

Sygn. akt: KIO 1332/18

WYROK
z dnia 22 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:	Jan Kuzawiński
Członkowie:	Piotr Kozłowski Emil Kuriata
Protokolant:	Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20, 24 lipca i 13 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2018 r. przez wykonawcę **Beechcraft Berlin Aviation GmbH Flughafen BER, ZKS 10 Ost. Geb. X064 Elly-Beinhorn – Ring 4, 12529 Schonefeld Niemcy, Arminex Trading Sp. z o.o. w Warszawie, ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Straży Granicznej, ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa**,

przy udziale:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum - **JB INVESTMENTS Sp. z o.o., AERO Club Sp. z o.o., ul. Redutowa 2/10, 01-103 Warszawa**,
 - 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum - **Parasnake A. S., Airborne Technologies GmbH, ul. Żeromskiego 30, 25-370 Kielce**,
- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględni odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 46 ust. 4a i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp dotyczących zaniechania wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum **Parasnake A. S., Airborne**

Technologies GmbH, ul. Żeromskiego 30, 25-370 Kielce, zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp polegającego na wezwaniu wykonawcy konsorcjum Parasnake A. S., Airborne Technologies GmbH, ul. Żeromskiego 30, 25-370 Kielce do uzupełnienia pełnomocnictwa, pomimo, iż oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu oraz zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 46 ust. 4a i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Bromma Air Maintenance AB, Hangar 4, Bromma Airport, S-168 67 Bromma i nakazuje Zamawiającemu:

- 1.1 unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Parasnake A. S., Airborne Technologies GmbH, ul. Żeromskiego 30, 25-370 Kielce,
 - 1.2 wykluczenie z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Parasnake A. S., Airborne Technologies GmbH, ul. Żeromskiego 30, 25-370 Kielce i odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp
 - 1.3 odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp oferty wykonawcy Bromma Air Maintenance AB, Hangar 4, Bromma Airport, S-168 67 Bromma,
 - 1.4 powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. w pozostałym zakresie odwołanie oddała;
 3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Komendę Główną Straży Granicznej, ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa i:
 - 3.1 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;
 - 3.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Główna Straży Granicznej prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup i dostawa dwóch samolotów wielosilnikowych — turbinowych do wykonywania zadań nad obszarami morskimi przez Lotnictwo Straży Granicznej.*

W dniu 6 lipca 2018 r. wykonawca Beechcraft Berlin Aviation GmbH Flughafen BER, ZKS 10 Ost. Geb. X064 Elly-Beinhorn – Ring 4, 12529 Schonefeld Niemcy, Arminex Trading Sp. z o.o. w Warszawie, ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa (dalej jako Odwołujący lub konsorcjum Beechcraft) wniósł odwołanie od następujących czynności Zamawiającego:

- wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - konsorcjum Parasnake A. S. i Airborne Technologies GmbH (dalej jako konsorcjum Parasnake),
- zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Parasnake oraz zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania,
- wezwania konsorcjum Parasnake w dniu 18.05.2018 r. do uzupełnienia pełnomocnictwa, pomimo, że oferta tego konsorcjum podlegała odrzuceniu,
- wezwania konsorcjum Parasnake w dniu 18.06.2018 r. do uzupełnienia JEDZ, chociaż oferta złożona przez konsorcjum Parasnake podlegała odrzuceniu,
- zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia - konsorcjum GB Aircraft Sp. z o.o. i AERODATA AG (dalej jako konsorcjum GB Aircraft”),
- zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: JB INVESTMENT Sp. z o.o. i AERO CLUB Sp. z o.o. (dalej jako konsorcjum JB INVESTMENT),
- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Bromma Air Maintenance AB (dalej jako Bromma).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. W odniesieniu do wykonawcy i oferty konsorcjum Parasnake:

1.1 art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 oraz art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, chociaż konsorcjum Parasnake wniosło wadium w sposób nieprawidłowy,

1.2 art. 24 ust. 1 pkt 17 i 16 w zw. z ad. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Parasnake pomimo tego, że konsorcjum

- przedstawiło wprowadzające w błąd tłumaczenie gwarancji wadialnej,
- 1.3 art. 26 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b) oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez skierowanie wezwań do konsorcjum Parasnake do uzupełnienia pełnomocnictwa oraz JEDZ pomimo, że jego oferta podlegała odrzuceniu,
 - 1.4 art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Parasnake pomimo, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ,
 - 1.5 art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 387 § 1 Kodeksu Cywilnego przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Parasnake pomimo, że jej przedmiotem jest świadczenie niemożliwe,
 - 1.6 art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Parasnake pomimo, że złożenie oferty w okolicznościach, o których mowa w punkcie 4 powyżej (na świadczenie niemożliwe) stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
2. W odniesieniu do wykonawcy i oferty konsorcjum GB Aircraft:
 - 2.1 art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum GB Aircraft pomimo, że jest ona niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
 - 2.2 art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku art. 387 § 1 Kodeksu Cywilnego przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum GB Aircraft pomimo, że jej przedmiotem jest świadczenie niemożliwe;
 3. W odniesieniu do wykonawcy i oferty konsorcjum JB Investment:
 - 3.1 art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum JB Investment pomimo, że jest ona niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
 - 3.2 art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku art. 387 § 1 Kodeksu Cywilnego przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum JB Investment pomimo, że jej przedmiotem jest świadczenie niemożliwe;
 4. W odniesieniu do wykonawcy i oferty Bromma:
 - 4.1 art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 oraz art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, chociaż wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy,
 - 4.2 art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Bromma, pomimo, że jest ona niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
 - 4.3 art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku art. 387 § 1 Kodeksu Cywilnego przez zaniechanie odrzucenia oferty Bromma pomimo, że jej przedmiotem jest

świadczenie niemożliwe.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
- wykluczenie z postępowania konsorcjum Parasnake lub odrzucenie jego oferty,
- odrzucenie oferty konsorcjum GB Aircraft,
- odrzucenie oferty konsorcjum JB Investment,
- odrzucenie oferty wykonawcy Bromma.

Uzasadnienie faktyczne i prawne odwołania.

Zarzut 1.1. - gwarancja wadialna konsorcjum Parasnake – zaniechanie odrzucenia oferty.

Odwołujący podnosi, że konsorcjum Parasnake złożyło gwarancję wadialną, której punkty I, II, IV zawarte na stronie 2, nie spełniają wymogów art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, gdyż:

- w dokumencie pierwotnym, w wersji angielskiej, nie zostało zawarte sformułowanie nawiązujące do przesłanki zatrzymania wadium w razie braku zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co zdaniem Odwołującego spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;
- w dokumencie pierwotnym, w wersji angielskiej, nie zostało zawarte sformułowanie nawiązujące do przesłanki zatrzymania wadium jeżeli podpisanie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy; gwarancja wadialna zawiera wadliwe sformułowanie: „jeżeli podpisanie umowy stało się niemożliwe z przyczyn spowodowanych („casued by”) przez Wykonawcę”.
- w dokumencie pierwotnym, w wersji angielskiej zostało zawarte sformułowanie, że gwarancja wadialna dotyczy zabezpieczenia bez względu na „zastrzeżenia wynikające z Umowy (z ang. Contract)”, co oznacza, że wadium zabezpiecza jakąś umowę a nie ofertę;
- gwarancja wadialna nie tylko nie wymienia wszystkich członków konsorcjum, ale nie odnosi się do jakiegokolwiek konsorcjum, a dodatkowo, jak wynika z wezwania Zamawiającego do uzupełnienia pełnomocnictwa z dnia 18.05.2018 r, firma Airborne Technologies GmbH nie była uprawniona do działania w imieniu i na rzecz konsorcjum Parasnake.

Odwołujący podnosi, że przyczyny „spowodowane przez wykonawcę” są kategorią zawężoną w stosunku do przyczyn leżących po stronie wykonawcy, gdyż zgodnie z art. 476 k.c., wykonawca, jak każdy dłużnik odpowiada nie tylko za swoje działania i zaniechania, ale również za działania i zaniechania osób, przy pomocy których zobowiązanie wykonuje, jak

również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza. Dodatkowo zarzuca, że gwarancja wadialna, wbrew wymogowi punktu 7 tiret 2 Rozdziału X SIWZ nie ograniczyła się do poddania treści stosunku gwarancyjnego prawu polskiemu, ale gwarant narzucił Zamawiającemu, że prawa i obowiązki zamawiającego będą określane URDG 758, które nie stanowią prawa polskiego. Wywodzi, iż w literaturze wskazuje się, że URDG 758 mogą być wiążące dla stron stosunku gwarancji tylko za zgodą stron. Zdaniem Odwołującego Zamawiający, w przetargu nieograniczonym zgody takiej nie może udzielić po terminie otwarcia ofert, gdyż przepisy nie dopuszczają do prowadzenia z wybranym wykonawcą jakichkolwiek uzgodnień lub porozumień, a w SIWZ zgoda na poddanie treści stosunku gwarancji URDG 758 nie została wyrażona. Podnosi, że ani Gwarant ani konsorcjum Parasnake nie załączyło do treści oferty postanowień URDG w jakiegokolwiek wersji językowej, URDG nie stanowiły też elementu SIWZ. Ponadto podnosi, że zamawiający wymagał, aby ewentualne spory odnośnie gwarancji poddane były rozstrzygnięciom sądów polskich, bez jakiegokolwiek ograniczenia ich właściwości miejscowej, natomiast gwarant złożył oświadczenie o poddanie sporów właściwości sądów w Warszawie. Powołuje się na art. 46 k.p.c. i wskazuje, że w treści SIWZ nie zostało zawarte sformułowanie, że Zamawiający dopuścił zawarcie umowy prorogacyjnej odnośnie sporów dotyczących gwarancji.

Zarzut 1.2. - 1.3.

Odwołujący podnosi, że wady gwarancji wadialnej zawarte są w treści dokumentu źródłowego, sporządzonego w języku angielskim, natomiast konsorcjum Parasnake przedstawiło takie tłumaczenie gwarancji wadialnej, które „sanowało” wady dyskwalifikujące dokument źródłowy. Wskazuje, że:

- tłumaczenie gwarancji zawiera na stronie 2, pkt I sformułowanie dotyczące poprawienia omyłki, chociaż oryginał gwarancji pomija tę przesłankę;
- tłumaczenie gwarancji zawiera na stronie 2, pkt I sformułowanie dotyczące uzupełniania pełnomocnictw, chociaż treść oryginału jest w tym zakresie odmienna;
- tłumaczenie gwarancji zawiera na stronie 2, pkt IV sformułowanie dotyczące przesłanki niemożliwości zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy chociaż, oryginalny dokument źródłowy stanowi o „okolicznościach spowodowanych przez Wykonawcę”.

Odwołujący podnosi, że profesjonalny wykonawca powinien dochować podwyższonej staranności, o której mowa w art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp podczas przedkładania zamawiającemu dokumentów o tak istotnym znaczeniu jak wadium, tymczasem przedłożył tłumaczenie, które nie odzwierciedla treści oryginału w zakresie, w jakim oryginał mógł być niekorzystny dla wykonawcy. Zdaniem Odwołującego ww.

wykonawca w ten sposób wpływał na decyzję Zamawiającego, usiłując zapobiec odrzuceniu oferty wskutek braku wniesienia wadium w sposób prawidłowy. Wskazuje, że działania wykonawcy doprowadziły do skierowania do niego wezwań w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a także wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wywodzi, że podwyższona ostrożność jak i staranność w kwestii prawidłowego przygotowania dokumentu wadium jest o tyle istotna, że stanowisko doktryny jasno wskazuje, iż gwarancja, jako zobowiązanie abstrakcyjne nie może budzić żadnych wątpliwości interpretacyjnych, a zatem musi być czytelna i jasna, a dodatkowo zamawiający nie może wezwać do uzupełnienia wadium, przez co skutki błędów są nieodwracalne.

Zarzut 1.4.

a. Zakres minimalnego pułapu użytecznego.

Odwołujący podnosi, że zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, pułap użyteczny zamawianych samolotów wynosił co najmniej (minimum) 20 000 stóp. Wskazuje, że z certyfikatu Typu EASA (Nr EASA.A.058 dla PZL M28), wydanie 05, z dnia 3 lipca 2013 r. punkt 23 akapitu "C III. Charakterystyki techniczne i ograniczenia funkcjonalne" dowodzi, że zaoferowane przez konsorcjum Parasnake samoloty nie spełniają przedmiotowego wymogu, gdyż jedynie konfiguracja „cargo” samolotu M28 05 przekracza limit określony w SIWZ. Podaje, że bezspornym jest, iż konfiguracja samolotu określona w OPZ nie jest konfiguracją „cargo”.

b. Wymagane długości lotu.

