

Sygn. akt: KIO 783/17

POSTANOWIENIE

z dnia 4 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 4 maja 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 kwietnia 2017r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia General Aviation Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Góraszce i Heli Holland Air Services B.V. z siedzibą w Luchthavenweg 20A, 1786PP Den Helder** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Lotos Petrobaltic Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, ul. Stary Dwór 9**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia General Aviation Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Góraszce i Heli Holland Air Services B.V. z siedzibą w Luchthavenweg 20A, 1786PP Den Helder tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi transportu lotniczego dla Lotos Petrobaltic SA zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 18 stycznia 2017r. nr 2017/S 012 – 019014.

W dniu 11 kwietnia 2017r. zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania o odrzuceniu wszystkich ofert w tym oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia General Aviation Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Góraszce i Heli Holland Air Services B.V. z siedzibą w Luchthavenweg 20A, 1786PP Den Helder – dalej odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 – dalej ustawy). W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że wątpliwości zamawiającego wzbudził formularz ofertowy odwołującego w części dotyczącej tabeli nr 5 (dane dodatkowe do porównania ofert), gdzie odwołujący zadeklarował maksymalny dystans (promień taktyczny), jaki może pokonać śmigłowiec nad otwartym morzem bez lądowania ze wskazaną maksymalną liczbą 10 pasażerów w warunkach IFR o wartości 148 km. zamawiający miał wątpliwości, czy podana przez odwołującego ładowność na tym dystansie jest możliwa do osiągnięcia przez deklarowany śmigłowiec. zamawiający miał także wątpliwość co do ilości lotów, jaką odwołujący zadeklarował do przewiezienia 29 pasażerów na dystansie 120 km (trasa lotnisko- Rębiechowo – platforma Lotos Petrobaltic). Dotychczasowa praktyka w realizacji lotów na tej trasie śmigłowcem typu EC155B1 wskazuje na możliwość przewiezienia jednym lotem maksymalnie ilości 9 pasażerów. W związku z tym zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień, a w odpowiedzi odwołujący podał, że zaszła oczywista omyłka pisarska polegająca na błędnie wpisanej wartości w tabeli nr 5 poz. 1. W formularzu widniała wartość 160 NM, a zdaniem odwołującego powinna być to wartość 180km. Ponadto w odniesieniu do wartości 180km odwołujący podał, że deklarując czas przelotu dla dystansu 180 km również miała miejsce oczywista omyłka pisarska skutkująca oczywistą omyłką rachunkową polegającą na tym, że wpisano wartość 45 min, tymczasem powinno być 110 min. Zamawiający poinformował, że powyższe wartości nie stanowią oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy. Złożone przez odwołującego wyjaśnienia powodują zmianę treści oferty w stosunku do złożonej pierwotnie, co jest niedopuszczalne w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Taka oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W dniu 21 kwietnia 2017r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa substytucyjnego udzielonego dnia

19 kwietnia 2017r. przez pełnomocnika, który działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 kwietnia 2017r. prezesa zarządu lidera konsorcjum upoważnionego do samodzielnej reprezentacji lidera, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania oraz upoważnionego do prezentacji partnera na podstawie pełnomocnictwa 17 lutego 2017r. udzielonego przez obu członków konsorcjum zgodnie z ich zasadami reprezentacji ujawnionymi w dokumentach rejestrowych, w tym dla partnera w odpisie z Rejestru Handlowego Izby Handlowej. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 21 kwietnia 2017r.

Odwołanie zostało wniesione od czynności zamawiającego polegających na:

- 1) bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, a w konsekwencji,
- 2) unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez niedokonanie poprawienia omyłek występujących w ofercie odwołującego, których poprawienie było możliwe, gdyż omyłki te nie powodowały istotnej zmiany treści oferty odwołującego,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez bezzasadne i bezprawne odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że złożył ważną ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz),
- 3) art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy przez brak wystarczającego uzasadnienia dlaczego oferta odwołującego została uznana za odrzuconą oraz w jaki sposób zamawiający ocenił wyjaśnienia złożone przez odwołującego,
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy przez bezpodstawne unieważnienie postępowania podczas, gdy oferta odwołującego jest ofertą ważną, spełniającą wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym niepodlegającą odrzuceniu.

Wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpoznanie oraz uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 4) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty z udziałem oferty odwołującego jako niepodlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy,
- 5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego się kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, ponieważ złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Uwzględnienie odwołania spowoduje uznanie oferty odwołującego za najkorzystniejszą, ponieważ przedstawia ona najkorzystniejszy bilans ceny oraz pozostałych kryteriów oceny ofert. Niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez odwołującego. Szkoda ta polega na braku

możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy do wniesienia niniejszego odwołania.

Do dnia otwarcia ofert, tj. do dnia 20 lutego 2017 r. zamawiający otrzymał 4 oferty, w tym ofertę odwołującego. Działając na podstawie art. 86 ust. 5 ustawy, zamawiający w dniu 21 lutego 2017 r. opublikował na swojej stronie internetowej informację z otwarcia ofert („Informacja z otwarcia”). Z Informacji z otwarcia wynikało, iż oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą pod względem cenowym. Odwołujący za realizację przedmiotowego zamówienia zaoferował kwotę 5 720 758,23 euro (tj. 24 778 892,19 zł) brutto. Drugą ofertę, najkorzystniejszą pod względem cenowym, złożył wykonawca Wiking Helikopter Service GmbH, z siedzibą w Sande - Mariensiel, Niemcy („Wiking”), tj. 29 718 295,76 zł brutto. Kolejne oferty zostały złożone przez: (i) Wykonawcę NHV NV z siedzibą w Oostende, Belgia („NHV”), tj. 7 758 313,20 euro (tj. 33 604 357,79 zł) brutto oraz Babcock Mission critical Services España SAU, z siedzibą w Mutxamel - Alicante, Hiszpania („Babcock”), tj. 55 573 172,80 zł brutto. Analiza ofert dokonana przez odwołującego złożonych przez wykonawców w postępowaniu wskazuje również na to, że oferta odwołującego uzyskalaby maksymalną liczbę punktów w pozostałych kryteriach oceny ofert, tj. (i) dodatkowe wymogi bezpieczeństwa - 30 pkt, (ii) dodatkowe możliwości śmigłowca -10 pkt.

Pismem z dnia 15 marca 2017 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów złożonych wraz z ofertą („Wezwanie”), w tym do wyjaśnienia, czy:

- (i) wskazany w tabeli 5 formularza cenowego dystans (promień taktyczny), jaki może pokonać śmigłowiec nad otwartym morzem bez lądowania z maksymalną liczbą pasażerów w warunkach IFR, tj. dystans 160 NM, jest możliwy do pokonania przy podanej ładowności,
- (ii) czas przelotu deklarowany dla odcinka 180 km, tj. 35 + 10 min, jest możliwy, biorąc pod uwagę średnią prędkość śmigłowca przy pozostałych odcinkach,
- (iii) deklarowana liczba pasażerów, tj. 29 do przewiezienia na dystansie 120 km (trasa: lotnisko Rębiechowo - platforma LOTOS Petrobaltic) jest możliwa, mając na uwadze wcześniejsze doświadczenia zamawiającego z przewożeniem osób, oferowanym przez odwołującego śmigłowcem typu EC155B1.

W wyznaczonym terminie, tj. w dniu 22 marca 2017 r. odwołujący udzielił odpowiedzi na wszystkie pytania zamawiającego zawarte w wezwaniu („Wyjaśnienia”), tj. wskazał, iż:

- (i) w tabeli 5 poz. 1 omyłkowo wskazano wartość 160 NM, zamiast 180 km,
- (ii) w odniesieniu do lotów na odcinku 180 km omyłkowo wskazano wartość 45 min., podczas, gdy powinna być to wartość 45 min + 10 min (10 min powinno zostać dodane jako czas potrzebny na czas startu i lądowania, zgodnie z zastrzeżeniem formularza cenowego), co daje łącznie 110 min na dystansie lotnisko Rębiechowo - platforma LOTOS Petrobaltic - lotnisko Rębiechowo;

(iii) deklarowana liczba pasażerów tj. 29 do przewiezienia na dystansie 120 km (trasa: lotnisko Rębiechowo - platforma LOTOS Petrobaltic) jest możliwa i przedstawił na dowód tego niezbędne wyliczenia.

W dniu 11 kwietnia 2017 r. zamawiający poinformował wszystkich wykonawców, o których mowa powyżej, o odrzuceniu ich ofert z powodu niezgodności z treścią siwz, a w konsekwencji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy („Informacja o unieważnieniu”).

