dla części zamówienia nr: 4,13,16) – wyposażone w urządzenie gaśnicze typu Bambi Bucket z możliwością poboru wody min. 500 l, wyposażone w urządzenia radiotelefoniczne umożliwiające łączność radiową w paśmie 48,5 – 49,5 MHz oraz GPS, wyposażone w urządzenia agrolotnicze umożliwiające wykonywanie oprysków ultradrobnokroplistych. (...)

Zgodnie z Rozdziałem 7 SWZ w punkcie 7.1 lit d) podano:

„7.1. W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w pkt 5.1. i 5.2. oraz w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.1. Wykonawca będzie obowiązany przedstawić Zamawiającemu następujące oświadczenia i dokumenty (w terminach wskazanych w niniejszej SWZ):

(...)

d)w zakresie części 1,2,3,4,5,6,7,8,9,10,11,12,13,15,16,17,19,20 tj.

-wykonywanie lotów gaśniczych: aktualne zezwolenie Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego na wykonywanie zarobkowych operacji lotniczych wysokiego ryzyka (SPO-HR PPOŻ);

-wykonywanie lotów agrolotniczych: aktualne zezwolenie Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego na wykonywanie zarobkowych operacji lotniczych wysokiego ryzyka (SPO-HR) lub aktualny certyfikat (albo równoważny dokument) wydany przez organ obcego państwa lub przez właściwą instytucję wyspecjalizowaną, uznany przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego, obejmujące swoimi zakresami wykonywanie lotów agrolotniczych;(...)

(...)

e)wykaz sprzętu lotniczego dostępnego Wykonawcy w celu realizacji danej części zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tym sprzętem, potwierdzający wszystkie parametry techniczne określone w pkt 6.1 d); (...)

Zgodnie z Częścią IV: *Kryteria kwalifikacji* wymagane było *„W odniesieniu do kryteriów kwalifikacji (sekcja lub sekcje A–D w niniejszej części)” złożenie przez wykonawcę oświadczenia:*

: OGÓLNE OŚWIADCZENIE DOTYCZĄCE WSZYSTKICH KRYTERIÓW KWALIFIKACJI

(...)

Spełnienie wszystkich wymaganych kryteriów kwalifikacji	**Odpowiedź**
Spełnia wymagane kryteria kwalifikacji:	[] Tak [] Nie

Mając na uwadze powyższe postanowienia, Izba zgodziła się z Zamawiającym oraz z Przystępującym po stronie zamawiającego, że powyższy zarzut odwołania opiera się na nieistniejącym (w postępowaniu objętym odwołaniem) warunku udziału. W SWZ bowiem nie postawiono warunku: „*w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej oraz zdolności technicznej w części 4 zamówienia, zgodnie z którymi wykonawca powinien*

wykazać w dacie składania ofert, że posiadał zezwolenia na wykonywanie lotów gaśniczych oraz agrolotniczych wydane na dwa śmigłowce".

Tym samym Zamawiający nie miał podstaw żądać od wykonawców, na etapie weryfikacji podmiotowej, spełnienia spornego warunku w sposób interpretowany przez Odwołującego, wymagając podmiotowych środków dowodowych - zezwoleń potwierdzających jego spełnianie na dzień składania ofert w odniesieniu do śmigłowców wskazanych w Wykazie przedłożonym na wezwanie z dnia 25.01.2024 r. ponieważ warunek nie został tak sformułowany w dokumentach zamówienia.

W myśl cytowanych postanowień Zamawiający – jak podał w odpowiedzi na odwołanie - postawił w postępowaniu dwa warunki udziału dotyczące części 4 (SWZ – Rozdział 6 pkt 6.1 lit. b i d):
1)w odniesieniu do uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej – wykazanie, że wykonawca jest uprawniony do wykonywania działalności lotniczej na terenie Polski w zakresie wykonywania lotów gaśniczych oraz lotów agrolotniczych;
2)w odniesieniu do zdolności technicznej – wykazanie, że wykonawca dysponuje lub będzie dysponował sprzętem lotniczym w postaci 2 śmigłowców o parametrach: wyposażone w urządzenie gaśnicze typu Bambi Bucket z możliwością poboru wody min. 500 l, wyposażone w urządzenia radiotelefoniczne umożliwiające łączność radiową w paśmie 48,5 – 49,5 MHz oraz GPS, wyposażone w urządzenia agrolotnicze umożliwiające wykonywanie oprysków ultradrobnokroplistych.

W związku z tym, w odniesieniu do tych warunków na potwierdzenie ich spełniania, pierwszy z dokumentów dotyczył zezwoleń, co do posiadania uprawnień do wykonywania działalności lotniczej na terenie Polski w zakresie wykonywania (1) lotów gaśniczych oraz (2) lotów agrolotniczych. Drugi z kolei związany był z Wykazem, co do sprzętu lotniczego o określonych parametrach i wyposażeniu, którym wykonawca dysponuje lub którym będzie dysponował.

W odniesieniu do pierwszego warunku Zamawiający wymagał złożenia w JEDZ (1) ogólnego oświadczenia co do spełniania wszystkich wymaganych kryteriów kwalifikacji oraz (2) aktualnych zezwoleń uprawniających do wykonywania działalności lotniczej na terenie Polski. Zatem oświadczenie według JEDZ składanego wraz z ofertą - jego aktualność , w tym co do spornego warunku - należało oceniać według stanu na dzień 10.01.2024 r. Z kolei aktualność żądanych zezwoleń, zdaniem Izby, podlegała w świetle postanowień SWZ ocenie na dzień 25.01.2024 r., a mianowicie na dzień wezwania Konsorcjum do złożenia aktualnych dokumentów zarówno, co do spornych zezwoleń jak i wykazu sprzętu z którymi związana była ich aktualność.