Odwołujący wskazuje, że w OPZ Zamawiający zawarł wymóg, że maksymalna długość lotu powinna wynosić co najmniej (minimum) 5 godz. 30 minut lotu (na prędkości ekonomicznej w zamawianej konfiguracji) + 30 minut rezerwy (przy ciężarze załadunku samolotu minimum 950 kg), łącznie „endurance” – co najmniej 6 godzin lotu. Podnosi, że zgodnie z informacją producenta, długość lotu zaoferowanego samolotu PZL M28 05 w wersji „pustej”, to jest niezabudowanej urządzeniami i systemami dodatkowymi, których Zamawiający wymagał w Postępowaniu, wynosi 6,2 godziny. Podnosi, że zgodnie jednak z wymaganiami OPZ (Rozdział II) samolot musi być (dodatkowo) wyposażony m.in. w zespoły urządzeń składających się na: (1) Radar poszukiwawczy 360 oraz (2) System obserwacji lotniczej. Odwołujący wskazuje, że mając na uwadze wymiary zespołów urządzeń (wysokość x długość x szerokość) Radaru i Systemu EO, znajdujących się w ofercie konsorcjum Parasnake (odpowiednio system obserwacji lotniczej: 1.3 Wescam typu MX-15 oraz radar poszukiwawczy Leonardo, typ Osprey), konfiguracja zamontowanych urządzeń zwiększy opór aerodynamiczny, a z uwagi na jej wpływ na aerodynamikę samolotu oraz wytwarzanie niepożądanego oporu powietrza, ograniczy wymaganą długość lotu poniżej wartość wymaganą SIWZ.

c. Niezgodność w zakresie roku produkcji.

Odwołujący podnosi, że zaoferowany przez konsorcjum Parasnake samolot nie spełnia wymogu SIWZ ukształtowanego wyjaśnieniem nr 55 Zamawiającego do treści SIWZ z dnia 13.04.2018 r.

Zarzut 1.5

Odwołujący podnosi, że przedmiotem oferty konsorcjum Parasnake jest świadczenie niemożliwe, gdyż niemożliwe jest osiągnięcie przez zaoferowane samoloty PZL M28-05 wymagań w zakresie: minimalnego pułapu użytecznego oraz długotrwałości lotu. Wywodzi, że wobec tego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów – zaś według art. 387 § 1 kc umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Zarzut 1.6

Zdaniem Odwołującego zaoferowanie obiektywnie niemożliwych do dotrzymania i zastosowania wymagań w zakresie: minimalnego pułapu użytecznego oraz długotrwałości lotu oraz roku produkcji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazuje, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ww. ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interesy innego przedsiębiorcy lub klienta. Wywodzi, że wskazywane zaoferowanie samolotów niespełniających minimalnego pułapu użytecznego oraz długotrwałości lotu, dokonane jest jedynie w celu uzyskania zamówienia, bez liczenia się z jakimikolwiek normami prawnymi, zwyczajowymi, dobrymi praktykami i standardami branżowymi w tym zakresie, a nawet w celu ich obejścia. Dodaje, że oferta konsorcjum Parasnake narusza interesy zarówno podmiotu konkurencyjnego - Odwołującego, jak i Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego jego interesy są naruszone, ponieważ na skutek sprzecznego z dobrymi obyczajami działania wykonawcy, Odwołujący zostanie pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Natomiast interesy Zamawiającego doznają uszczerbku, ponieważ Zamawiający nigdy nie otrzyma samolotów o oferowanych przez Konsorcjum Parasnake cechach, co będzie oznaczać niezrealizowanie zamówienia zgodnie z umową.

Zarzut 2 – dotyczy oferty konsorcjum GB Aircraft.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z Tabelami Planowania Lotów, dla samolotu Textron Aviation Beechcraft King Air 250 w konfiguracji „pustej” maksymalna długotrwałość lotu wynosi mniej niż 6 godzin, co jest niezgodne z wymaganą w SIWZ długotrwałością min. 5 h 30 min + 30 min rezerwy. Dodaje, że zgodnie z wymaganiami Załącznika 1 do SIWZ

„Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” (Rozdział II) samolot musi być (dodatkowo) wyposażony m.in. w zespoły urządzeń składających się na: (1) Radar poszukiwawczy 360 oraz (2) System obserwacji lotniczej. Odwołujący zauważa, że biorąc pod uwagę wymiary zespołów urządzeń (wysokość x długość x szerokość) Radaru i Systemu obserwacji lotniczej, konfiguracja zamontowanych urządzeń zwiększy opór aerodynamiczny, a z uwagi na jej wpływ na aerodynamikę samolotu oraz wytwarzanie niepożądanego oporu powietrza, jeszcze bardziej ograniczy długotrwałość lotu poniżej wartości wymaganej SIWZ.

Dodatkowo, tzw. konfiguracja zadaniowa (wzrost ciężaru samolotu z uwagi na dodatkowy sensor/wyposażenie oraz załogę na pokładzie do poziomu minimum 950 kg) również znacząco ograniczy maksymalny udźwig paliwa samolotu, co w konsekwencji doprowadzi do dalszej redukcji długotrwałości lotu.

Zdaniem Odwołującego przedmiotem oferty konsorcjum GB Aircraft jest świadczenie niemożliwe, gdyż niemożliwe jest spełnienie przez zaoferowane samoloty Textron Aviation Beechcraft King Air 250 wymagań w zakresie minimalnego pułapu użytecznego oraz długotrwałości lotu. Wywodzi, że wobec tego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów – zaś według art. 387 § 1 kc umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Zarzut 3 – dotyczy oferty konsorcjum JB Investment.

Odwołujący podnosi, że oferta konsorcjum JB Investment jest niezgodna z zapisami SIWZ w zakresie:

- a) minimalnego pułapu użytecznego – Odwołujący podnosi, że Zamawiający wymagał w Załączniku nr 1 do SIWZ „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” (s. 5), aby pułap użyteczny (Service Ceiling) wynosił co najmniej (minimum) 20 000 ft. Odwołujący wskazuje, że Certyfikat Typu EASA (Nr EASA.A.026 dla L410, wydanie 24, z dnia 19 grudnia 2017 r.) dowodzi, że maksymalny pułap użyteczny samolotu LET Aircraft Industries L410 wynosi 14 000 ft .
- b) wymaganej maksymalnej mocy silnika – zgodnie z SIWZ, (Załącznik nr 1, Rozdział II, pkt 1 ppkt 1 tiret drugie) maksymalna moc silnika powinna mieścić się w granicach: od 770 do 1200 sHP (koni mechanicznych na wale silnika) na silnik. Odwołujący podnosi, że Certyfikat Typu EASA (Nr EASA.A.026 dla L-410, wydanie 24, z dnia 19 grudnia 2017 r.) dowodzi maksymalnej mocy silnika samolotu LET Aircraft Industries L410 w wysokości 700 lub 750 koni mechanicznych, a więc wartości poniżej wymagań SIWZ.
- c) braku licznika pracy silników – Odwołujący wskazuje, że zgodnie z SIWZ (Załącznik

nr 1, Rozdział II, pkt 1 ppkt 4 tiret szesnaste - samolot (awionika) powinien być wyposażony we wskaźnik godzin pracy silnika. Podnosi, że Certyfikat Typu EASA (Nr EASA.A.026 dla L410, wydanie 24, z dnia 19 grudnia 2017 r. oraz wykaz zaaprobowanego wyposażenia dowodzą, że samolot LET Aircraft Industries L 410 nie posiada wskaźnika godzin pracy silnika.

Zdaniem Odwołującego przedmiotem oferty konsorcjum JB Investment jest świadczenie niemożliwe, gdyż niemożliwe jest spełnienie przez zaoferowane samoloty LET Aircraft Industries L 410 wymagań w zakresie minimalnego pułapu użytecznego, maksymalnej mocy silnika oraz wskaźnika pracy paliwa. Wywodzi, że wobec tego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów – zaś według art. 387 § 1 kc umowa świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Zarzut 4 – gwarancja wadialna oraz treść oferty wykonawcy Bromma.

Zarzut 4.1 – Odwołujący podnosi, że wykonawca Bromma złożył gwarancję wadialną, której treść zawarta na stronie 1 nie spełnia wymogów art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, gdyż:

a. nie uprawnia Zamawiającego do uzyskania sumy gwarancyjnej we wszystkich przypadkach, o których mowa w art. 45 ust. 4a oraz 5 ustawy Pzp, gdyż beneficjentem nie jest zamawiający, a „Biuro Finansów Komendy Głównej Straży Granicznej, Zamówienia Publiczne”,

b. nie określa przesłanek realizacji w sposób, z którego wynika, że zamawiający może ją zrealizować w okolicznościach, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, a zamiast tego zawiera sformułowanie, jakoby bank wypłacał „na rzecz Beneficjenta dowolną kwotę nie przekraczającą Kwoty Objętej Gwarancją z chwilą doręczenia stosownego żądania Beneficjenta, zgodnie z określonymi wyżej wymogami w zakresie doręczeń, wspartego oświadczeniem Beneficjenta, zawartym w treści samego żądania lub w osobnym, podpisanym dokumencie przekazanym wraz z żądaniem lub wskazującym, jakiego żądania dotyczy, określającym zakres naruszeń zobowiązań Zleceniodawcy wynikających ze Stosunku Leżącego u Podstaw Umowy” – Zdaniem Odwołującego z tej treści nie sposób wyinterpretować wszystkich przesłanek wynikających z ustawy Pzp,

c. Gwarant narzucił Zamawiającemu, że prawa i obowiązki Zamawiającego z tytułu udzielonej gwarancji regulowane są URDG 758 (United Rules for Demand Guarantees), podczas gdy zamawiający nie wprowadził w SIWZ żadnego wyjątku od tego, że gwarancje i poręczenia wadialne miały podlegać prawu polskiemu, a URDG 758 nie stanowią prawa polskiego, ale są jedynie spisem międzynarodowych praktyk i zwyczajów bankowych, dokonanych przez podmiot niemający statusu prawodawcy. Odwołujący wskazuje, że

Gwarant nie przedstawił również Zamawiającemu treści URDG 758 w jakiegokolwiek (w tym polskiej) wersji językowej, a czynienie w tym zakresie poszukiwań przez zamawiającego jest niedopuszczalne z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców oraz obowiązek wniesienia wadium.

Zarzut 4.2 – niezgodność oferty z SIWZ.

Odwołujący podnosi, że samolot zaoferowany przez wykonawcę Bromma nie spełnia zapisów SIWZ w zakresie wymaganej długości lotu. Wskazuje, że zgodnie z Tabelami Planowania Lotów, dla samolotu Textron Aviation Beechcraft King Air 250EP w konfiguracji czystej, maksymalna długość lotu wynosi mniej niż 6 godzin. Informacja taka znajduje się na stronie 14 i stronach kolejnych Przewodnika Planowania Lotów Textron King Air 250 (stanowiącego część Instrukcji Użytkownika w Locie). Odwołujący podkreśla, że zgodnie z wymaganiami Załącznika 1 do SIWZ „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” (Rozdział II) samolot musi być (dodatkowo) wyposażony m.in. w zespoły urządzeń składających się na Radar poszukiwawczy 360 oraz System obserwacji lotniczej. Podnosi, że biorąc pod uwagę wymiary zespołów urządzeń (wysokość x długość x szerokość) Radaru i Systemu obserwacji lotniczej, konfiguracja zamontowanych urządzeń zwiększy opór aerodynamiczny, a z uwagi na jej wpływ na aerodynamikę samolotu oraz wytwarzanie niepożądanego oporu powietrza, jeszcze bardziej ograniczy długość lotu poniżej wartości wymaganej SIWZ. Dodaje, że tzw. konfiguracja zadaniowa (wzrost ciężaru samolotu z uwagi na dodatkowy sensor/wyposażenie oraz załogę na pokładzie do poziomu minimum 950 kg) również znacząco ograniczy maksymalny udźwig paliwa samolotu, co w konsekwencji doprowadzi do dalszej redukcji długości lotu.

Zarzut 4.3 – odrzucenie oferty – świadczenie niemożliwe.

