

Sygn. akt: KIO 1005/21

**WYROK**  
z dnia 27 maja 2021 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2021 r. przez Wykonawcę **Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. (ul. Komitetu Obrony Robotników 43, 02-146 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **2 Regionalna Baza Logistyczna (ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa)**

przy udziale:

- A. Wykonawcy **DSV Air & Sea Sp. z o.o. (ul. Ożarowska 40/42, 05-850 Duchnice)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego
  
- B. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Polfrost Internationale Spedition Sp. z o.o.; Enter Air Sp. z o.o. (ul. Tyniecka 27/2, 02-615 Warszawa)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1) oddala odwołanie
- 2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. (ul. Komitetu Obrony Robotników 43, 02-146 Warszawa)** i

- 3) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. (ul. Komitetu Obrony Robotników 43, 02-146 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Polfrost Internationale Spedition Sp. z o.o.; Enter Air Sp. z o.o. (ul. Tyniecka 27/2, 02-615 Warszawa)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
- 4) zasądza od Odwołującego **Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. (ul. Komitetu Obrony Robotników 43, 02-146 Warszawa)** na rzecz Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Polfrost Internationale Spedition Sp. z o.o.; Enter Air Sp. z o.o. (ul. Tyniecka 27/2, 02-615 Warszawa)** kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący: .....

**UZASADNIENIE**

Zamawiający 2 Regionalna Baza Logistyczna prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej na usługę przewozu osób transportem lotniczym w ruchu międzynarodowym na potrzeby Sił Zbrojnych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 30 listopada 2020 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 233-576453.

Odwołujący Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp (art. 89 ust 1 pkt 2 poprzedniej ustawy Pzp) poprzez odrzucenie oferty Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. w zakresie Zadania nr 2, mimo iż oferta ta odpowiada warunkom zamówienia tj. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w zakresie Zdania nr 2.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. w zakresie Zadania nr 2, powtórzenie czynności badania i oceny oferty Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. w zakresie Zadania nr 2 pod względem spełnienia warunków zamówienia tj. kryteriów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w zakresie Zdania nr 2 i dokonania wyboru oferty Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. w zakresie Zadania nr 2, przyznanie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Przedmiotem zamówienia jest postępowanie prowadzone w celu zawarcia umowy ramowej na usługę przewozu osób transportem lotniczym w ruchu międzynarodowym na potrzeby Sił Zbrojnych z podziałem na dwa zadania tj. Zadanie nr 1, które polega na wykonywaniu usług przewozu samolotem pasażerskim do 200 osób z bagażem oraz dodatkowym ładunkiem o masie do 1 tony na odległość do 6 000 km i Zadanie nr 2, które polega na wykonywaniu usług przewozu samolotem pasażerskim do 300 osób z bagażem oraz dodatkowym ładunkiem o masie do 1 tony na odległość do 15 000 km.

W zawiadomieniu o wynikach postępowania z 23 marca 2021 r. Zamawiający poinformował, że zawrze umowę ramową z Odwołującym wyłącznie w zakresie Zadania nr 1, natomiast w zakresie Zadania nr 2 odrzucił ofertę Odwołującego. W zakresie Zadania nr 2 oferta nie spełniała warunków zamówienia tj. warunków SIWZ w zakresie zapewnienia przewozu lotniczego do 300 osób, ponieważ w ofercie dotyczącej Zadania nr 2 Odwołujący wskazał, iż usługa będzie wykonywana samolotem z 294 fotelami.

W ocenie Odwołującego jego oferta spełnia warunki zamówienia w zakresie Zadania nr 2, tj. wymagania SIWZ w zakresie pojemności samolotu. Zgodnie z brzmieniem SIWZ usługa przewozu lotniczego w zakresie Zadania nr 2 powinna być wykonana „samolotem pasażerskim do 300 osób z bagażem oraz dodatkowym ładunkiem o masie do 1 tony na odległość do 15 000 km”. Użyte przez Zamawiającego sformułowanie „samolotem pasażerskim do 300 osób” oznacza, że przewóz może być wykonany zarówno samolotem z 300 fotelami jak i samolotem mniejszym tj. także zaoferowanym przez Odwołującego samolotem z 294 fotelami. Z językowej wykładni sformułowania „do 300 osób” wynika bowiem, że usługa może być wykonana samolotami należącymi do określonej kategorii tj. samolotami o pojemności do 300 osób a nie wyłącznie samolotem o konkretnej pojemności 300 foteli. Gdyby intencją Zamawiającego było zagwarantowanie wykonania przewozu samolotem o konkretnej pojemności tj. 300 osób, powinien użyć jednoznacznego sformułowania tj. iż powinien być to samolot z 300 fotelami.

Odwołujący wskazał, że w branży lotniczej stosuje się zasadę oznaczania pojemności samolotu poprzez wskazanie konkretnej liczby foteli. Przewoźnicy lotniczy podają informację o pojemności samolotu poprzez wskazanie konkretnej liczby foteli.