Odwołujący nie zgadza się z argumentacją zamawiającego, gdyż w pewnej części nie odnosi się ona do oferty odwołującego (co zostanie szczegółowo omówione poniżej), a ponadto nie wskazuje jak zamawiający ocenił wyjaśnienia przedłożone przez odwołującego. Argumentacja przedstawiona przez zamawiającego jest ogólnikowa i nie pozwala na szczegółowe odniesienie się do zarzutów względem oferty odwołującego - zamawiający w żaden sposób nie wykazał na czym miałyby polegać niezgodność oferty odwołującego z treścią siwz, ograniczając się w pewnym zakresie jedynie do wątpliwości co do realności deklaracji i wyjaśnień składanych przez odwołującego. Tymczasem podkreślenia wymaga, iż po uzyskaniu wyjaśnień, zamawiający nie sformułował żadnych uwag do oferty odwołującego i nie prowadził w tym zakresie jakiegokolwiek dalszej korespondencji.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy odwołujący podniósł, co następuje: Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, ale nie może prowadzić to do negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i ust. 2, dokonywania jakichkolwiek zmian.

Ust. 2 przytoczonego przepisu, stanowi w pkt 3, iż „zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona”.

Weryfikacja ofert wykonawców, dokonywana w oparciu o powyższy przepis, nie jest przywilejem, ale obowiązkiem zamawiającego („zamawiający poprawia”). Celem wprowadzenia przez ustawodawcę powyższego uregulowania prawnego, było dążenie do ograniczenia sytuacji, w których korzystne cenowo oferty podlegały odrzuceniu z uwagi na fakt, iż pojawiały się w nich mało znaczące błędy niemożliwe jednak do poprawienia na mocy określonych ustawowo zasad. Rozwiązanie miało przyczynić się do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert, jak również do ograniczenia liczby unieważnianych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (tak: wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2016 r., KIO 881/16).

Warto na wstępie wskazać, iż cechą omyłki jest to, że ma charakter niezamierzony i to bez względu na to, czy ma charakter zawiniony, czy niezawiniony. „Nie można wywieść z przepisu art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U.

z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), że omyłka oznacza wyłącznie przypadki tzw. niezawinionego błędu. Można co najwyżej przyjąć, że chodzi o błąd niezamierzony w tym sensie, że składający oświadczenie woli objęte ofertą zamierza i chce złożyć je zgodnie z treścią siwz, ale w rezultacie składa ofertę niezgodną z siwz, nie zdając sobie z tego sprawy. (...) W zasadzie każdą rozbieżność pomiędzy treścią oferty, a treścią siwz należy uznać za omyłkę, chyba że zamawiający ma podstawy do przypisania wykonawcy świadomego celowego złożenia oświadczenia woli sprzecznego merytorycznie z siwz” (tak: wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2013 r., KIO 665/13).

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy znajduje zastosowanie w przypadku wystąpienia omyłki, która charakteryzuje się łącznie tym, że:

- (i) nie musi mieć charakteru oczywistego, tak jak omyłka pisarska, czy omyłka rachunkowa, o których mowa art. 87 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 ustawy,
- (ii) musi powodować stan niezgodności z siwz - w przeciwnym wypadku nie powstałby obowiązek poprawienia oferty wykonawcy,
- (iii) jej poprawienie ma na celu przywrócenie stanu zgodności oferty z siwz,
- (iv) poprawienie omyłki nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty.

Skutkiem tego, że „inna omyłka”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, nie ma charakteru oczywistego jest to, że „poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest dopuszczalne w sytuacji, w której zamawiający może samodzielnie dokonać poprawy oferty (zamawiający ma wywiązać się z obowiązku poprawy oferty nawet w sytuacji braku wyjaśnień ze strony wykonawcy) albo po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień (...)” (tak: wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2016 r., KIO 2359/16). Dodatkowo Izba w wyroku z dnia 22 lipca 2015 r., KIO 1472/15 wyjaśniła, że „skorzystanie przez zamawiającego z art. 87 ust. 1 ustawy może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia w jaki sposób należałoby ją poprawić. Zdaniem składu orzekającego Izby należy tu odróżnić dopuszczalne skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy, nie należy utożsamiać z brakiem możliwości uwzględnienia informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień”.