Zdaniem Odwołującego przedmiotem oferty Bromma jest świadczenie niemożliwe, gdyż niemożliwe jest spełnienie przez zaoferowane samoloty Textron Aviation Beechcraft King Air 250 EP wymagań w zakresie minimalnego pułapu użytecznego oraz długości lotu. Wywodzi, że wobec tego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów – zaś według art. 387 § 1 kc umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu lotnictwa na okoliczność, czy zaoferowane przez ww. wykonawców samoloty spełniają wymagania SIWZ we wskazanym powyżej zakresie i czy oferty tych wykonawców są zgodne z SIWZ, obecnym stanem techniki i czy są realne. Wskazał, że powołanie biegłego będzie

szczególnie uzasadnione w przypadku twierdzeń Zamawiającego lub wykonawców o możliwości dostosowania albo dostarczenia samolotów opartych na wskazanych przez nich platformach zgodnych z SIWZ i przy uwzględnieniu wiedzy i obecnego stanu techniki oraz przy dochowaniu i przeprowadzeniu wszystkich niezbędnych, tj. wynikających z przepisów prawa, zasad bezpieczeństwa, zaleceń producentów i wymaganych w SIWZ czynności.

W toku rozprawy przed Izłą odwołujący wycofał zarzut dotyczący roku produkcji samolotu oferowanego przez konsorcjum Parasnake.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, pismami procesowymi, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdziałem IV SIWZ pkt 1, przedmiotem zamówienia jest dostawa dwóch takich samych, fabrycznie nowych (wyprodukowanych nie wcześniej niż w 2018 roku) samolotów dwusilnikowych turbinowych do wykonywania przez Lotnictwo SG zadań nad obszarami morskimi, z zabudowanym wyposażeniem dodatkowym na każdy samolot, takim jak:

- a) system obserwacji lotniczej (fabrycznie nowy - wyprodukowany nie wcześniej niż w 2018 roku);
- b) radar poszukiwawczy 360 (fabrycznie nowy - wyprodukowany nie wcześniej niż w 2018 roku);
- c) system automatycznej identyfikacji jednostek nawodnych typu AIS (fabrycznie nowy wyprodukowany nie wcześniej niż w 2018 roku);

d) telefon łączności satelitarnej z dostępem do Internetu (fabrycznie nowy wyprodukowany nie wcześniej niż w 2018 roku).

Rozdział IV pkt 8 SIWZ określa, że samoloty te wraz z wyposażeniem dodatkowym muszą posiadać certyfikaty typu EASA lub równoważne tj. uznawane przez EASA w celu spełnienia wszystkich wymogów do ich zarejestrowania we właściwych rejestrach, tj. w rejestrze statków powietrznych Urzędu Lotnictwa Cywilnego (ULC) i/lub rejestrze statków powietrznych lotnictwa służb porządku publicznego.

Załącznik nr 1 do SIWZ zawiera „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” (dalej jako OPZ).

W Rozdziale I, pkt 9 OPZ określa, że wykonawca w trakcie odbioru samolotów zobowiązany jest do dostarczenia Zamawiającemu dokumentów potwierdzających, że spełnione są wymagania ze strony Wykonawcy niezbędne do wpisania tych samolotów wraz z wyposażeniem dodatkowym do rejestru statków powietrznych Urzędu Lotnictwa Cywilnego (ULC) i/lub rejestru statków powietrznych lotnictwa służb porządku publicznego.

Zgodnie z rozdziałem II OPZ – Wymagania techniczne, oferowane samoloty mają spełniać m.in. następujące wymagania:

1) Silniki (turbinowe):

— liczba silników 2;

— maksymalna moc: w zakresie od 770 do 1200 SHP (koni mechanicznych na wale) na silnik; — kontrola obrotów silnika (manualna lub automatyczna); — kontrola mocy silnika;

(...)

— system paliwowy zapewniający loty o długotrwałości, co najmniej (minimum) 5 godz. 30 min. lotu (na prędkości ekonomicznej) + 30 min. rezerwy (przy ciężarze załadowania samolotu minimum 950 kg), łącznie „Endurance”, co najmniej 6 godz. lotu;

(...)

4) Awionika:

— liczniki czasu pracy silników;

(...)

5) Parametry lotno-techniczne:

maksymalna masa startowa MTOW w zakresie od 6000 do 7600 kg;

— maksymalny ciężar załadowania (Pay Load), co najmniej (minimum) 950 kg;

(...)

— pułap użyteczny (Service Ceiling), co najmniej (minimum) 20 000 ft;

- dystans do lądowania (od momentu przyziemia — Ground roll) na poziomie morza przy standardowych warunkach atmosferycznych (Landing Distance SL, ISA conditions), co

najwyżej (maximum) 900 m; maksymalna długotrwałość lotu (Endurance), co najmniej (minimum) 5 godz. 30 min. lotu (na prędkości ekonomicznej w zamawianej konfiguracji) + 30 min. rezerwy (przy ciężarze załadowania samolotu minimum 950 kg), łącznie „Endurance”, co najmniej 6 godz. lotu.

Uwaga: Nie wprowadza się ograniczeń odnośnie wysokości lotu na prędkości zapewniającej maksymalną długotrwałość lotu („Endurance”, co najmniej 6 godz. lotu).

Zgodnie z pkt 6 Rozdział I OPZ, wymagane jest dostarczenie dokumentacji:

a) zakres:

(1) Instrukcja Użytkowania w Locie,

(...)

(8) Świadectwo Zdatowności do Lotu lub Eksportowe Świadectwo Zdatowności do Lotu,

(9) Świadectwo hałasu,

(10) Gwarancja na statek powietrzny,

(11) Gwarancja na wyposażenie i podzespoły,

(12) Gwarancja na składniki wyposażenia dodatkowego (...).

Zgodnie z rozdziałem VII OPZ – „Odbiór przedmiotu zamówienia/umowy” – pkt 1) - W trakcie realizacji przedmiotu zamówienia/umowy (nie później niż przed planowanym terminem dostawy samolotów wraz z wyposażeniem dodatkowym) Wykonawca w uzgodnieniu z Zamawiającym sporządzi „Szczegółowy wykaz ukończenia statku powietrznego wraz z wyposażeniem dodatkowym” obejmujący między innymi pełen zakres dokumentacji o której mowa w rozdziale 11 pn. „WYMAGANIA TECHNICZNE” — pkt. 1 ppkt. 6a),

(...)

Na jego podstawie zostanie dokonany odbiór przedmiotu zamówienia/umowy.

2) Podczas odbioru zamawiający dokona sprawdzenia zgodności ukończenia przedmiotu zamówienia/umowy ze „szczegółowym wykazem ukończenia statku powietrznego wraz z wyposażeniem dodatkowym” na każdy statek powietrzny. Sprawdzeniu podlegać będą:

a) dokumentacja statku powietrznego;

b) dokumentacja wyposażenia dodatkowego;

c) statek powietrzny;

(...).

Załącznik nr 2 do SIWZ stanowił formularz ofertowy, który zawierał m.in. następujące oświadczenia:

„1. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z dokumentacją przetargową udostępnioną przez Zamawiającego i nie wnosimy do niej żadnych zastrzeżeń oraz, że zamówienie będzie zrealizowane zgodnie ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ.

2. W ramach realizacji zamówienia oferujemy dostawę dwóch samolotów dwusilnikowych turbinowych marki (miejsce na uzupełnienie) typu (miejsce na uzupełnienie) o maksymalnym ciężarze załadunku (Pay Load) (miejsce na uzupełnienie) kg, posiadających aktualizację dokumentacji technicznej oferowanego samolotu w języku polskim i w języku angielskim (...)

6. Oświadczamy także, że w trakcie dostawy samolotów zobowiązujemy się do dostarczenia Zamawiającemu dokumentów niezbędnych, z naszej strony, do wpisania tych samolotów wraz z wyposażeniem dodatkowym do rejestru statków powietrznych Urzędu Lotnictwa Cywilnego (ULC) i/lub rejestru statków powietrznych lotnictwa służb porządku publicznego”.

Załącznik nr 3 do SIWZ stanowił wzór umowy, zgodnie z którym:

„2. Samoloty wraz z wyposażeniem dodatkowym będą wolne od wad konstrukcyjnych, materiałowych, wykonawczych i prawnych oraz będą spełniały wszystkie wymogi Zamawiającego, określone w Załączniku nr 1 do umowy.

(...)

7. Odbiór przedmiotu umowy oraz stwierdzenie jego zgodności z wymaganiami opisanymi w niniejszej umowie oraz w Załączniku nr 1 do umowy, będzie dokonany przez przedstawicieli Zamawiającego i zostanie zrealizowany w terminie do 14 dni liczonych od daty dostawy samolotów w obecności przedstawiciela Wykonawcy, w czasie i miejscu wskazanym przez Zamawiającego, na podstawie uzgodnionego z Wykonawcą „Programu odbioru”.

8. W ramach odbioru przedmiotu umowy Zamawiający przeprowadzi loty próbne (kontrolne) samolotami objętymi przedmiotem umowy w wymiarze minimum 3 godzin lotu na każdy samolot, zgodnie z Załącznikiem nr 1 do umowy. Koszty lotów próbnych, ubezpieczenia tych lotów oraz pozostałe koszty związane z odbiorem przedmiotu umowy pokrywa Wykonawca.

9. Wykonawca w trakcie odbioru samolotów zobowiązany jest do dostarczenia Zamawiającemu dokumentów niezbędnych z jego strony, do wpisania tych samolotów wraz z zabudowanym wyposażeniem dodatkowym do rejestru statków powietrznych Urzędu Lotnictwa Cywilnego (ULC) i/lub rejestru statków powietrznych lotnictwa służb porządku publicznego, zgodnie z Załącznikiem nr 1 do umowy.

(...)

11. Zamawiający dokona sprawdzenia całości dostarczonego przedmiotu umowy, zgodnie z Załącznikiem nr I do umowy, co będzie stanowiło podstawę do jego odbioru. W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego wad/usterek w przekazywanym do odbioru przedmiocie umowy Zamawiający może odmówić odbioru i wezwać Wykonawcę do usunięcia wad/usterek stwierdzonych przez Zamawiającego, wyznaczając jednocześnie termin na ich usunięcie, przy czym termin ponownego odbioru Wykonawca uzgodni z Zamawiającym. Data ponownej dostawy nie może przekroczyć terminu 15 listopada 2020 r. Wyznaczenie dodatkowego terminu na dostawę, po terminie określonym w 2 ust. 1 spowoduje naliczenie kary umownej, o której mowa w 6 ust. I lit. a.

12. Zamawiający zastrzega sobie prawo możliwości odbioru jednego z spośród dwóch samolotów będących przedmiotem umowy.

13. W przypadku przekroczenia terminu ponownej dostawy, tj. 15 listopada 2020 r., o którym mowa w ust. II, Zamawiający może odstąpić od umowy na zasadach określonych w Kodeksie cywilnym, a Wykonawcy nie przysługuje prawo do roszczeń z tytułu poniesionych kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy.

14. Wszystkie koszty związane z ponowną dostawą i odbiorem przedmiotu umowy ponosi Wykonawca”.

Załącznik nr 1 do umowy stanowił Załącznik nr 1 do SIWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia.

W odpowiedzi na pytanie nr 12 do SIWZ – „Rozdział IV pkt 11.2) SIWZ; Rozdział XVIII pkt 4a) SIWZ oraz S 2 ust. 6, 7 i S 3 ust. 3, S 7 ust. 4 i ust. 11 Projektu umowy. Prosimy o wyjaśnienie, czy podstawą do niepodpisania protokołu, o którym mowa w ww. punktach będzie mankament (wada) nie wpływający na bezpieczne i sprawne korzystanie z samolotu oraz wyposażenia dodatkowego. Prosimy o wyjaśnienie, czy podstawą do odmowy obioru, o którym mowa w S 2 ust. 7, ust. 1 1 będzie mankament (wada) nie wpływający na bezpieczne i sprawne korzystanie z samolotu oraz wyposażenia dodatkowego”, Zamawiający udzielił odpowiedzi – „Zamawiający informuje, że podstawą podpisania protokołu odbioru przedmiotu umowy — bez uwag, będzie spełnienie przez Wykonawcę wszystkich wymogów i kryteriów określonych w podpisanej umowie wraz z jej integralnymi załącznikami”.