Tym samym podstawą do złożenia oświadczenia o spełnianiu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na dzień 10.01.2024 r. było posiadane przez Konsorcjum (potwierdzone stosownymi certyfikatami - vide: pismo z 12.02.2024 r.):
a) zezwolenie na zarobkowe operacje specjalistyczne wysokiego ryzyka nr PL.SPO.031-HR-PPOŻ obejmujące wykonywanie operacji przeciwpożarowych i gaśniczych wydane Wykonawcy FEAC przez Prezesa ULC w dniu 30 stycznia 2023 r., w którego treści ujęty został śmigłowiec MDHI369F o nr rej. OM-MDM;
b)pozwolenie na zarobkowe operacje specjalistyczne wysokiego ryzyka nr SK/HR SPO 010 obejmujące wykonywanie lotów z podwieszonym ładunkiem i lotów agrotechnicznych (opryski i opylania) wydane Wykonawcy TM przez słowacki Urząd Transportu w dniu 22 grudnia 2021 r., w którego treści wskazane zostały śmigłowce MD530F+ o nr rej. OM-MDM.

W odniesieniu do drugiego warunku, Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie z dnia 25.01.2024 r. przedłożyło wymagany wykaz sprzętu lotniczego dostępnego Konsorcjum wraz z informacją o podstawie dysponowania tym sprzętem, potwierdzający parametry techniczne określone w pkt 6.1 d) SWZ. Przedłożyło także w ramach pierwszego wymagania dokumenty aktualne na dzień ich złożenia związane z tym sprzętem, a mianowicie: (1) zezwolenie na zarobkowe operacje specjalistyczne wysokiego ryzyka dotyczące wykonywania lotów gaśniczych PL.SPO.031-HR-PPOŻ dla operatora First European Company Sp. z o.o., wydane przez ULC, potwierdzone certyfikatem z dnia 18.01.2024 r.; (2) zezwolenie na komercyjną działalność specjalną wysokiego ryzyka SK/HR SPO/010 wydane przez Urząd Transportu Republiki Słowackiej, obejmujące swoim zakresem Loty agrotechniczne – opryski i opylanie, na terenie Polski, potwierdzone certyfikatem z dnia 26.01.2024 r. Konsorcjum ponadto w piśmie z dnia 12.02.2024 r. wyjaśniło, że: „*Wskazane różnice oznaczenia modelu statku powietrznego wynikają z przyjętego sposobu oznaczania statków powietrznych przez urząd właściwy dla danego kraju. Słowacki Urząd Transporotowy dokonując wpisu określonego statku powietrznego do certyfikatu posłużył się oznaczeniem komercyjnym danego modelu statku powietrznego natomiast Urząd Lotnictwa Cywilnego RP posługuje się określeniem modelu statku wynikającymz tzw. Certyfikatu Typu. Model*

statku powietrznego podobnie jak model np. samochodu jest to konkretna linii produktów danego producenta jednak w żaden sposób nie identyfikuje konkretnego statku powietrznego". Także wskazało, że: (...) *różnice w oznaczeniu modelu śmigłowca o numerach rejestracyjnych SE-JVMw wykazie sprzętu (model MDHI369E) i przedstawionym zezwoleniu PL.SPO.031-HR-PPOŻ gdzie śmigłowiec o numerach rejestracyjnych SE-JVM oznaczono jako model HDMI369D w jego ocenie jest wynikiem tzw. „literówki" w oznaczeniu modelu śmigłowca w certyfikacie wydanym przez ULC*.(...)

Tym samym Konsorcjum przedstawiło wymagane dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu stosownie do cytowanych postanowień SWZ. Niewątpliwie przyjęcie przez Izbę stanowiska Odwołującego nie było możliwe, albowiem powodowałoby to rozszerzającą interpretację warunków, a w konsekwencji prowadziłoby do zmiany warunków udziału w postępowaniu po złożeniu ofert. Sporny warunek bowiem nie dotyczył posiadania zezwolenia na wykonywanie lotów gaśniczych oraz agrolotniczych wydanych na śmigłowce wskazane w wykazie, ale – zgodnie z jego brzmieniem warunek ten mógł zostać uznany za spełniony, w przypadku gdy wykonawca wykazał, że jest uprawniony do wykonywania działalności lotniczej na terenie Polski w zakresie wykonywania – w odniesieniu do części 4 - lotów gaśniczych oraz lotów agrolotniczych. Z kolei wykaz obejmował sprzęt zgodnie ze wskazanym powyżej warunkiem.

Reasumując Izba stwierdza, że w związku z wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert wraz z potwierdzeniem ich spełniania w dacie złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnymi zezwoleniami Zamawiający miał podstawę wybrać ofertę Konsorcjum (First European Aviation Company sp. z o.o. oraz TECH-MONT Helicopter company s.r.o.) jako najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert w części 4 postępowania. Tym samym podnoszony w odwołaniu zarzut pierwszy naruszenia wskazanych przepisów jak i zarzut trzeci naruszenia art. 239 ust.1 ustawy Pzp z uwagi na wybór tej oferty podlega oddaleniu. Wobec tych ustaleń także zarzut ewentualny, naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podlega oddaleniu, albowiem zarzut ten Odwołujący odniósł do tych samych okoliczności faktycznych, które nie zostały uwzględnione w zakresie pierwszego z zarzutów.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

……..