Trzeba również podkreślić, iż wynikiem skorzystania przez zamawiającego z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest każdorazowo zmiana treści oferty. Granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby nie miała ona istotnego charakteru. Przy czym ocena tej kwestii jest uzależniona od okoliczności konkretnej sprawy. Jak słusznie wskazano w wyroku z 13 stycznia 2012 r. (KIO 2810/11): „w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialia negotii (np. w celu uniknięcia tzw. „kazu lamp na obwodnicy W.”, czyli odrzucania ofert z powodu

drobnych błędów w ich treści). Podobne stanowisko Izba zajęła w wyroku z dnia 24 listopada 2010 r. (KIO 2490/10), a także w wyroku z dnia 28 września 2010 r. (KIO 1978/10). Przede wszystkim jednak dla oceny istotności wprowadzanych zmian znaczenie ma ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz przytoczony w pkt I niniejszego odwołania stan faktyczny, odwołujący potwierdził, iż w jego ofercie wystąpiły omyłki, jednakże po uzyskaniu wyjaśnień, zamawiający powinien był dokonać ich poprawienia, ze względu na to, że nie miały one charakteru istotnego.

Odwołujący odniósł się szczegółowo do dostrzeżonych przez zamawiającego omyłek :

1) Wskazanie wartości 160 NM (mile morskie) , zamiast 180 km w pozycji 1 tabeli 5 formularza cenowego

Zgodnie z postawieniami ust. 6 pkt 6.4 lit. d) siwz zamawiający wymagał, aby śmigłowiec był w stanie, przy zachowaniu wszelkich wymogów prawnych, wykonać lot nad otwartym morzem na odległość nie mniejszą niż 180 km i z powrotem, przy założeniu średniej masy co najmniej 9 pasażerów na poziomie 105 kg oraz zabranii przez każdego z nich bagażu o wadze do 10 kg.

Tabela 5 formularza cenowego dotyczy dodatkowych danych do porównania ofert, które mają jedynie charakter informacyjny, ponieważ nie wpływają one na elementy istotne tej ofert takich jak cena, prawidłowość realizacji niniejszego zamówienia, czy też pozycja w rankingu ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający bazując na podstawie tej informacji, dokonywał oceny, czy śmigłowiec ofertowany przez wykonawcę spełnia czy też nie spełnia postanowień siwz. Jedynie w przypadku, gdyby wykonawca zaoferował śmigłowiec, który nie byłby w stanie wykonać lotu na wskazanym przez zamawiającego dystansie 180 km, ofertę należałoby odrzucić jako niezgodną z treścią siwz (ocena „0” - „1”).

Odwołujący zaznaczył, iż oba wskazane przez odwołującego dystanse, tj. 160 NM (tj.~296,32 km), a następnie 180 km wskazują, iż śmigłowiec, którym odwołujący realizowałby usługi będące przedmiotem zamówienia, spełnia wymagania zamawiającego określone w siwz, co świadczy o tym, iż oferta odwołującego jest zgodna z jej treścią.

Podkreślił, iż zamawiający w pismach powołuje się na swoje doświadczenie/praktykę w zakresie usług świadczonych przez śmigłowiec EC155B1, który został wskazany przez odwołującego. Bazując na tym doświadczeniu, zamawiający mógł ocenić, iż jest mało prawdopodobne, a nawet niemożliwe, aby śmigłowiec EC155B1 mógł wykonać lot nad otwartym morzem, przy wskazanej ładowności, na dystansie, tj. 160 NM (tj.~296,32 km). W konsekwencji zamawiający miał świadomość, iż odwołujący popełnił niezamierzony błąd, który w drodze wyjaśnień, został przez niego naprawiony.

Omyłkę odwołującego w jego ocenie należy potraktować jako omyłkę o charakterze formalnym, wynikającą z wadliwego sposobu prezentacji danych dotyczących dystansu, jaki

może pokonać śmigłowiec, którym odwołujący będzie świadczył usługi, a nie omyłkę o charakterze merytorycznym, powodującą niezgodności oferty z treścią siwz (odwołujący wskazał wyrok KIO z dnia 17 marca 2017r. sygn. akt KIO 447/17). Pomimo tej omyłki śmigłowiec odwołującego spełnia warunki realizacji zamówienia określone w siwz.