W odpowiedzi na pytanie nr 13 do SIWZ – „S. 7 Projektu Umowy. Proszę potwierdzić czy gwarancja dotycząca wad określa tylko wady produkcyjne”, Zamawiający udzielił odpowiedzi – „Zamawiający informuje, że gwarancja dotycząca wad określa wszystkie wady, nie tylko produkcyjne”.

Rozdział X SIWZ określał wymagania dotyczące wadium. W punkcie pierwszym Zamawiający zawarł wymóg, by wykonawca, składając ofertę wniósł wadium w kwocie 1 000 000,00 zł. W pkt 2 dopuszczono wniesienie wadium m.in. w formie gwarancji bankowych. Rozdziału X pkt 5 określał, iż z treści gwarancji winno wynikać bezwarunkowe, zobowiązanie Gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą. W punkcie 6 określono, że w przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej dokument gwarancji sporządzony w języku obcym należy złożyć wraz z tłumaczeniem na język polski. Wskazano również, że gwarancje podlegać muszą prawu polskiemu, wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich.

W pkt 7 zawarto zapis, iż oferta wykonawcy, który nie zabezpieczy złożonej oferty wadium w wymaganej formie, zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Zgodnie z pkt 10 rozdziału X, Zamawiający zatrzymuje wadium w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. W punkcie 11 Zamawiający przytoczył treść art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na potwierdzenie się części zarzutów.

I. Zarzuty dotyczące konsorcjum Parasnake.

Zarzuty dotyczące gwarancji wadialnej złożonej przez konsorcjum Parasnake.

1.1 Odwołujący sformułował szereg zarzutów dotyczących złożonej przez konsorcjum Parasnake gwarancji wadialnej. Pierwszy z nich dotyczył braku zawarcia w rzeczonyj gwarancji przesłanki zatrzymania wadium określonej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, tj. zatrzymania wadium w przypadku, gdy wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co spowodowało niemożność wyboru oferty jako najkorzystniejszej. Izba zarzut ten uznała za zasadny.

Konsorcjum Parasnake złożyło gwarancje wadialną sporządzoną w języku angielskim wraz z tłumaczeniem własnym na język polski. Gwarancja ta wystawiona została przez Raiffeisenlandesbank Niederösterreich – Wien w Wiedniu. Zgodnie ze wszystkimi zgromadzonymi w sprawie tłumaczeniami ww. gwarancji – tj. dołączonego do gwarancji, złożonego wraz z odwołaniem, oraz złożonego przez przystępującego Parasnake w toku rozprawy przed Izbą, do wezwania o zapłatę kwoty wadium należało dołączyć wiążące i poświadczone „oświadczenie (zgodnie z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. - Dz. U. z 2013 r, poz. 907, z późniejszymi zmianami)”. Dalsza część

gwarancji wadialnej wymienia okoliczności, jakie należy podać w ww. oświadczeniu – okoliczności te w każdym z przedłożonych tłumaczeń zostały różnie sformułowane. Oryginał okoliczności te określa następująco:

„I) The Bidder failed to reply to Beneficiary’s enquiry form or failed to provide declarations, statements, documents required by the Beneficiary, or failed to provide proper authorization of the undersigning representative or did not reply to requested information regarding the bid, or

II) Refused to sign the contract under tender conditions, or

III) Failed to contribute performance bond, or

IV) The conclusion of the contract was not possible due to reasons caused by the Bidder.

Tłumaczenie własne konsorcjum Parasnake, dołączone do złożonej gwarancji, zawierało następujące brzmienie okoliczności uzasadniających wypłatę wadium (podkreślenie własne Izby):

„I) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie złożył wymaganych deklaracji, oświadczeń lub dokumentów, nie złożył odpowiednich pełnomocnictw co do podpisywania dokumentów lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, lub nie udzielił na wezwanie informacji dotyczących złożonej oferty, lub

II) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, lub

III) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub

IV) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”.

Z kolei tłumaczenie przysięgłe złożone wraz z odwołaniem określa okoliczności uzasadniające wypłatę wadium w następujący sposób:

„I) Oferent nie odpowiedział na zapytania Beneficjenta lub nie złożył deklaracji, oświadczeń lub dokumentów wymaganych przez Beneficjenta lub nie umocował swojego sygnatariusza we właściwy sposób lub nie przekazał wymaganych informacji dotyczących oferty lub

II) odmówił podpisania umowy na warunkach określonych dla przetargu, lub

III) nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub

IV) zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn spowodowanych przez oferenta.”

Tymczasem tłumaczenie przysięgłe złożone w toku rozprawy przez przystępującego Parasnake, ww. przesłanki określa w sposób następujący:

„I) Oferent nie udzielił odpowiedzi na formularz zapytania lub nie dostarczył wymaganych przez Beneficjenta deklaracji, oświadczeń, dokumentów lub nie udzielił właściwego pełnomocnictwa podpisującemu lub nie udzielił odpowiedzi na zapytanie dotyczące oferty, lub

II) odmówił podpisania umowy na warunkach zamówienia, lub

III) nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
IV) zawarcie umowy nie było możliwe z przyczyn leżących po stronie Oferenta”.

Jak wynika z porównania przedstawionych przez strony i uczestnika tłumaczeń, pomiędzy tłumaczeniem własnym konsorcjum Parasnake a tłumaczeniami przysięgłymi zachodzi znacząca rozbieżność w zakresie określenia przesłanki dotyczącej poprawienia omyłki. Tłumaczenia przysięgłe nie zawierają podkreślonego powyżej odwołania się do owej przesłanki. Mając na uwadze większą wiarygodność tłumaczeń przysięgłych jako sporządzonych przez tłumaczy przysięgłych, jak również zgodność tych tłumaczeń w omawianym zakresie, przy analizie zasadności przedmiotowego zarzutu należy oprzeć się na treści tłumaczeń przysięgłych.

Zdaniem Zamawiającego oraz przystępującego Parasnake przedmiotowa gwarancja wadialna zabezpiecza wszystkie przypadki zatrzymania określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, w tym przesłankę dotyczącą odmowy poprawienia omyłki. Przystępujący wywodzi to ze zwrotu „nie udzielił odpowiedzi na zapytanie dotyczące oferty”, Zamawiający zaś z okoliczności, że sformułowania „deklaracji, oświadczeń lub dokumentów wymaganych przez beneficjenta” i „nie przekazał wymaganych informacji dotyczących oferty” kreują uprawnienie szersze niż wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Wynikać ma to również z braku ustawowych ograniczeń – konieczności wezwania wykonawcy w przewidzianym ustawą Pzp trybie, braku złożenia dokumentów lub informacji z przyczyn leżących po stronie wykonawcy oraz spowodowania, przez niezłożenie dokumentu, braku możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Zamawiający wskazuje również na brak ograniczenia rodzajowego dokumentów i informacji określonych w gwarancji wadialnej. Przystępujący Parasnake powołuje się z kolei konieczność i możliwość dokonywania interpretacji treści gwarancji wadialnej zgodnie z art. 65 Kodeksu cywilnego. Wywodzi, iż prawidłowa wykładania złożonej gwarancji wadialnej wymaga uwzględnienia nie tylko literalnego jej brzmienia, ale wymaga zastosowania metod wykładni oświadczeń woli. Podnosi, że należy brać pod uwagę język używany w środowisku, do którego należą strony, kontekst interpretowanego zwrotu oraz założenie o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego. Przystępujący wskazuje również na brak znaczenia przytoczonego błędnego numeru Dziennika Ustaw, podkreślając, że w treści gwarancji dodano zwrot „z późniejszymi zmianami”, jak również, że należy brać uwagę zasady dotyczące interpretacji oświadczeń woli wskazane powyżej. Podnoszono również argumentację, iż gwarancja wadialna jest prawidłowa, albowiem odnosi się do URDG 758, a także, że nie można wymagać, aby gwaranci z różnych krajów posiadali jednolite wzorce gwarancji, które wprost w swojej treści zawierałyby treść przepisów polskiej ustawy. Przystępujący Parasnake powoływał się również na złożone w toku rozprawy „Wyjaśnienia do gwarancji” udzielone

przez jej wystawcę. Zgodnie z ich treścią, gwarant jest świadomy, że Zamawiający uprawniony jest do żądania kwoty gwarancji w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp – w wyjaśnieniach sformułowano owe okoliczności m.in.: „Jeżeli oferent, w odpowiedzi na wezwanie Beneficjenta (zamawiającego) nie dostarczy oświadczeń lub dokumentów: (...) – zgody na poprawienie w złożonej ofercie innych błędów skutkujących niezgodnością z specyfikacją istotnych warunków zamówienia ale nie prowadzących do istotnych zmian w treści oferty”. Dokument opatrzony został datą 17 lipca 2018 r.

Izba nie podzieliła powyższej argumentacji. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, gwarancja wadialna ma w sposób skuteczny i nie budzący wątpliwości zabezpieczać interesy Zamawiającego, a okoliczności zatrzymania wadium powinny być określone precyzyjnie i jednoznacznie (por. np. wyrok Izby KIO/UZP 19/09 z dnia 20.01.2009 r., KIO/UZP 62/09 z dnia 23.01.2009 r., KIO 821/15 z dnia 4.05.2015 r., KIO 1050/15 z dnia 2.06.2015 r.). Tymczasem już z przyjętego przez Zamawiającego oraz przystępującego Parasnake sposobu argumentacji wynika, że dla ustalenia, czy gwarancja wadialna obejmuje również przesłankę zatrzymania wadium w przypadku braku zgody na poprawienie omyłki w ofercie, koniecznym jest odwołanie się do reguł wykładni oświadczenia woli Gwaranta i przeprowadzenie tejże wykładni z uwzględnieniem dodatkowych elementów, innych niż sam tekst gwarancji. Pomocniczo również odwołanie do URDG 758 miałyby potwierdzać prawidłowość wystawionej gwarancji. Z powyższego wynika, że nawet w ocenie Zamawiającego i konsorcjum Parasnake koniecznym jest dokonanie zaawansowanej egzegezy treści gwarancji wadialnej, ażeby ustalić, czy obejmuje ona wszystkie przesłanki określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Nie sposób zatem uznać, by treść gwarancji była precyzyjna i nie budziła wątpliwości.

Niezależnie od braku wymaganej jednoznaczności gwarancji, Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego i konsorcjum Parasnake, że z brzmienia gwarancji wynika, że uwzględnia ona przesłankę zatrzymania wadium w przypadku braku zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający uwzględnienie przesłanki w treści gwarancji wywodził ze zwrotów (użytych w tłumaczeniu przysięgłym dołączonym do odwołania) o braku odpowiedzi na formularz zapytania, niedostarczenia wymaganych deklaracji, oświadczeń, dokumentów lub nieudzielenia odpowiedzi na pytanie dotyczące oferty. W ocenie Izby z treści rzeczonych postanowień nie można wyinterpretować omawianej przesłanki. Należy bowiem zwrócić uwagę, że wszystkie te zapisy określają jako przesłankę zatrzymania wadium brak aktywności ze strony wykonawcy, zaniechanie dokonania wymaganych czynności lub ich nieprawidłowe wypełnienie. Nie budzi wątpliwości, że w powszechnym rozumieniu, jak również – a raczej – szczególnie w języku prawniczym, zwroty „nie udzielił odpowiedzi” i „nie dostarczył”, którymi posługuje się gwarancja wadialna złożona przez konsorcjum Parasnake, dotyczy zaniechania w rozumieniu „braku podjęcia

wymaganego działania". Tymczasem przedmiotowa przesłanka dotyczy braku wyrażenia zgody na poprawienie omyłki. Na gruncie obowiązujących przepisów możliwa jest sytuacja, gdy wykonawca, po otrzymaniu informacji od Zamawiającego o poprawieniu omyłki (zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) udzieliłby odpowiedzi Zamawiającemu, że nie wyraża zgody na poprawienie omyłki. W takim przypadku nie można by uznać, że wykonawca nie udzielił odpowiedzi na zapytanie, nie złożył/dostarczył (różnica pomiędzy tłumaczeniami przysięgłymi) czy nie udzielił odpowiedzi na zapytanie dotyczące oferty/nie przekazał wymaganych informacji dotyczących oferty (jw.). Żaden przepis ustawy Pzp nie wymaga od wykonawcy wyrażenia zgody na poprawienie omyłki, ustawa nakłada jedynie sankcję za brak takiej zgody, wśród których jest właśnie zatrzymanie wadium. W takim scenariuszu ziściłaby się przesłanka określona w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, której nie sposób zakwalifikować jako okoliczność przewidzianą w treści złożonej przez przystępującego Parasnake gwarancji wadialnej, bowiem wykonawca udzielił odpowiedzi, przekazał wymagane informacje.