Odwołujący wskazał także, że z treści ofert złożonych przez pozostałych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu tj. wykonawcy DSV Air&Sea A/S i konsorcjum Enter Air-Polfrost wynika, że użyte przez Zamawiającego w opisie warunków wykonania przewozu lotniczego w ramach Zadania nr 2 sformułowanie „samolotem pasażerskim do 300 osób” zostało przez nich zrozumiane w taki sam sposób jak przedstawił to powyżej Odwołujący tj. iż usługa przewozu lotniczego w ramach Zadania nr 2 może być wykonana samolotami należącymi do określonej kategorii czyli również samolotami o liczbie foteli mniejszej niż 300.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z oferty wykonawcy DSV Air&Sea A/S wynika również, że przewóz lotniczy w ramach Zadania nr 2 będzie wykonywany oprócz wykonawcy jeszcze przez trzech podwykonawców tj. SmartLynx Airlines SIA, TUI Airlines Belgium S.A./N.V. i Smartwings A.S., spośród których tylko TUI Airlines Belgium S.A./N.V. dysponuje samolotem o pojemności dokładnie 300 foteli i jest to Boeing 787-8. Pozostali przewoźnicy dysponują samolotami o liczbie foteli poniżej 300. Przewoźnik SmartLynx Airlines SIA dysponuje samolotami Airbus A321 z 220 fotelami i Airbus A320 z 180 fotelami, przewoźnik Smartwings A.S. dysponuje samolotami Boeing 737-900ER z 212 fotelami, Boeing 737-Max - 8 ze 189 fotelami, Boeing 737-700 ze 148 fotelami i Boeing 737-800 ze 189 fotelami. Z oferty konsorcjum Enter Air-Polfrost wynika zaś, że przewóz lotniczy z zakresu Zadania nr 2 będzie

wykonywany przez samoloty należące do floty przewoźnika Enter Air, który dysponuje samolotami Boeing 737-800 i Boeing 737-8, z których każdy ma po 189 foteli.

Dalej Odwołujący wskazał, że gdyby zamierzeniem Zamawiającego było zapewnienie przewozu lotniczego do 300 pasażerów tylko jednym samolotem o pojemności do 300 foteli, to w ocenie Odwołującego oferty pozostałych wykonawców, w szczególności oferta złożona przez Konsorcjum Enter Air - Polfrost również powinny zostać odrzucone jako nie spełniające warunków zamówienia. Zamawiający zastosował odmienną interpretację warunków zamówienia w zakresie Zadania nr 2 wobec Odwołującego i wobec pozostałych wykonawców.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający przez cały okres postępowania miał świadomość, iż Odwołujący zamierza w przedmiotowym postępowaniu zaoferować samolot o pojemności 294 foteli, ponieważ taką informację PLL LOT S.A. podał w ofercie handlowej przedstawionej Zamawiającemu jeszcze w listopadzie 2020 r. w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego związane z badaniem rynku. Okoliczność, iż następnie Zamawiający wystosował do Odwołującego zaproszenie do złożenia oferty w ogłoszonym postępowaniu oraz nie skorzystał z prawa do dodatkowych wyjaśnień co do treści złożonej oferty w zakresie Zadania nr 2, o którym mowa w art. 87 poprzedniej ustawy Pzp prowadzi w opinii Odwołującego do wniosku, że przyjęta przez Odwołującego interpretacja zapisu SIWZ co do wymaganej pojemności samolotu w zakresie Zdania nr 2 była zgodna z intencją Zamawiającego i co za tym idzie złożona oferta w zakresie Zdania nr 2 odpowiada warunkom SIWZ.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający w zakresie Zadania nr 2 uznał oferty pozostałych Wykonawców za zgodne z warunkami zamówienia tj. treści SIWZ w zakresie Zadania nr 2, mimo iż wykonawcy zaoferowali do realizacji Zadania nr 2 samoloty o pojemności poniżej 300 foteli.

Odwołujący zwrócił również uwagę że Zamawiający jako autor zapisów SIWZ ponosi odpowiedzialność za skutki niedochowania należytej staranności przy formułowaniu warunków realizacji zamówienia w postaci niejednoznacznych sformułowań SIWZ. W związku z tym Zamawiający nie może konsekwencjami swoich zaniedbań w postaci niejasnych sformułowań w SIWZ obciążać wykonawców, w szczególności nie może odrzucić oferty, która w wyniku błędnej w ocenie Zamawiającego interpretacji zapisu SIWZ przez wykonawcę jest sprzeczna z zapisami SIWZ, które Zamawiający interpretuje odmiennie.

Zamawiający uwzględnił odwołanie.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Polfrost Internationale Spedition sp. z o.o., Enter Air sp. z o.o. wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego.

**Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem zamówienia jest postępowanie prowadzone w celu zawarcia umowy ramowej na usługę przewozu osób transportem lotniczym w ruchu międzynarodowym na potrzeby Sił Zbrojnych z podziałem na dwa zadania, tj. Zadania nr 1, które polega na wykonywaniu usług przewozu samolotem pasażerskim do 200 osób z bagażem oraz dodatkowym ładunkiem o masie do 1 tony na odległość do 6 000 km i Zadania nr 2, które polega na wykonywaniu usług przewozu samolotem pasażerskim do 300 osób z bagażem oraz dodatkowym ładunkiem o masie do 1 tony na odległość do 15 000 km.

Odwołujący złożył ofertę, w której wskazał w zakresie zadania nr 2, że przewóz będzie realizowany samolotem pasażerskim z fotelami dla 294 osób. Oznacza to niezgodność z wymaganiami SIWZ. W trakcie rozprawy Odwołujący wprost przyznał, na pytanie Izby, że w sytuacji gdy Zamawiający zgłosi zamiar przewiezienia np. 296 pasażerów, Odwołujący nie będzie miał możliwości zrealizowania zamówienia. Zatem oferta Odwołującego nie odpowiada warunkom Zamawiającego określonym w SWZ, zgodnie z którymi wykonawcy mieli obowiązek zapewnić przewóz samolotem pasażerskim pasażerów w ilości do 300 osób. Powyższe wypełnia przesłankę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, wymaganie Zamawiającego było jednoznaczne. Z postawionego wymagania wynikało, że w ramach zadania nr 2 wykonawcy mają zapewnić Zamawiającemu możliwość przewozu każdorazowo każdej ilości pasażerów mieszczącej się w przedziale od 1-300 osób. Skoro Odwołujący nie zapewnił takiej możliwości (bowiem samolot nie będzie mógł przewieźć 295, 296, 297, 298, 299, 300 osób), jego oferta nie odpowiada warunkom zamówienia określonym przez Zamawiającego.

Trafnie zwrócił uwagę Przystępujący również na wykładnię funkcjonalną wymagania Zamawiającego. Skoro Zamawiający podzielił zamówienie na części i w ramach poszczególnych zadań zamierza realizować przewóz odpowiednio w ilości 200 oraz 300 osób, to oznacza, że w ramach zadania nr 2 musi być zapewniona możliwość przewiezienia ilości pasażerów w liczbie od 200 do 300, a zatem także np. 298 pasażerów, co w przypadku oferty Odwołującego nie będzie możliwe do zrealizowania. Na takie rozumienie wymagania wskazywała także czynność Zamawiającego, który pierwotnie odrzucił ofertę Odwołującego, jako niezgodną z wymaganiami SIWZ. Zamawiający wprawdzie uwzględnił odwołanie, jednak nie stawiał się na rozprawie i nie wniósł odpowiedzi na odwołanie, która zawierałaby uzasadnienie dla przyjęcia zmienionego stanowiska.

Bez znaczenia pozostaje argument podniesiony przez Odwołującego, że na etapie wcześniejszym, poprzedzającym składanie ofert, Zamawiającemu znane były możliwości Odwołującego, w tym fakt, że Odwołujący dysponuje samolotem, który posiada 294 fotele. Ocenie Zamawiającego podlega oferta złożona w postępowaniu, a treść oferty wskazuje, że Odwołujący nie zaoferował realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy pozostają także złożone przez Odwołującego dowody w postaci wydruków ze stron internetowych zawierających informacje o ilości miejsc siedzących w samolotach poszczególnych linii lotniczych. Nawet pomijając kwestię, że przedstawione dowody zostały złożone bez tłumaczenia na język polski, należy wskazać, że przedmiotem rozpoznania jest oferta Odwołującego. Oznacza to, że badaniu podlega okoliczność, czy Odwołujący wypełnił wymagania określone przez Zamawiającego. Ponadto Odwołujący sam przyznał już w treści odwołania, że inne linie lotnicze posiadają samoloty, które spełniają wymagania Zamawiającego. Odwołujący przyznał, że jeden z Przystępujących (Wykonawca który złożył ofertę w postępowaniu) będzie realizował zamówienie przy udziale podwykonawców, z których jeden dysponuje samolotem o pojemności 300 foteli. Wbrew zatem twierdzeniu Odwołującego, nie jest tak, że inni wykonawcy w postępowaniu zrozumieli wymaganie Zamawiającego tak, jak obecnie przedstawia to Odwołujący.

Nie jest wiarygodne stanowisko Odwołującego wyrażone w trakcie rozprawy z udziałem stron, zgodnie z którym podanie przez Odwołującego w ofercie typu samolotu miało

charakter wyłącznie przykładowy. Treść oferty jest jednoznaczna, Odwołujący wprost określił samolot, przy użyciu którego zamierza realizować zamówienie. Ponadto od początku, już w treści odwołania, a później także w trakcie rozprawy z udziałem stron, Odwołujący składał oświadczenie, że Zamawiający od początku miał świadomość, jakim samolotem dysponuje Odwołujący. Zatem sam Odwołujący wskazywał, że to właśnie przy użyciu samolotu wskazanego w treści oferty, tj. posiadającego 294 foteli, będzie realizował zamówienie. A jak wskazano powyżej, nie jest to zgodne z wymaganiami SIWZ.

Tym samym zarzut podnoszony przez Odwołującego dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 (w nowej ustawie: art. 226 ust 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie Zadania nr 2 jest bezzasadny.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) i 2b) oraz § 8 ust. 1 i 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....