Zdaniem odwołującego popełniona przez niego omyłka nie wpływa w żaden sposób ważność oferty odwołującego, a w szczególności na niezgodność oferty odwołującego z treścią siwz. Odwołujący zapewnia w dalszym ciągu realizację przedmiotu zamówienia tym samym śmigłowcem, przy tej samej ładowności. Omyłka nie ma tym samym charakteru istotnego, gdyż w wyniku tej zmiany doszło do modyfikacji jedynie niewielkiego fragmentu oferty, a nie całej jej treści, który to fragment nie miał wpływu na całość oferty odwołującego – por wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009r. sygn. akt XII Ga 102/09 .

2) Wskazanie wartości 45 min, a nie wartości 45 + 10 minut, tj. w sumie 55 min - tabela 2 poz. 4 formularza cenowego.

Zgodnie z przypisem 5 do kolumny 4 tabeli 2 dotyczącej przeciętnej liczby lotów, wykonawcy byli zobowiązani do określenia szacunkowego czasu trwania lotu, na dystansach z pozycji 1-4 tabeli, z prędkością nie mniejszą niż 120 kts na platformę lub z powrotem na dystansie wskazanym w kolumnie 3 „+ 10 min na każdy start i lądowanie (łącznie) ”.

Odwołujący w tabeli 2 poz. 4 formularza cenowego podał, iż lot na dystansie 180 km, tj. lotnisko Rębiechowo - platforma Lotos Petrobatlic będzie trwał 45 min. W drodze wyjaśnień wartość ta została przez odwołującego poprawiona na 45 min + 10 min na każdy start i lądowanie, ponieważ odwołujący omyłkowo nie doliczył wskazanych w przypisie 5-10 min na każdy start i lądowanie.

Odwołujący podkreślił, iż niniejsza omyłka była wynikiem omyłki rachunkowej, ponieważ odwołujący nie dokonał matematycznego sumowania oferowanych 45 min z wymaganymi 10 min na start i lądowanie łącznie. Omyłka dokonana przez odwołującego była dla zamawiającego łatwo dostrzegalna. W wyniku prostego porównania czasów przelotu oferowanych na innych dystansach oraz cech technicznych śmigłowca, którym odwołujący świadczyłby usługi lotów, zamawiający ocenił, iż odwołujący popełnił błąd.

Odwołujący zaznaczył, iż omyłka odwołującego powoduje jedynie formalną niezgodność oferty jego oferty z siwz, polegającą na wadliwym sposobie ujęcia danych, o czym świadczy, m.in. łatwość w dostrzeżeniu niniejszej wady oraz wiedza zamawiającego na temat śmigłowca, którym odwołujący świadczyłby usługi w ramach przedmiotu zamówienia. Jedynie błędy o charakterze merytorycznym stanowią podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie.

Wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 lipca 2008 r., V Ca 1109/08 Okoliczności niniejszej sprawy zdaniem odwołującego wskazują, iż oferta odwołującego

odpowiada pod względem merytorycznym przedmiotowi zamówienia oraz warunkom jego realizacji określonym w siwz.

Poprawienie „innej omyłki” jest również możliwe w drodze wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę. Dodatkowo w orzecznictwie zgodnie przyjmuje się, iż „inna omyłka” może występować w zakresie elementów umowy przedmiotowo istotnych (np. cena, termin realizacji, wysokość kar umownych, gwarancje jakościowe, etc), o ile rozmiar i zakres zmiany nie nosi cech „istotności”. Sama okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy lub elementów uznanych za istotne, np. przedmiotu zamówienia, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być modyfikacja w zakresie ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty (treść oświadczenia woli wykonawcy) a nie czy omyłka tkwi w istotnych postanowieniach tej oferty (uchwała KIO z dnia 4 grudnia 2013 r., KIO/DKUE/KD 105/13).

Zamawiający bazując na informacji uzyskanej od odwołującego w drodze wyjaśnień, z której wynika, iż odwołujący nieświadomie nie doliczył - zastrzeżonych w przypisie 4-10 min na start i lądowanie łącznie, mógł dokonać poprawienia tej omyłki, a w konsekwencji dokonać odpowiednich zmian rachunkowych, a następnie zwrócić się do odwołującego o zgodę na dokonanie takiej poprawy.

Podkreślił, iż omyłka nie zmieniła w sposób istotny treści ofert, a jedynie dotyczyła pewnych jej postanowień. O braku istotności tej omyłki świadczy również fakt, iż gdyby zamawiający na skutek poprawienia tej omyłki, dokonał odpowiednich zmian rachunkowych, to cena oferty odwołującego wzrosłaby nieznacznie, tj. o około 3,5 %.