W ocenie Izby za brakiem zawarcia omawianej przesłanki w gwarancji wadialnej koresponduje także powołanie w gwarancji wadialnej numeru Dziennika Ustaw sprzed nowelizacji, która przesłankę tę wprowadziła (ustawa z dnia 29.08.2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2014 r. poz. 1232). Izba zgadza się z twierdzeniami, iż samo powołanie się na nieaktualny adres publikacyjny ustawy, w szczególności z dodaniem sformułowania „z późniejszymi zmianami”, nie przesądza o nieprawidłowości gwarancji wadialnej. W niniejszej sprawie adres publikacyjny ma jedynie znaczenie drugorzędne, jednakże – wobec braku ujęcia rzeczowej przesłanki w treści gwarancji – wskazuje na nieuwzględnienie, przy formułowaniu zapisów gwarancji wadialnej, nowelizacji wprowadzającej tę przesłankę do art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

W tym miejscu należy odnotować, że zgodnie z orzecznictwem KIO, gwarancja wadialna może określać przypadki zatrzymania wadium poprzez ich wyliczenie i opisanie albo w sposób ogólny – np. poprzez samo odniesienie do art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp (por. np. wyrok KIO 2010/16 z dnia 4.11.2016 r.). Jednakże w przypadku, gdy gwarancja wadialna nie poprzestaje na ogólnym odwołaniu do ww. artykułów albo np. „do przypadków określonych w ustawie Pzp” i zawiera w swej treści opis przypadków uzasadniających wypłatę kwoty wadium, należy uznać, że wiążący dla ustalenia jej prawidłowości jest ów opis, który powinien być kompletny i zawierać wszystkie określone ustawą przesłanki (por. np. wyrok KIO/UZP 28/10 z dnia 16.02.2010 r.). W przypadku wyliczenia poszczególnych przesłanek zatrzymania wadium w treści gwarancji, powołanie się w jej treści na art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp należy uznać za mające charakter posiłkowy, informacyjny. W szczególności w niniejszej sprawie, wobec powołania nieaktualnego Dziennika Ustaw, nie można ze wskazania ww. przepisów wywodzić kompletności gwarancji wadialnej. W orzecznictwie Izby jednolity jest pogląd, że opisanie przesłanek zatrzymania wadium

w gwarancji nie musi być dosłowne, ani polegać na kopiowaniu przepisów ustawy – musi być jednak na tyle precyzyjne, by treść gwarancji nie budziła żadnych wątpliwości w zakresie możliwości zaspokojenia się beneficjenta z gwarancji (por. np. wyrok KIO 2016/14 z dnia 14.10.2014 r., KIO 1429/13 z dnia 14.08.2013 r.).

Jak zaś wskazano już powyżej, Izba uznała, że z treści gwarancji przedłożonej przez konsorcjum Parasnake nie wynika, iż obejmuje ona wszystkie przypadki zatrzymania wadium określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Jednocześnie wymaga podkreślenia, że nie jest dopuszczalna rozszerzająca interpretacja określonych w treści gwarancji okoliczności uzasadniających wypłacenie kwoty wadium, nieoparta na literalnym jej brzmieniu. Treść zobowiązania wynikającego z umowy gwarancji – w tym zakres odpowiedzialności gwaranta – który kształtują m.in. przesłanki bezwarunkowej wypłaty wadium, określona jest w treści gwarancji wadialnej. Z tej przyczyny nie jest dopuszczalne uzupełnienie gwarancji wadialnej o pominiętą, obowiązkową przesłankę zatrzymania wadium, poprzez dokonanie pozajęzykowej wykładni oświadczenia woli banku. Konieczność przeprowadzenia takiej wykładni dla ustalenia dodatkowej, nie wynikającej z treści gwarancji przesłanki wypłaty wadium, nie daje zamawiającemu pewności co do wypłaty wadium. Pewność ta powinna zaistnieć już w chwili otwarcia ofert. Zwrócić należy uwagę, że zamawiający, zwracając się do gwaranta o wypłatę wadium, musi określić jakie zdarzenie stanowi podstawę żądania. Bank – Gwarant uprawniony jest do analizy oświadczenia zamawiającego i ustalenia, czy żądanie odpowiada warunkom wskazanym w gwarancji. W przypadku uznania przez gwaranta, że zdarzenia opisane w oświadczeniu i okoliczności objęte gwarancją nie są tożsame, może odmówić wypłaty świadczenia.

Należy podkreślić, że stanowisko Izby w tym zakresie jest jednolite i niezmiennie – por. np. wyrok KIO 1222/15 z dnia 25.06.2015 r., KIO 293/16 z dnia 11 marca 2016 r., KIO/UZP 62/09 z dnia 23.01.2009 r. W pierwszym z powołanych wyroków Izba wprost wskazała, że dla ustalania treści gwarancji wadialnej, nie jest dopuszczalne stosowanie reguł wykładni określonych w art. 65 k.c. Nie stoją w sprzeczności z powołanymi orzeczeniami wyroki powołane przez przystępującego Parasnake. W wyroku KIO 883/11 z dnia 10.05.2011 r. Izba dopuściła wykładnię gwarancji wadialnej jedynie w zakresie dookreślenia beneficjenta gwarancji. Z kolei wyrok KIO/UZP 930/09 mówi o wykładni woli w kontekście wyjaśnienia oczywistej omyłki pisarskiej w dacie wystawienia. Do wykładni gwarancji wadialnej w oparciu o reguły określone w art. 65 k.c. odnosi się też wyrok KIO 1040/16 z dnia 28.06.2016 r. – dotyczy on błędnego wskazania w gwarancji wadialnej nazwy postępowania (a konkretnie braku dwóch liter w nazwie rzeki). Dodać w tym miejscu należy, że w wyroku Sądu Najwyższego IV CSK 86/17 z dnia 15.02.2018 r., SN wskazywał na wykładanie treści gwarancji wadialnej w oparciu o art. 65 k.c., jednakże celem ustalenia skuteczności wniesienia wadium w formie gwarancji, w treści której wskazano wyłącznie jednego

z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, natomiast nie dla ustalenia, jakie przesłanki zatrzymania zostały w gwarancji określone.

Jak wynika z powyższego, nie jest dopuszczalne dokonywanie wykładni treści gwarancji dla ustalenia przypadków zatrzymania wadium, które powinny być w niej określone w sposób jednoznaczny, nie wymagający wykładni oświadczenia woli. Gwarancja wadium w omawianym zakresie powinna być na tyle precyzyjna, by zapewniać, że jej realizacja nie będzie uzależniona od wyniku dokonanej przez gwaranta wykładni. Treść gwarancji winna umożliwić gwarantowi prostą subsumcję zaistniałych okoliczności mających uzasadniać wypłatę kwoty wadium do przesłanek w niej określonych. Nie można uznać, że treść gwarancji, której skuteczność realizacji zależna jest od pomyślnie (dla beneficjenta) przeprowadzonej przez gwaranta wykładni, w należyty sposób zabezpiecza interesy Zamawiającego.

Na ocenę prawidłowości przedmiotowej gwarancji wadium nie wpływa zawarte w niej postanowienie, iż zastosowanie mają Jednolite Reguły Żądania Gwarancji URDG 758. W pierwszej kolejności wskazać należy, że URDG 758 nie stanowią prawa, a jak twierdził zarówno Zamawiający i Odwołujący – są jedynie zbiorem przyjętych zwyczajów handlowych i reguł interpretacyjnych. Treść złożonej gwarancji, zgodnie z SIWZ, określała, że podlega ona prawu polskiemu. Zatem w kontekście tego prawa wymaga badanie jej prawidłowości w zakresie zabezpieczenia interesu Zamawiającego. Po drugie, Zamawiający oraz przystępujący Parasnake nie unieśli ciężaru dowodu w zakresie wpływu URDG 758, nie wskazali konkretnych postanowień tej regulacji, które pozwalałyby na uznanie zasadności twierdzeń o jej wpływie na uznanie gwarancji za prawidłową. Zamawiający podnosił, że dysponuje treścią ww. publikacji, nie przedłożył jednak chociażby wyciągu z niej. Mając na uwadze komercyjny charakter rzeczony publikacji, nie jest wystarczającym odwołanie się do treści danego wydawnictwa, koniecznym jest jej wykazanie. Niezależnie od powyższego, Izba podtrzymuje stanowisko, iż nie jest dopuszczalna rozszerzająca wykładnia określonych w gwarancji wadium okoliczności, w których gwarant obowiązany jest wypłacić kwotę wadium – również w przypadku, gdy gwarancja w swej treści odwołuje się do Jednolitych Zasad Żądania Gwarancji – URDG 758 (tak samo Izba w wyroku KIO 1824/17 z dnia 18.09.2017 r.).

Twierdzenia o prawidłowości gwarancji złożonej przez konsorcjum Parasnake nie można również wywieść z przedłożonych w toku postępowania przed Izbą wyjaśnień wystawcy gwarancji. Należy zwrócić uwagę, iż jest to dokument z daty znacznie późniejszej niż otwarcie ofert, zaś jak wskazano powyżej – zamawiający winien mieć pewność skutecznego zabezpieczenia jego interesu od chwili otwarcia ofert. Dokument ten należy potraktować jako niedopuszczalną próbę sanowania wadium po jego złożeniu. Ocena prawidłowości złożenia wadium, ze względu na konieczność pewności zabezpieczenia

interesu zamawiającego, powinna być przeprowadzana na chwilę otwarcia ofert. Bez wpływu na tę ocenę pozostają więc późniejsze zapewnienia wystawcy gwarancji o jej prawidłowości (por. wyrok KIO 1180/10, z dnia 23.06.2010 r., KIO 2023/17 z dnia 3.10.2017 r., KIO 36/11 z dnia 21.01.2011 r.).

Reasumując, gwarancja wadialna złożona przez konsorcjum Parasnake nie określała w sposób prawidłowy wszystkich okoliczności, w których bank powinien wypłacić kwotę wadium Zamawiającemu. Treść gwarancji nie uwzględniała bowiem przesłanki określonej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp in fine – tj. braku zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe ustalenia, znajdujące oparcie w powołanym, jednolitym orzecznictwie KIO, Izba uznała, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, a tym samym ziszcila się przesłanka odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. Zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Parasnake stanowiło naruszenie powołanego artykułu. Ponadto Izba stwierdza, że uznanie przez Zamawiającego rzeczony gwarancji wadialnej za wniesioną prawidłowo – co było skutkiem niedozwolonej rozszerzającej wykładni jej treści, stanowiło również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Z kolei późniejsza czynność wyboru podlegającej odrzuceniu oferty konsorcjum Parasnake jako najkorzystniejszej, stanowiła naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe Izba uznała omawiany zarzut za zasadny, czego skutkiem, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, było uwzględnienie odwołania w tym zakresie.

1.2 Za niepotwierdzone Izba uznała pozostałe twierdzenia odwołania dotyczące wadliwości gwarancji wadialnej złożonej przez przystępującego Parasnake.

W ocenie Izby nie potwierdziły się twierdzenia Odwołującego, że gwarancja wadialna nie zawiera sformułowania określonego w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp – „zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Wywodzi to z faktu, że przedłożona gwarancja, zgodnie z tłumaczeniem przysięgłym posługuje się zwrotem „z przyczyn spowodowanych przez oferenta”, co w ocenie Odwołującego jest wyrażeniem znaczeniowo węższym niż użyte w ustawie Pzp. W ocenie Izby nie można jednakże wymagać, aby gwarant zagraniczny posługiwał się dokładnie takimi samymi zwrotami, jakie użyte są w polskiej ustawie. Również z powołanym w pkt 1.1. wyroku orzecznictwie Izby, wskazuje się, że przywołanie przesłanek zatrzymania wadium nie musi być dosłownym przytoczeniem zapisów ustawy Pzp. Ponadto, za uznaniem, że wskazane różnice w sformułowaniach wynikają z obcojęzycznego charakteru gwarancji, przemawia również okoliczność, że tłumaczenie przysięgłe złożone przez konsorcjum Parasnake w toku rozprawy zawiera sformułowanie „zawarcie umowy nie było możliwe z przyczyn leżących po stronie Oferenta”. Podkreślenia jednakże wymaga, iż w tym zakresie sytuacja faktyczna kształtuje się zgoła odmiennie niż w przypadku przesłanki braku

zgody na poprawienie omyłki w ofercie. Rozważania w zakresie przesłanki z art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp dotyczą różnic w użytych sformułowaniach, które niewątpliwie są w treści gwarancji zawarte. Z kolei przesłanka dotycząca braku zgody na poprawienie omyłki w ogóle w treści gwarancji nie była uwzględniona – nie można zatem twierdzić, że brak ten wynika z różnic językowych bądź w tłumaczeniach.

Uwagi w zakresie różnic w tłumaczeniach odnieść należy do twierdzeń Odwołującego, iż oryginał dokumentu gwarancji zawiera wskazanie, iż dotyczy zabezpieczenia bez względu na „zastrzeżenia wynikające z umowy” (ang. contract), co w jego opinii oznacza, że wadium zabezpiecza umowę, nie zaś ofertę.

Odwołujący wywodził, że o nieprawidłowości ww. gwarancji wadialnej świadczy także określenie w treści gwarancji, że zastosowanie znajdują Jednolite Reguły Żądania Gwarancji URDG 758, które nie stanowią prawa polskiego, zaś zgodnie z SIWZ gwarancja miała podlegać prawu polskiemu. Jak stwierdziła Izba powyżej, odniesienie się w treści gwarancji wadialnej do URDG 758 pozostaje bez wpływu na ocenę prawidłowości jej treści i wniesienia. Ponadto rzeczona gwarancja wprost wskazuje, że podlega prawu polskiemu. Jak słusznie zauważa Odwołujący, URDG 758 nie stanowi prawa, zatem pozostaje bez wpływu na stosowanie w odniesieniu do gwarancji prawa polskiego. Ponadto Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, poza ogólnym twierdzeniem, aby zapisy URDG 758 w jakikolwiek sposób stanowiły o wyłączeniu prawa polskiego.

Kolejną okolicznością, z jakiej Odwołujący wywodził nieprawidłowość rzeczonej gwarancji wadialnej, był zawarty w niej zapis, że wszelkie spory wynikłe z jej tytułu zostaną rozstrzygnięte przez sądy miejscowo właściwe dla Warszawy. SIWZ w pkt X.6.2 określała, iż wszystkie spory zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich. Złożona przez konsorcjum Parasnake gwarancja wadialna poddaje spory z tytułu gwarancji pod właściwość sądów warszawskich, które niewątpliwie są sądami polskimi, zatem gwarancja nie stoi wprost w sprzeczności z SIWZ. Ustawa Pzp nie przewiduje wymagań w zakresie określenia rzeczonej właściwości miejscowej. Dodać należy, że bank, wystawiając gwarancję, nie jest stroną postępowania o udzielenie zamówienia, więc nie wiąże go co do zasady określone w SIWZ (tak też wyrok KIO z dnia 13.03.2017 r., KIO 350/17). Wobec powyższego nie można uznać, by omawiane wskazanie na sądy miejscowo właściwe dla Warszawy stanowiło o nieprawidłowości gwarancji wadialnej.

Odwołujący podnosił również, że złożona gwarancja wadialna złożona przez przystępującego Parasnake jest nieprawidłowa, wobec okoliczności, iż wskazuje ona na tylko na jednego członka konsorcjum i nie odwołuje się w ogóle do konsorcjum. Wskazywał również, że spółka Airborne Technologies GmbH nie była uprawniona do reprezentacji konsorcjum Parasnake. Jak orzekł Sąd Najwyższy w wyroku IV CSK 86/17 dla ustalenia skuteczności wniesienia wadium, nie jest koniecznym wymienienie wszystkich członków

konsorcjum, a kluczowa jest treść gwarancji wadialnej. Nie można zatem, jak chciał Odwołujący, samego wskazania tylko jednego z członków konsorcjum poczytywać jako świadczącego o nieprawidłowości gwarancji. Nie potwierdziły się również twierdzenia Odwołującego w zakresie braku umocowania spółki Airborne Technologies GmbH do złożenia wadium. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, konsorcjum Parasnake złożyło odpowiednie pełnomocnictwo z dnia 26.03.2018 r. – a zatem z dnia przed wystawieniem gwarancji, opatrzonej datą 30.03.2018 r. Twierdzenia odwołującego o tym, iż nieprawdopodobnym jest, że członkowie konsorcjum pozostawili poza umową (zawartą również w dniu 26.03.2018 r.) ustalenia dotyczące zobowiązania o wysokości 1 mln zł są jedynie dywagacjami, które nie znajdują poparcia w żadnych dokumentach bądź innych dowodach. Odwołujący nie uniósł spoczywającego na nim ciężaru dowodu w zakresie wykazania braku umocowania spółki Airborne Technologies GmbH, wobec czego podnoszone twierdzenia należało uznać za bezpodstawne.

2. Drugi z zarzutów odwołania w odniesieniu do wykonawcy konsorcjum Parasnake dotyczył zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Odwołujący wywodził, że złożone wraz gwarancją wadialną jej tłumaczenie wprowadza w błąd Zamawiającego, bowiem zawierało odmienną od oryginału treść, która wskazywałaby na prawidłowość złożonej gwarancji.

Izba uznała zarzut ten za zasadny w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Dyspozycja powołanego przepisu wymaga zbadania, czy wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego i czy informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podkreślenia wymaga, iż nie jest konieczne stwierdzenie, że złożone informacje doprowadziły do wprowadzenia w błąd zamawiającego, jak jest to wymagane w odniesieniu do przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Konsorcjum Parasnake wraz z gwarancją złożyło jej tłumaczenie, które wprost wskazuje na przesłankę zatrzymania wadium dotyczącą braku zgody na poprawienie omyłki. Żadne ze złożonych w toku postępowania tłumaczeń przysięgłych nie odwołuje się do tej przesłanki – w tym tłumaczenie złożone przez przystępującego Parasnake. Zamawiający i przystępujący Parasnake wywodzili – bezzasadnie – uwzględnianie tej przesłanki z innych zapisów gwarancji wadialnej. Nie można zatem za zasadne uznać argumentów przystępującego, że złożone tłumaczenie wiernie oddaje treść gwarancji. Treść tłumaczenia mogła wywołać u Zamawiającego błędne wyobrażenie o prawidłowości złożonej gwarancji wadialnej, bowiem odwoływało się do wszystkich określonych w ustawie Pzp przesłanek zatrzymania wadium. Co więcej, mylne wyobrażenie o prawidłowości gwarancji złożonej przez Parasnake – jak ustaliła Izba – w rzeczywistości powstało. Niewątpliwie informacje

w postaci tłumaczenia gwarancji wadialnej miały charakter „wprowadzających w błąd”. Nie sposób uznać bowiem, że „dodanie” w tłumaczeniu przesłanki, której nie zawiera oryginał, jest informacją która nie powoduje poważnego ryzyka wywołania mylnej oceny rzeczywistości, w tym przypadku – treści gwarancji wadialnej. Przedłożenie tłumaczenia, które przeinacza treść składanego dokumentu w tak poważnym stopniu niewątpliwie świadczy co najmniej o lekkomyślności wykonawcy, a nawet o rażącym niedbalstwie. Oczywiście jest również, że złożone informacje mogły mieć – i najprawdopodobniej miały - istotny wpływ na decyzje Zamawiającego o uznaniu gwarancji za prawidłową.

Dodać należy, że podnoszony argument, że gdyby obowiązek przedłożenia tłumaczenia nie został dochowany, to Zamawiający oparłby się na oryginale nie ma żadnego znaczenia w realiach sprawy, gdzie wykonawca tłumaczenie złożył. Na ocenę działania przystępującego Parasnake w tym zakresie nie wpływa także dopuszczenie w SIWZ złożenia gwarancji wadialnej w języku obcym. Zamawiający w pkt X.6 SIWZ określił, że dokument gwarancji sporządzony w języku obcym należy złożyć wraz z tłumaczeniem na język polski. Wykonawca miał więc obowiązek przedłożenia tłumaczenia, konsorcjum Parasnake złożyło tłumaczenie określający inny katalog zatrzymania wadium niż oryginał dokumentu.

W ocenie Izby zaistniały przesłanki wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – konsorcjum Parasnake z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, zaś zaniechanie tej czynności stanowiło naruszenie przez Zamawiającego wskazanej normy prawnej.

Izba nie uznała natomiast za zasadny zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż z postępowania wyklucza się wykonawcę, który „w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów”. Dla spełnienia tej przesłanki koniecznym jest jednoznaczne ustalenie, że zamawiający został wprowadzony w błąd na skutek zamierzonego działania wykonawcy lub rażącego niedbalstwa z jego strony. Przede wszystkim zaś, przepis ten nie odnosi się do jakichkolwiek informacji – jak ma to miejsce w przypadku przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, ale do konkretnego katalogu informacji. Mają to być informacje dotyczące braku podstaw wykluczenia z udziału (art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), dotyczące warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) bądź kryteriów selekcji (art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp i przepisy odnoszące się). Tłumaczenie gwarancji wadialnej nie mieści się w katalogu tych informacji. Należało zatem uznać, iż omawiany zarzut nie potwierdził się.

3. Mając na uwadze uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, za zasadny należało uznać również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, polegający na wezwaniu konsorcjum Parasnake do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa i JEDZ. W sytuacji ziszczenia się przesłanki skutkującej bezwzględnym obowiązkiem odrzucenia oferty, bezpodstawnym jest wykonywanie dalszych czynności związanych z ofertą, poza jej odrzuceniem. Należy zwrócić uwagę, iż przypadek, którego dotyczy art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp powinien być stwierdzany przez zamawiającego zaraz po otwarciu ofert, albowiem koniecznym jest zbadanie, czy oferta została prawidłowo zabezpieczona, czy wadium zostało wniesione bądź gwarancja wadialna jest prawidłowa. Nadto, w przypadku braku wadium bądź wadliwości gwarancji, nie ma możliwości sanowania oferty - niezależnie od czynności jakie podejmie Zamawiający, oferta ta podlega odrzuceniu. Wobec złożenia wadliwej gwarancji wadialnej przez przystępującego Parasnake, wzywanie go do uzupełnienia dokumentów było bezpodstawne.

4. Kolejnym zarzutem dotyczącym oferty konsorcjum Parasnake jest zarzut jej niezgodności z SIWZ. W pierwszej kolejności poczynić należy uwagi natury ogólnej – które znajdują odniesienie również w odniesieniu do zarzutów niezgodności z SIWZ ofert konsorcjum GB Aircraft, konsorcjum JB Investment i wykonawcy Bromma – tj. zarzuty 2.1, 3.1 i 4.2 (wg. przyjętej przez Izbę numeracji).

Przedmiotem zamówienia jest dostawa dwóch fabrycznie nowych (wyprodukowanych nie wcześniej niż w 2018 r.), samolotów z zabudowanym wyposażeniem dodatkowym na każdy samolot – do wykonywania przez lotnictwo Straży Granicznej zadań nad obszarami morskimi. Oznacza to, że przedmiotem zamówienia nie są produkty standardowe, których cechy można wykazać np. katalogiem producenta – zamawiane samoloty zostaną bowiem zabudowane zgodnie z potrzebami Zamawiającego. Odpowiednio zabudowane samoloty dopiero powstaną, a nadto ich modele podstawowe mogą być modyfikowane – w tym zakresie stanowiska stron i uczestników były zgodne, potwierdzają to również zgromadzone w sprawie dowody. Dokonanie modyfikacji skutkować będzie potrzebą rozszerzenia Certyfikatu Typu EASA bądź wystawienie suplementu do ww. certyfikatu dla modyfikowanych samolotów. Zgodnie z oświadczeniami wykonawców – pkt 6 formularza oferty, w trakcie dostawy samolotów zobowiązują się oni do dostarczenia dokumentów niezbędnych do wpisania samolotów wraz z wyposażeniem dodatkowym do rejestru statków powietrznych Urzędu Lotnictwa Cywilnego i/lub rejestru statków powietrznych lotnictwa służb porządku publicznego. Oświadczeniu temu odpowiada zobowiązanie z pkt 9 wzoru umowy.

Zatem wykonawcy, dostarczając samoloty poddane modyfikacjom w stosunku do typu posiadającego aktualny certyfikat, zobowiązani będą uzyskać dla tych

samolotów również rozszerzenie Certyfikatów Typu EASA lub ich suplementy. Co za tym idzie – twierdzenia Odwołującego odnoszące się do parametrów wywodzonych z przedłożonych wraz z odwołaniem Certyfikatów Typu EASA i innych dokumentów jedynie w niewielkim stopniu i zakresie mogą mieć wpływ na ocenę zgodności ofert ww. wykonawców z SIWZ, bowiem nie odnoszą się one do konkretnych egzemplarzy, w szczególności tych, które zostaną dostarczone Zamawiającemu. Samoloty, które wykonawcy zobowiązują się dostarczyć, mogą stanowić typy modyfikowane, dla których certyfikaty EASA, jak i inne obecnie istniejące dokumenty, na które powołuje się Odwołujący nie będą miarodajne. Ponadto Zamawiający nie wymagał przedłożenia Certyfikatów Typu EASA na etapie składania ofert i nie stawiał warunku, aby oferowane samoloty były zgodne z aktualnie wystawionymi Certyfikatami Typu EASA, nie wymagał przedkładania na etapie składania i oceny ofert dokumentów potwierdzających zgodność z SIWZ. Jak wskazał Zamawiający, działanie to było celowe, miało na celu rozszerzenie konkurencji. Wymaganie przedłożenia ww. certyfikatów itp. na etapie badania ofert umożliwiłoby złożenie ofert jedynie wykonawcom dysponującymi samolotami, które już na chwilę obecną spełniają wszystkie wymogi SIWZ i posiadają aktualny Certyfikat Typu EASA potwierdzający ww. zgodność. Działanie Zamawiającego należy uznać za w pełni uzasadnione i wcielające w życie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ograniczenie konkurencji w ww. sposób byłoby całkowicie nieuzasadnione, mając na uwadze okoliczność, iż termin realizacji zamówienia ubiega w roku 2020 – co za tym idzie, wykonawcy mają czas dla wyprodukowania/dostosowania samolotów dla potrzeb SIWZ i uzyskania Certyfikatu Typu samolotów o nowej/zmienionej konfiguracji. Działanie Zamawiającego jest w pełni konsekwentne – należy bowiem zwrócić uwagę, iż uzależnił odbiór przedmiotu zamówienia od stwierdzenia, iż jest on całkowicie wolny od jakichkolwiek wad (odpowiedzi na pytanie 12 i 13 do SIWZ), umożliwił odbiór tylko jednego z zamawianych samolotów jak również zastrzegł, że w razie odstąpienia od umowy w przypadku wad, wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia z tytułu kosztów poniesionych w związku z realizacją przedmiotu umowy (§ 2 ust. 13 wzoru umowy). Zamawiający przeniósł etap technicznej oceny oferowanych produktów na etap realizacji umowy, z uwagi na specyficzny przedmiot zamówienia, którego ocena dopiero wówczas może zostać dokonana.

Mając na uwadze powyższe, należy uznać, iż żeby było możliwym stwierdzenie, że oferty wykonawców podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Odwołujący winien udowodnić, że nie istnieje możliwość zaoferowania określonych w ofertach typów samolotów zgodnych z SIWZ (np. poprzez przedłożenie oświadczenia producenta). Odwołujący w toku rozprawy podniósł, że nie ma możliwości dostosowania oferowanych typów samolotów do wymogów SIWZ wobec niewystarczającego dla uzyskania

nowych Certyfikatów Typu czasu na realizację zamówienia oraz zachowania zgodności z zawartym w odpowiedzi na pytanie 55 do SIWZ wymogiem maksymalnie 50 godzin nalotu. Izba uznała, że twierdzenia w zakresie braku możliwości dostosowania oferowanych samolotów stanowią nieuprawnione rozszerzenie podstawy faktycznej odwołania. Treść zarzutu odwołania składa się z podstawy prawnej oraz faktycznej. Podnoszenie przez Odwołującego w toku rozprawy nowych okoliczności mających potwierdzać zarzut niezgodności z SIWZ stanowi rozszerzenie jego podstawy faktycznej. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że twierdzenia te stanowią odpowiedź na argumentację Zamawiającego. Odwołujący znał typy samolotów oferowanych przez innych wykonawców, SIWZ i odpowiedzi na pytania do SIWZ. Miał zatem możliwość podniesienia rzeczonych twierdzeń w odwołaniu, czego zaniechał. Ponadto, zważyć należy, że zarzut dotyczący braku możliwości dostosowania oferowanych samolotów jest zarzutem idącym znacznie dalej niż zarzut, że zaoferowane samoloty są niezgodne z SIWZ. Dla stwierdzenia braku zgodności z SIWZ koniecznym jest wskazanie w odwołaniu, jakie wymagane w SIWZ parametry nie zostaną spełnione – co Odwołujący uczynił. Odwołanie w żaden sposób nie odnosiło się jednak ani do terminu realizacji zamówienia oraz odpowiedzi na pytanie nr 55 do SIWZ. Uznanie za dopuszczalne powołanie się na okoliczności niepodnoszone w odwołaniu stanowiłoby także naruszenie zasady równości stron w postępowaniu, bowiem zamawiający i przystępujący po jego stronie mieliby ograniczoną możliwość odniesienia się do tych twierdzeń. Nie można uznać za dopuszczalne powoływanie nowych okoliczności, z których Odwołujący wywodzi niezgodność z SIWZ ofert złożonych przez przystępujących. Jedyne odniesienie do możliwości dostosowania oferowanych samolotów Odwołujący zawarł w uzasadnieniu wniosku o powołanie biegłego, jednakże miało ono charakter całkowicie blankietowy, nie zawierało żadnego odniesienia do konkretnych zapisów SIWZ czy norm prawa. Omawiane okoliczności nie zostały zatem podniesione w zarzucie niezgodności z SIWZ, nie jest zaś uprawnionym hasłowe formułowanie zarzutu i uzupełnianie jego podstawy faktycznej w toku postępowania przed Izbą. Mając na uwadze powyższe oraz dyspozycję art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba uznała, że rzeczone okoliczności nie mogą być uwzględniane przy ocenie zarzutów odwołania (por też wyroki Izby – KIO 140/14 z dnia 12.02.2014 r., KIO 2075/13 z 11.09.2013 r., KIO 2690/13 z 5.12.2013 r., KIO 409/17 z 7.03.2017 r., KIO 1102/17 z 12.06.2017 r.).

Reasumując, wobec możliwości poddania modyfikacjom oferowanych samolotów, Odwołujący nie mógł skutecznie wywodzić o niezgodności z SIWZ w oparciu o parametry obecnie istniejących samolotów. Nie wyklucza to całkowicie badania zgodności z SIWZ oferowanych statków powietrznych, jednakże wymagałoby to podniesienia i wykazania zarzutu niemożliwości przeprowadzenia niezbędnych modyfikacji, co, jak wskazano powyżej, nie było treścią odwołania.

4.1 Niezależnie od powyższego, należy stwierdzić, że zarzuty odwołania dotyczące braku niezgodności z SIWZ oferty konsorcjum Parasnake nie potwierdziły się również w odniesieniu do parametrów samolotów obecnie istniejących i posiadających certyfikaty.

Odwołujący wywodził, że oferowany przez konsorcjum Parasnake samolot PZL M28-05 jest niezgodny z SIWZ w zakresie parametrów – maksymalny pułap użyteczny, długotrwałość lotu oraz rok produkcji. Wskazał, że ww. statek powietrzny jedynie w wersji cargo osiąga wymagany pułap. Podniósł, że zgodnie z informacjami producenta, samolot ten posiada długotrwałość lotu 5 h 30 min i 30 min rezerwy. Z tego wywiódł, iż nie ma możliwości, by wymagana w SIWZ długotrwałość lotu (6 h) była zapewniona po wyposażeniu samolotu w wymagane wyposażenie dodatkowe, ze względu na zwiększony opór aerodynamiczny w stosunku do wersji podstawowej, której dotyczą ww. parametry długotrwałości lotu.

Odnosząc się do powyższego zarzutu w pierwszej kolejności należy wskazać, że konsorcjum Parasnake w ofercie nie podało, jaki wariant samolotu PZL M28-05 zostanie zaoferowany Zamawiającemu - zgodnie z SIWZ wykonawcy nie byli do tego zobligowani. Sam Odwołujący podnosi, że rzeczony samolot osiąga wymagany pułap w wersji cargo. Nie uzasadnia przy tym twierdzenia, że „konfiguracja samolotu określona w Załączniku nr 1 do SIWZ nie jest wersją cargo”. Taki wywód Odwołującego nie może być uznany za wystarczający dla uznania, że nie jest możliwym dostarczenie samolotu PZL M28-05 osiagającego pułap 20 000 ft. Co więcej, Zamawiający wskazuje, że obecnie posiada w służbie samolot PZL M28-05 w wersji „SG”, wraz ze radarem 360°, systemem obserwacji lotniczej i skanerem UV, który również osiąga wymagany pułap oraz długotrwałość lotu. Przedłożony przez Zamawiającego wyciąg z instrukcji użytkowania w locie rzeczonoego samolotu (wraz z uzupełnieniem) potwierdza powyższe oświadczenie. Izba nie podzieliła przy tym podnoszonych przez Odwołującego wątpliwości co do wiarygodności ww. dokumentu, które opierał na różnicach w stopkach pomiędzy stronami oraz różne (niesprecyzowane) odwołania do rozdziałów. Zaznaczyć należy, że rzeczony dokument w rozdziale 5 – „osiągi” wprost określa wpływ zabudowanego wyposażenia na osiągi samolotu, co jednoznacznie wskazuje, że dokument ten nie dotyczy – jak podnosi Odwołujący – wersji podstawowej samolotu.

W przedmiocie parametru „długotrwałość lotu” wymaga odnotowania, że Odwołujący, wbrew twierdzeniom odwołania nie przedłożył w toku postępowania opinii eksperckiej w zakresie wpływu montażu wyposażenia dodatkowego na długotrwałość lotu samolotu PZL M28-05. Odwołujący poprzestał zatem na niepopartych żadnymi wyliczeniami ogólnych twierdzeniach. Niesie to za sobą szczególną doniosłość, bowiem Odwołujący sam wskazał, że zgodnie z informacjami producenta długotrwałość lotu wersji „pustej” – tj. bez wymaganego wyposażenia dodatkowego wynosi 6,2 h, zatem jest zgodna z SIWZ. Dodać

należy, że jest to długotrwałość lotu dla „maksymalnej masy startowej brutto”, a zatem uwzględniającej wymagany w SIWZ załadunek 950 kg.

Ponadto, brak wpływu zabudowania systemów na omawiane osiągi samolotu potwierdza rozdział 1 uzupełnienia nr 90 do instrukcji użytkowania w locie dla samolotu M25 05-SG z wyposażeniem specjalnym – „w niniejszym uzupełnieniu podano tylko te informacje, które zmieniają lub uzupełniają treść podaną w poszczególnych rozdziałach Instrukcji Użytkowania w Locie Samolotu M2805 po zabudowaniu na samolocie wyposażenia specjalnego”. Dalej, w rozdziale 5 – „Osiągi”, wskazano, że „nieznacznej zmianie ulegają” jedynie prędkość wznoszenia się i zużycie paliwa (zwiększa się o około 0.05 kg/km).

Z powyższymi ustaleniami koresponduje również złożone przez przystępującego Parasnake oświadczenie producenta, który potwierdził zgodność oferowanego samolotu z SIWZ.

Twierdzenia Odwołującego dotyczące braku instalacji przeciwołodzeniowej w wersji cargo ww. samolotu Izba uznała za spóźnione i wykraczające poza zakres odwołania.

Jak wynika z powyższego, Odwołujący nie wykazał niezgodności z SIWZ oferowanego przez konsorcjum Parasnake samolotu, wobec czego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia w okolicznościach sprawy.

5. Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego oraz zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podstawą faktyczną obu ww. zarzutów była niezgodność oferty przystępującego Parasnake z SIWZ - wobec nieuwzględnienia tego zarzutu przez Izbę, omawiane zarzuty stały się oczywiście bezzasadne.

II. Zarzuty odwołania dotyczące oferty konsorcjum GB Aircraft.

1. Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w z zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum GB Aircraft, pomimo iż oferowany przez tego wykonawcę samolot Textron Aviation Beechcraft King Air 250 nie spełnia wymogu maksymalnej długotrwałości lotu min. 6h. Odwołujący podnosił, że jakkolwiek ów samolot może osiągać długotrwałość lotu (nawet 7h), ale z mniejszym ciężarem załadowania i nie będzie to możliwe po zabudowaniu dodatkowych systemów wymaganych w SIWZ i uwzględnieniu wymaganego ciężaru załadowania.

W tym miejscu odnieść należy do uwag Izby zawartych w pkt I.4 niniejszego uzasadnienia, w zakresie możliwości modyfikacji typów samolotów i braku możliwości oceny ofert na podstawie aktualnych certyfikatów typu. Dodać należy, że wersja samolotu oferowana przez konsorcjum Bromma, zgodnie z treścią oferty, to „KA 250 wersja z 14 000 lbs MTOW, EASA STC, rok produkcji 2018”. Tymczasem, w wyliczeniach mających wykazać brak spełniania wymogów SIWZ (pismo z dnia 24.07.2018 r.), Odwołujący odwoływał się do „modelu 250EP”, nie można zatem przyjąć, że wyliczenia te odnosiły się do modelu oferowanego przez konsorcjum GB Aircraft. Z kolei w piśmie z dnia 13.08.2018 r. Odwołujący wskazał, że uzupełniony certyfikat typu dla 14 000 funtów maksymalnej masy startowej jest ograniczony i ma zastosowanie dla statków wyprodukowanych w 2015 r., wobec czego „ten uzupełniający certyfikat typu nie potwierdza zgodności oferty z SIWZ”. Tym samym Odwołujący przyznał, że istnieje możliwość zaoferowania samolotu ww. typu zgodnego z SIWZ.

W ocenie Izby, ze względu na wskazane okoliczności, zarzut niezgodności z SIWZ oferty wykonawcy Bromma nie potwierdził się i brak było podstaw dla uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

3. Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego. Odwołujący zarzut ten opierał o twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy Bromma z SIWZ - wobec nieuwzględnienia tego zarzutu przez Izbę, omawiany zarzut stał się oczywiście bezzasadny.

III. Zarzuty odwołania dotyczące oferty konsorcjum JB Investments.

1. Odwołujący wywodził, że oferta konsorcjum JB Investments jest niezgodna z SIWZ wobec braku spełniania przez oferowany samolot parametrów: maksymalnego pułapu użytecznego, maksymalnej mocy pracy silnika oraz posiadania licznika czasu pracy silnika. Przystępujący JB Investment w ofercie wskazał, iż oferuje samolot LET Aircraft Industries L 410. W piśmie złożonym w toku rozprawy Przystępujący doprecyzował, iż chodziło o samolot typu UVP-E20.

Na wstępie zaznaczyć należy, że aktualne w odniesieniu do omawianych zarzutów pozostają wszystkie uwagi poczynione w pkt I.4 niniejszego uzasadnienia, dotyczące możliwości modyfikacji typów samolotów i brakiem możliwości oceny ofert na podstawie obecnie aktualnych certyfikatów typu. W odniesieniu do przedmiotowej oferty, możliwość zmiany certyfikatu typu potwierdza również złożone przez Przystępującego JB oświadczenie producenta o możliwości złożenia wniosku do EASA w celu uzyskania aprobaty dla zwiększonego pułapu praktycznego do 20 000 ft dla samolotu L 410 UVP-E20.

Dodać należy, w odniesieniu do parametru maksymalnej mocy silnika na wale, jak zasadnie podnosi przystępujący konsorcjum JB, przedmiotowy zapis SIWZ stanowi o jedynie o „maksymalnej mocy w zakresie od 770 do 1200 SHP (koni mechanicznych na wale) na silnik”, nie określa, że ma to być np. moc trwała silnika, na którą powoływał się Odwołujący. W tej sytuacji, wystarczające jest, by jakakolwiek moc maksymalna silnika mieściła się w ww. przedziale, mając na uwadze, że wszelkie wątpliwości i nieostre zapisy SIWZ należy odczytywać na korzyść wykonawcy. Przedłożony wraz z odwołaniem Certyfikat Typu EASA dla omawianego samolotu wskazuje natomiast maksymalne moce silnika typu GE H80-200, który przystępujący JB zamierzał zaoferować, w zakresie wymaganym w SIWZ. Tak jak wskazał Zamawiający, takie moce to np. take-off power rating: maximum power 597 kW (tj. 811 SHP – wg nie kwestionowanych obliczeń Zamawiającego), continuous OEI power rating: maximum power – 597 kW (jw.).

Odwołujący nie wykazał, że nie jest możliwe dostarczenie samolotów L410 UVP-E20 zgodnych z SIWZ, wobec czego Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, mającego polegać na zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum JB Investment nie potwierdził się.

2. Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego. Podstawą faktyczną tego zarzutu była niezgodność oferty przystępującego JB Investment z SIWZ - wobec nieuwzględnienia tego zarzutu przez Izbę, omawiany zarzut stał się oczywiście bezzasadny.

IV. Zarzuty odwołania dotyczące oferty wykonawcy Bromma.

1. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 46 ust. 4a i 5 w zw. art. 89 ust. 1 pkt 7b w z w. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, mające polegać na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Bromma, pomimo wniesienia wadliwej gwarancji wadialnej.

Izba uznała zarzut za zasadny w zakresie, w jakim Odwołujący podnosił, iż złożona gwarancja wadialna nie określa wszystkich przesłanek zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Zgodnie z tłumaczeniem gwarancji, jako zakres gwarancji określono udział gwaranta (wcześniej zdefiniowanego jako wykonawcę Bromma) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zidentyfikowanego poprzez nazwę postępowania i numer sprawy. Dalej gwarancja zawiera wskazanie, że *„jako gwarant, niniejszym nieodwołalnie zobowiązujemy się do zapłaty beneficjentowi wszelkie kwoty do kwoty gwarancji, po przedstawieniu żądań beneficjenta, w formie zakresu opisanego powyżej, wspartego świadctwem beneficjenta, czy na żądanie, czy też w formie odpowiednich podpisanych dokumentów, wskazujących w jakiś sposób gwarant naruszył obowiązki na nim spoczywające w ramach ww. postępowania przetargowego i wynikających*

z niego zobowiązań”. Zgodnie z tłumaczeniem przysięgłym, przedłożonym przez Odwołującego w miejscu, gdzie ww. tłumaczenie zawierało „zakres gwarancji” wskazany został „Stosunek Leżący u Podstaw Umowy” – który określono jako „zobowiązania wnioskodawcy (uprzednio zdefiniowanego jako wykonawca Bromma) w związku ze sprawą...” – tu następuje podanie numeru sprawy daty SIWZ oraz nazwy postępowania. Dalej w rzeczonym tłumaczeniu znajduje się zapis *„Jako Gwarant, niniejszym zobowiązujemy się w sposób nieodwołalny wypłacić na rzecz Beneficjenta dowolną kwotę nie przekraczającą Kwoty Objętej Gwarancją z chwilą doręczenia stosownego żądania Beneficjenta, zgodnie z określonymi wyżej wymogami w zakresie doręczeń, wspartego oświadczeniem Beneficjenta, zawartym w treści samego żądania lub w osobnym, podpisanym dokumencie przekazanym wraz z żądaniem lub wskazującym jakie żądania dotyczy, określającym zakres naruszeń zobowiązań Wnioskodawcy wynikających ze Stosunku Leżącego u Podstaw Umowy”*.

Mając na uwadze przytoczone zapisy, należy uznać, że złożona przez wykonawcę Bromma gwarancja wadialna nie dotyczy wszystkich przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Nie można jednakże zgodzić się z Odwołującym, iż nie określa żadnych przesłanek – gwarancja odwołuje się bowiem do konkretnego przetargu i obowiązków wykonawcy wynikających z udziału w tym przetargu. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia miało charakter precyzyjny i jego identyfikacja nie nastręcza problemów. Wobec powyższego należy uznać, że odnosi się do wszystkich przesłanek zatrzymania wadium – za wyjątkiem przesłanki odmowy wyrażenia zgody na poprawienie omyłki o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Owa przesłanka nie dotyczy bowiem obowiązku wykonawcy, jak wskazano powyżej, w rozważaniach dotyczących gwarancji wadialnej złożonej przez konsorcjum Parasnake (pkt I.1.1 niniejszego uzasadnienia), wykonawca nie ma obowiązku wyrażenia zgody na poprawienie omyłki. Aktualność zachowują wszystkie argumenty Izby dotyczące warunków, jakie musi spełniać gwarancja wadialna, aby możliwym było uznanie, że w sposób prawidłowy zabezpiecza interes Zamawiającego podniesione w rozważaniach odnośnie gwarancji złożonej przez konsorcjum Parasnake. Gwarancja wadialna złożona przez wykonawcę Bromma warunków tych nie spełnia, wobec czego należało uznać, że nie została prawidłowo wniesiona, a oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba nie uznała za potwierdzone zarzutów Odwołującego w zakresie, w jakim wywodził nieprawidłowość rzeczony gwarancji z okoliczności, iż określa jako Beneficjenta „Biuro Finansów Komendy Głównej Straży Granicznej” (zgodnie z tłumaczeniem przedłożonym przez Odwołującego) oraz zawartego w niej odwołania do URDG 758. W przedmiocie braku wpływu na ocenę prawidłowości gwarancji zawartego

w niej odwołania do URDG 758 odnieść należy do rozważań zawartych w pkt I.1.2 niniejszego uzasadnienia. Podobnie jak gwarancja złożona przez konsorcjum Parasnake, omawiana gwarancja zawierała wskazanie, iż podlega prawu polskiemu, a nadto, iż winna być interpretowana zgodnie z tym prawem. Wobec powyższego, ustalenia Izby zawarte w ww. pkt I.1.2 uzasadnienia pozostają w pełni aktualne.

W ocenie Izby żadnego wpływu na skuteczność zabezpieczenia interesu Zamawiającego wpływa okoliczność zdefiniowania w gwarancji jako Beneficjenta Biura Finansów Komendy Głównej Straży Granicznej. Zgodnie z art. 5a ust. 1 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o straży granicznej (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 2365), Komendant Główny Straży Granicznej wykonuje swoje zadania przy pomocy podległego mu urzędu – Komendy Głównej Straży Granicznej. Biuro Finansów tej komendy stanowi jej komórkę organizacyjną, nie działa we własnym imieniu, nie stanowi odrębnego organu administracji publicznej, odrębnego podmiotu. W kontekście niniejszej sprawy Biuro Finansów Komendy Głównej to w dalszym ciągu Zamawiający. Cała Komenda Główna działa w ramach wykonywania zadań organu administracji publicznej, jakim jest Komendant Główny SG. Nadto należy zważyć, że ewentualne czynności związane z realizacją rzeczonej gwarancji wykonywane byłby zapewne przez Biuro Finansów jako komórkę organizacyjną właściwą w tym zakresie, zatem omawiane wskazanie z pewnością nie wpłynęłoby negatywnie na możliwość zaspokojenia się Zamawiającego z gwarancji. Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że ww. okoliczności nie wpływały na ocenę prawidłowości złożenia gwarancji przez wykonawcę Bromma.

Reasumując, Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 46 ust. 4a i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Bromma, pomimo, iż złożona przez niego gwarancja wadialna nie określała przesłanki zatrzymania wadium w przypadku braku wyrażenia zgody na poprawienie omyłki w ofercie.

2. Odwołujący zarzucił również, że oferta wykonawcy Bromma podlega odrzuceniu wobec niezgodności z SIWZ, bowiem oferowany przezeń samolot Textron Aviation Beechcraft King Air 250EP nie spełnia wymogu maksymalnej długości lotu min. 6h. Odwołujący podnosił, że jakkolwiek ów samolot może osiągać długość lotu (nawet 7h), ale z mniejszym ciężarem załadowania i nie będzie to możliwe po zabudowaniu dodatkowych systemów wymaganych w SIWZ i uwzględnieniu wymaganego ciężaru załadowania.

W tym miejscu odnieść należy do uwag Izby zawartych w pkt I.4 niniejszego uzasadnienia, w zakresie możliwości typów samolotów i braku możliwości oceny ofert na podstawie aktualnych certyfikatów typu. W ocenie Izby, ze względu na wskazane okoliczności, zarzut niezgodności z SIWZ oferty wykonawcy Bromma nie potwierdził się i

brak było podstaw dla uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

3. Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego. Odwołujący zarzut ten opierał o twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy Bromma z SIWZ - wobec nieuwzględnienia tego zarzutu przez Izbę, omawiany zarzut stał się oczywiście bezzasadny.

Wobec powyższego orzeczono jak sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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 z późn. zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....