Niejednokrotnie KIO, mając na uwadze ratio legis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stwierdzała, iż niewielka zmiana ceny, spowodowana „inną omyłką” nie może być uznana za zmianę istotną – tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 stycznia 2017 r., KIO 1065/07. Dodatkowo zdaniem odwołującego nie można również pomylić faktu, iż zamawiający wadliwie zinterpretował wyjaśnienia złożone przez odwołującego w tym zakresie, stwierdzając w Informacji o unieważnieniu, iż odwołujący wskazał wartość 110 min podczas, gdy z wyjaśnień tych wyraźnie wynika, iż w „w przypadku lotów na odcinku 180 km należy wskazać wartość 45 min + 10 min na każdy start i lądowanie, łącznie 110 min. Wskazany czas jest czasem przelotu na dystansie lotnisko Rębiechowo - platforma LOTOS Petrobaltic - lotnisko Rębiechowo ". Zatem odwołujący jedynie jako rozwinięcie swojego uzasadnienia wskazał, że przy podróży w tę i z powrotem, czas lotu na dystansie 180 km będzie wynosił łącznie 110 min.

Zamawiający powinien był potraktować niniejszą omyłkę jako „inną omyłkę”, która nie zmienia istotnie całości oferty odwołującego, a jedynie wpływa na jej pewne postanowienia i tym samym dokonać jej poprawienia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odwołujący wskazał na poniższe argumenty:

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi, iż „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”.

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią siwz nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią siwz w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z siwz niemających istotnego charakteru.

Biorąc pod uwagę pkt II odwołania, zamawiający bezpodstawnie uznał, iż oferta odwołującego nie spełnia wymagań określonych w siwz, podczas, gdy wady, które wystąpiły w jego ofercie należało zakwalifikować jako nieistotne, usuwalne i dokonać ich poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Co do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, to odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy obowiązkiem zamawiającego jest niezwłoczne poinformowanie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia ofert, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności.

Dodatkowo zamawiający zawiadamiając o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, jest wyłącznie zobowiązany do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego. Czynność ta w całości pozostaje poza zakresem działania wykonawcy-odwołującego. Wykonawcy, których oferty zostały odrzucone, są związani treścią tychże wyjaśnień i tylko z takich wyjaśnień mogą czerpać informacje na temat tego, czy i dlaczego ich oferta nie spełnia w ocenie zamawiającego wymogów siwz. Dlatego też uzasadnienie nie może sprowadzać się tylko do przytoczenia podstaw prawnych, ale musi być na tyle czytelne, aby każdy wykonawca mógł ocenić zasadność lub brak zasadności czynności zamawiającego.

Powyższe potwierdza orzecznictwo KIO - wyrok z dnia 19 maja 2014 r., KIO 866/14, wyrok KIO z dnia 23 maja 2014 r., KIO 946/14. W przedmiotowej sprawie, zamawiający w Informacji o unieważnieniu, ograniczył się jedynie do przytoczenia informacji zawartych w treści oferty odwołującego, co do których miał wątpliwości oraz częściowego wskazania jakiej odpowiedzi udzielono. Brak informacji dotyczącej oceny złożonych wyjaśnień, uniemożliwia odwołującemu przeprowadzenia kontroli działań zamawiającego.

Dodatkowo Informacja o unieważnieniu jest obarczona licznymi błędami, ponieważ zamawiający:

(i) wskazuje jako jedną z podstaw odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, okoliczność, która nie wynika z oferty odwołującego.

Z pkt 1) akapit pierwszy Informacji o unieważnieniu wyniku, iż w tabeli 5 formularza cenowego Odwołujący, dla lotu na dystansie 148 km w warunkach IFR, określił jako maksymalną liczbę pasażerów - liczbę 10 osób, podczas Odwołujący nie określił ani takiego dystansu, ani takiej liczby pasażerów.

(ii) błędnie określa, jakiej odpowiedzi Odwołujący udzielił na pytanie dotyczące ilości lotów dla 29 pasażerów na dystansie 120 km (trasa: lotnisko Rębiechowo - platforma LOTOS Petrobaltic), ponieważ łączy ją z odpowiedzią na pytanie dotyczące maksymalnego dystansu (promienia taktycznego) jaki może pokonać śmigłowiec nad otwartym morzem bez lądowania w warunkach IFR, co pozbawia uzasadnienie jakiegokolwiek sensu w tym zakresie.

Na podstawie tak wadliwego uzasadnienia - nie sposób ustalić, dlaczego zamawiający uznał, że:

(i) nie ma możliwości przewiezienia 29 pasażerów na dystansie 120 km w 3 lotach podczas, gdy Odwołujący przedstawił wyliczenia, z których jasno wynika, iż jest to możliwe,

(ii) odwołujący zadeklarował w wyjaśnieniach 110 min jako czas przelotu dla dystansu 180 km, podczas, gdy z wyjaśnień wynika czas 45 min + 10 min (start i lądowanie),

(iii) podanie w pozycji 1 tabeli 5 formularza cenowego maksymalnego dystansu na poziomie 160 NM, a następnie w drodze wyjaśnień - 180 km, powoduje niezgodność oferty z treścią siwz podczas, gdy śmigłowiec w obu przypadkach spełnia wymagania zamawiającego, określone w ust. 6 pkt 6.4. lit. d) siwz.

Przytoczenie zdawkowego i do tego wadliwego uzasadnienia na poparcie twierdzeń zamawiającego, bezspornie w ocenie odwołującego musi zostać uznane za niezgodne z przepisami ustawy i bezpośrednio prowadzić do unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

KIO wielokrotnie podkreślała, iż wykonawca nie powinien bowiem domyślać się, w czym zamawiający upatruje niezgodności treści jego oferty z treścią siwz (z którym jej postanowieniem) (tak: wyrok KIO z dnia 5 listopada 2012 r., KIO 2293/12, wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013 r., KIO 2812/13). W ocenie odwołującego wskazane powyżej braki stanowią wystarczającą podstawę do uznania zasadności odwołania oraz stwierdzenia, że zamawiający naruszył przepisy ustawy. Ponadto na obecnym etapie istnieje możliwość zmiany czynności zamawiającego przez, np. nakazanie dokonania ponownego badania oferty odwołującego. Nie można wykluczyć sytuacji, że zamawiający nieprawidłowo przeanalizował treść oferty odwołującego, co sugerują liczne błędy wynikające z Informacji o unieważnieniu.

Obowiązek szczegółowego i zrozumiałego wyjaśniania podstaw odrzucenia jest także niezmiernie istotny w kontekście oceny ewentualnego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i przestrzegania zasady uczciwej konkurencji. Skoro zamawiający wybiórczo i niezgodnie z logiczną, czy literalną treścią czyta oferty wykonawców, to narusza również podstawowe zasady postępowania przetargowego. Niezaprzeczalnie naruszenie obowiązków

wynikających z art. 92 ustawy jest uchybieniem, mającym poważne konsekwencje dla całego postępowania, w tym dla wykonawców – por. wyrok KIO z dnia 21 maja 2014 r., KIO 908/14, wyrok KIO z 17 marca 2014 r., KIO 413/14).

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, to odwołujący wskazał, że przesłanka unieważnienia postępowania określona w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy występuje w sytuacji, gdy: (i) nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo (ii) nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu - z tym że przepis ten nie ma zastosowania do trybów zapytania o cenę i licytacji elektronicznej. Unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych spoczywa na zamawiającym (tak: wyrok KIO z dnia 23 września 2011 r., KIO 1948/11). Zatem zamawiający nie ma prawa, nie naruszając przepisów ustawy, unieważnić postępowania, jeżeli nie wykaże, iż zachodzą przesłanki określone we wskazanych przepisach.

W stanie niniejszej sprawy, zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania, z uwagi na niewykazanie przesłanek dających podstawę do jego unieważnienia, gdyż jak wskazano powyżej, oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią siwz. Orzecznictwo KIO jednolicie wskazuje, że jeżeli w postępowaniu złożono co najmniej jedną ofertę, która nie podlega odrzuceniu (oferta odwołującego), unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy jest nieuzasadnione (tak: wyrok KIO z dnia 25 lipca 2013 r., KIO 1717/13).

Zamawiający w dniu 21 kwietnia 2017r. poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, przekazując kopię odwołania.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 4 maja 2017r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy, w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku

zamawiający wykonuje, powtarza, lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. z 2017 poz. 47).

Przewodniczący: