

WYROK
z dnia 20 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Packo
Członkowie: Aleksandra Patyk
Irmina Pawlik

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 26 października, 7, 8 i 16 listopada 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Beechcraft Berlin Aviation Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Flughafen BER, ZKS 10 Ost. Geb., X064 Elly-Beinhorn-Ring 4, 12529 Schonefeld, Niemcy** oraz **Arminex Trading Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Komendę Główną Straży Granicznej, al. Niepodległości 100, 02-514 Warszawa

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **GB Aircraft Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Narbutta 83/C13, 02-524 Warszawa** oraz **AERODATA Aktiengesellschaft, Hermann Blenk Strasse 34-36, 38-108 Braunschweig, Niemcy**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **JB INVESTMENTS Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Redutowa 2/10, 01-103 Warszawa** oraz **AERO Club Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Redutowa 2/10, 01-103 Warszawa**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Parasnake A. S., ul. Żeromskiego 30, 25-370**

Kielce oraz Airborne Technologies Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Gloriettegasse 1/3, 1130 Wiedeń, Austria, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Beechcraft Berlin Aviation Gesellschaft mit beschränkter Haftung oraz Arminex Trading Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Beechcraft Berlin Aviation Gesellschaft mit beschränkter Haftung oraz Arminex Trading Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Beechcraft Berlin Aviation Gesellschaft mit beschränkter Haftung oraz Arminex Trading Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz Komendy Głównej Straży Granicznej kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Główna Straży Granicznej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup i dostawę dwóch samolotów wielosilnikowych – turbinowych do wykonywania zadań nad obszarami morskimi przez Lotnictwo Straży Granicznej” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 1 lutego 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 022-045600. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Beechcraft Berlin Aviation GmbH i Arminex Trading Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

A. w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia JB INVESTMENTS Sp. z o.o. i AERO Club Sp. z o.o., zwanych dalej „Konsorcjum JB”:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum JB, które w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd co do tego, jakoby spełniło i wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz zataiło w ofercie oraz w dokumentach składanych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 14 września 2018 r. informacje kluczowe z punktu widzenia wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż w załączonym do oferty formularzu JEDZ oświadczyło, że spełnia warunek, o którym mowa w rozdziale VII pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, następnie w odpowiedzi na wezwanie otrzymane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przedłożyło dokument koncesji nr B-040/2013 mający wykazywać, że to AERO CLUB Sp. z o.o. w ramach Konsorcjum JB będzie spełniać warunek udziału w postępowaniu, podczas gdy składając wyjaśnienia w innej kwestii (zmowa przetargowa), Konsorcjum JB przyznało, że część zamówienia obejmująca radar poszukiwawczy oraz system obserwacji lotniczej nie będzie realizowana przez AERO CLUB Sp. z o.o., tylko przez Optimare Systems GmbH, która miała status podwykonawcy. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w tym zakresie stanowiła jednak, że jeżeli oferta była składana przez wykonawców wspólnie, to przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu musi (muszą) spełniać ten (ci) z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, który (którzy) będą realizować część zamówienia wymagającą posiadania ww. uprawnień;

ponadto wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 27 lutego 2018 r. wykluczało dopuszczalność spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu poprzez podwykonawców,

2. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum JB do uzupełnienia, względnie wyjaśnienia dokumentów przedłożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pomimo że Konsorcjum JB w załączonym do oferty formularzu JEDZ oświadczyło, że spełnia warunek, o którym mowa w rozdziale VII pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie w odpowiedzi na wezwanie otrzymane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przedłożyło dokument koncesji nr B-040/2013 mający wykazywać, że to AERO CLUB Sp. z o.o. będzie spełniać warunek udziału w postępowaniu, podczas gdy w wyjaśnieniach z 18 września 2018 r. przyznało, że część zamówienia obejmująca radar poszukiwawczy oraz system obserwacji lotniczej będzie realizowana przez inny podmiot niż AERO CLUB Sp. z o.o., tj. podwykonawcę Optimare Systems GmbH, chociaż treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie wymagała, że jeżeli oferta była składana przez wykonawców wspólnie, to warunek udziału w postępowaniu musi (muszą) spełniać ten (ci) z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, który (którzy) będą realizować część zamówienia wymagającą posiadania ww. uprawnień, a wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 27 lutego 2018 r. zakazywało spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu poprzez podwykonawców,

3. art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 i pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum JB, pomimo że uczestnicy Konsorcjum JB oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia GB Aircraft Sp. z o.o. i AERODATA AG, zwani dalej „Konsorcjum GB”, zawarli porozumienie naruszające konkurencję w rozumieniu ww. przepisów, przejawiające się m.in. w tym, iż spółka w 100% zależna do uczestnika Konsorcjum GB stanowiła głównego i jedyne podwykonawcę Konsorcjum JB w zakresie jedyne postawione przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu (koncesja na obrót reglamentowany) i w tym zakresie doszło do niedopuszczalnych uzgodnień, warunków ofert z udziałem tych samych osób fizycznych, a następnie Konsorcjum JB – pismem z 7 września 2018 r. – podjęło próbę wycofania swojej oferty, co oznaczałoby możliwość uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Konsorcjum GB,

4. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 w zw. z art. 7 ust. 3 i ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum JB, chociaż podjęło ono działanie mające na celu rezygnację z udziału w postępowaniu, pomimo tego, że jego oferta mogła zostać uznana za najkorzystniejszą i pomimo wpłacenia 1.000.000 złotych wadium, co stwarzało warunki dla uznania za najkorzystniejszą oferty Konsorcjum GB, którego spółka zależna była głównym podwykonawcą Konsorcjum JB; tego typu próba w sposób sprzeczny z prawem (art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) oraz sprzeczny z dobrymi obyczajami naruszała interes Zamawiającego, gdyż stanowiła usiłowanie narzucenia konieczności dokonania wyboru oferty mniej korzystnej z punktu widzenia kryteriów oceny ofert,

5. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 oraz art. 84 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 i ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum JB, chociaż w związku z postępowaniem Konsorcjum JB wymieniało informacje z Konsorcjum GB odnośnie warunków ofert, a ponadto Konsorcjum JB 7 września 2018 r. oświadczyło o rezygnacji z udziału w postępowaniu, pomimo tego, że jego oferta mogła zostać uznana za najkorzystniejszą i pomimo wpłacenia 1.000.000 złotych wadium, co stwarzało warunki dla uznania za najkorzystniejszą oferty Konsorcjum GB, a w rezultacie w sposób sprzeczny co najmniej z dobrymi obyczajami, w tym uczciwością we współzawodnictwie na rynku towarów i usług oraz rzetelnością w konkurencji naruszało interes Odwołującego, gdyż w sytuacji, w której jedynie te dwa konsorcja stanowiły konkurentów Odwołującego w postępowaniu, koordynacja działań przetargowych oraz warunków ofert, w tym rezygnacja z udziału w postępowaniu (nieuczciwość środka i celu) zwiększała ich – kosztem Odwołującego – szanse na zdobycie zamówienia, a czyniły to nie dzięki ofercie rzeczywiście najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale wskutek nieuczciwości zakłócającej dozwoloną rywalizację rynkową oraz naruszającej art. 84 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

6. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum JB, które w wyniku co najmniej lekkomyślności wprowadziło Zamawiającego w błąd w wyjaśnieniach z 18 września 2018 r., w których pominęło kwestię powiązań personalnych pomiędzy swoim kluczowym podwykonawcą a uczestnikiem Konsorcjum GB, a ponadto zaprzeczyło, że „prowadziło jakiegokolwiek rozmowy czy konsultacje z firmą Optimare Systems GmbH, ani jakiegokolwiek firmą przynależną do grupy kapitałowej AERODATA GROUP” chociaż z pisma, które drugi uczestnik zмовы (Konsorcjum GB) złożył 28 września 2018 r. wynika, że dysponuje on taką wiedzą o składaniu oraz warunkach oferty Konsorcjum JB, których nie sposób wyczytać z treści oferty Konsorcjum JB (m.in. kwestie finansowania zakupów) i których uzyskanie nie jest możliwe bez dzielenia się informacjami przez „zainteresowanych”. Wymiana informacji

nie musiała być skomplikowana, gdyż po stronie Konsorcjum JB pan B. był prezesem zarządu każdej ze spółek wchodzących w skład Konsorcjum JB, a po stronie Konsorcjum GB pan S. był w reprezentantem zarówno Aerodata AG (uczestnik Konsorcjum GB), jak i Optimare Systems GmbH, czyli kluczowego podwykonawcy Konsorcjum JB. Tego typu zachowanie mogło i miało mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania, gdyż dążyło do zapobieżenia wykluczeniu z postępowania (co nastąpiło), ewentualnie zaniechaniu przez Zamawiającego dalszych wezwań, które mogły doprowadzić do pozyskania informacji skutkujących wykluczeniem Konsorcjum JB z postępowania,

7. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 3 i ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum JB, pomimo że złożyło ono ofertę, w której zobowiązało się zrealizować zamówienie zgodnie ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w terminie po 1 lutego 2020 r. ale nie później niż do 1 października 2020 r., chociaż Konsorcjum JB zaoferowało samolot L410, który wymaga takiego dostosowania do wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym uzyskania przez samoloty już z wyposażeniem dodatkowym certyfikatów typu EASA lub równoważnych, że oferta Konsorcjum JB jest niezgodna z wymaganiami dostarczenia dokumentacji, o której mowa w rozdziale II pkt 1. ppkt 6) lit. c) załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w terminie trzech miesięcy przed planowanym terminem dostawy samolotów wraz z wyposażeniem dodatkowym oraz jest (osobno) niezgodna z wymaganiami rozdziału VI pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zrealizowania dostawy samolotów najpóźniej do 1 października 2020, nie wcześniej jednak niż po 1 lutego 2020 r.,

8. art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum JB, pomimo że jej przedmiotem jest świadczenie niemożliwe, gdyż zaoferowało samolot L410, który wymaga takiego dostosowania do wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym uzyskania przez samoloty już z wyposażeniem dodatkowym certyfikatów typu EASA lub równoważnych, że nie jest możliwe dotrzymanie terminu dostarczenia dokumentacji, o którym mowa w rozdziale II pkt 1. ppkt 6) lit. c) załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz niemożliwe jest zrealizowanie dostawy samolotów najpóźniej do 1 października 2020 r., nie wcześniej jednak niż po 1 lutego 2020 r.,

9. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum JB do wyjaśnień, który podmiot oraz w jakim terminie wystąpi o uzyskanie certyfikatów EASA lub równoważnych, skoro żaden z uczestników Konsorcjum JB ani jego kluczowy podwykonawca Optimare Systems GmbH – w przeciwieństwie do Konsorcjum GB

– nie posiada certyfikatu EASA PART 21 organizacji projektowej i produkującej, a tym samym nie ma możliwości terminowego uzyskania certyfikatów EASA lub równoważnych oraz dochowania terminu dostawy, o którym mowa w rozdziale VI pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

B. w odniesieniu do Konsorcjum GB:

10. art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum GB, pomimo że uczestnicy Konsorcjum GB oraz Konsorcjum JB zawarli porozumienie naruszające konkurencję w rozumieniu przywołanych wyżej przepisów, przejawiające się m in. w tym, że spółka w 100% zależna do uczestnika Konsorcjum GB stanowiła głównego i jedyne podwykonawcę Konsorcjum JB w zakresie jedyne postawione przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu (koncesja na obrót reglamentowany) i w tym zakresie doszło do niedopuszczalnych uzgodnień i wymiany informacji, przygotowywania ofert z udziałem tych samych osób fizycznych, a następnie Konsorcjum JB – pismem z 7 września 2018 r. – podjęło próbę wycofania swojej oferty, która zostałaby uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, na czym mogło skorzystać Konsorcjum GB,

11. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 3 i ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum GB, pomimo że złożyło ono ofertę, w której zobowiązało się zrealizować zamówienie zgodnie ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w terminie po 1 lutego 2020 r., ale nie później niż do 1 października 2020 r., chociaż Konsorcjum GB zaoferowało samolot King Air 250 wersja z 14.000 lbs MTOW, EASA STC, który wymaga takiego dostosowania do wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym uzyskania przez samoloty już z wyposażeniem dodatkowym certyfikatów typu EASA lub równoważnych, że oferta Konsorcjum GB jest niezgodna z wymaganiami dostarczenia dokumentacji, o której mowa w rozdziale II pkt 1. ppkt 6) lit. c) załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w terminie trzech miesięcy przed planowanym terminem dostawy samolotów wraz z wyposażeniem dodatkowym oraz jest (osobno) niezgodna z wymaganiami rozdziału VI pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zrealizowania dostawy samolotów najpóźniej do 1 października 2020 r., nie wcześniej jednak niż po 1 lutego 2020 r.,

12. art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku art. 387 § 1 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum GB, pomimo że złożyło ono ofertę, w której zobowiązało się zrealizować zamówienie zgodnie ze wszystkimi wymaganiami

Zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w terminie po 1 lutego 2020 r., ale nie później niż do 1 października 2020 r., chociaż Konsorcjum GB zaoferowało samolot King Air 250 wersja z 14.000 lbs MTOW, który wymaga takiego dostosowania do wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym uzyskania przez samoloty już z wyposażeniem dodatkowym certyfikatów typu EASA lub równoważnych, że oferta Konsorcjum GB jest niezgodna z wymaganiem dostarczenia dokumentacji, o której mowa w rozdziale II pkt 1 ppkt 6) lit. c) załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w terminie trzech miesięcy przed planowanym terminem dostawy samolotów wraz z wyposażeniem dodatkowym oraz jest (osobno) niezgodna z wymaganiem rozdziału VI pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zrealizowania dostawy najpóźniej do 1 października 2020 r., nie wcześniej jednak niż po 1 lutego 2020 r.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty lub wykluczenia z postępowania Konsorcjum JB, a w razie nieuwzględnienia zarzutów w tym zakresie – o nakazanie wezwania Konsorcjum JB do wyjaśnień dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz wezwania do wyjaśnienia treści oferty,
4. odrzucenia oferty Konsorcjum GB lub wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu lotnictwa na wskazane okoliczności oraz dowodów ze wskazanych dokumentów.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej w zakresie dostawy systemu obserwacji lotniczej i radaru poszukiwawczego 360°. Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy krajowi mieli przedstawić koncesję w zakresie wskazanym w rozdziale VII punkt 2 tiret pierwsze, a wykonawcy spoza terytorium RP – dokument określony w rozdziale VII punkt 2 tiret drugie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia Zamawiający wymagał, że „w przypadku składania oferty wspólnej ww. warunek musi (muszą) spełniać ten (ci) z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, który (którzy) będą realizować część zamówienia wymagającą posiadania ww. uprawnień”. W odpowiedzi na pytanie nr 10 Zamawiający wykluczył możliwość spełnienia tego warunku poprzez podwykonawców.

Konsorcjum JB w załączonym do oferty formularzu JEDZ oświadczyło, że spełnia warunek, o którym mowa w rozdziale VII pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnie – w odpowiedzi na wezwanie otrzymane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – przedłożyło dokument koncesji nr B-040/2013 mający wykazywać, że to AERO CLUB Sp. z o.o. będzie spełniać warunek udziału w postępowaniu. Natomiast w wyjaśnieniach z 18 września 2018 r., składanych w związku z podejrzeniem zmywy z Konsorcjum GB, Konsorcjum JB przyznało, że część zamówienia obejmująca radar poszukiwawczy oraz system obserwacji lotniczej będzie realizowana przez inny podmiot niż AERO CLUB Sp. z o.o. – przez podwykonawcę Optimare Systems GmbH. Okoliczność, że to właśnie Optimare Systems GmbH będzie realizować część zamówienia w zakresie dotyczącym radaru oraz systemu poszukiwawczego bezpośrednio potwierdziła spółka AERODATA AG, która jest podmiotem w 100% kontrolującym spółkę Optimare Systems GmbH oraz uczestnikiem Konsorcjum GB. Konsorcjum GB w oświadczeniu z 28 września 2018 r. wyjaśniło m.in. że zakres świadczeń Optimare Systems GmbH na rzecz Konsorcjum JB obejmuje zakup radarów poszukiwawczych oraz zakup systemów obserwacji lotniczej, a więc zakres, dla którego wymagana była koncesja.

W rezultacie Konsorcjum JB w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd co do tego, jakoby spełniło i wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz zataiło w ofercie oraz w dokumentach przesłanych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jakoby spełniło warunek udziału w postępowaniu, podczas gdy w rzeczywistości tę część zamówienia będzie realizować podwykonawca. Doszło zatem do „papierowego”, nierzeczywistego przedstawienia Zamawiającemu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum JB naruszyło art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W okolicznościach, o których mowa powyżej, Zamawiający powinien był co najmniej wezwać Konsorcjum JB do uzupełnień/wyjaśnień oświadczeń oraz dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a zaniechanie tego stanowiło naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (pkt 7).

7 września 2018 r. Konsorcjum JB oświadczyło Zamawiającemu, że rezygnuje z uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, cofa zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą oraz żąda zwrotu wadium. Było to o tyle niezrozumiałe, że Zamawiający zobowiązany był wykonać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 sierpnia 2018 r., sygn. KIO 1332/18, a wskutek wykonania tego wyroku oferta Konsorcjum JB byłaby uznana za najkorzystniejszą. Korzyści z wycofania się z przetargu odniosłoby drugie w rankingu Konsorcjum GB. Pomiędzy Konsorcjum JB a Konsorcjum GB istniały powiązania polegające na tym, że:

- spółka Optimare Systems GmbH miała być kluczowym podwykonawcą Konsorcjum JB (miała realizować część zamówienia w zakresie dostawy radaru oraz systemu obserwacji),
- spółka Optimare Systems GmbH była spółką w 100% zależną od spółki Aerodata AG,
- spółka Aerodata AG była uczestnikiem konkurencyjnego Konsorcjum GB,
- spółka Aerodata AG oraz spółka Optimare Systems GmbH były reprezentowane przez tę samą osobę: pana S., obie spółki należały do tej samej grupy kapitałowej i były zarządzane przez tę samą osobę;
- pan B. był jednocześnie uprawnionym do samodzielnej reprezentacji spółki Aero Club Sp. z o. o. oraz spółki JB Investments Sp. z o.o.,
- jakiegokolwiek ustalenia, uzgodnienia lub wymiana danych między reprezentantami Konsorcjum JB i Optimare Systems GmbH były jednocześnie ustaleniami, uzgodnieniami oraz wymianą danych z reprezentantem Aerodata AG, czyli z Konsorcjum GB.

O zawarciu porozumienia naruszającego konkurencję na rynku właściwym (krajowy rynek dostaw samolotów dwusilnikowych turbinowych, przeznaczonych do wykonywania zadań na obszarach morskimi przez lotnictwo) świadczą co najmniej trzy okoliczności. Po pierwsze, istnienie po stronie Konsorcjum GB znajomości warunków oferty Konsorcjum JB w stopniu szerszym i głębszym niż dałby się wytłumaczyć analizą treści oferty, którą Konsorcjum JB faktycznie złożyło w postępowaniu (formularz oferty był ubogi w informacje). W piśmie z 24 września 2018 r. Konsorcjum GB wykazało się wiedzą m.in. o aspektach finansowania, a także o tym, że rozwiązanie Optimare Systems GmbH zaoferowane Konsorcjum JB zawiera wymienione w tym piśmie elementy, takie jak konkretne modele radaru, systemu obserwacji lotniczej, systemu automatycznej identyfikacji jednostek nawodnych, elementów komunikacji radiowej, telefonów satelitarnych, systemów zarządzania misją, dostarczenie dokumentów kontroli interfejsu, przeprowadzenie szkolenia, zapewnienie gwarancji. Po drugie, próba wycofania się Konsorcjum JB z postępowania, na której mogłoby skorzystać Konsorcjum GB. Trzecią okolicznością potwierdzającą zawarcie porozumienia naruszającego konkurencję jest tożsamość osób reprezentujących poszczególne spółki, a także tożsamość osób pracujących przy kluczowych elementach ofert. W piśmie z 24 września 2018 r. Konsorcjum GB potwierdziło, że nawet jeśli doszłoby do zмовy

między Aerodata AG i Optimare Systems GmbH z powodu w dużej mierze takich samych zasobów pracujących nad ofertami, jak też tego samego zarządu dla obydwu spółek w osobie pana S., nie miałyby to wpływu na ostateczne oferty przedstawione przez konkurencyjne konsorcja.

Jednakże nie można zgodzić się ze zbagatelizowaniem przez Konsorcjum GB skutków zмовy. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 15 marca 2017 r., sygn. VI Ca 1228/15 stwierdził, że za bagatelne nie mogą być uznane m.in. zмовy cenowe i przetargowe oraz porozumienia podziałowe i kontyngentowe, które ze swej natury zawsze są zakazane jako szkodliwe dla konkurencji.

Zachowanie wykonawców naruszało konkurencję w tym konkretnym postępowaniu, ale również na rynku właściwym, gdyż skutkowało zwiększeniem przewagi względem Odwołującego poprzez wymianę informacji i znajomość warunków ofert, a także zmierzało do udzielenia zamówienia wykonawcom, których oferta klasyfikowała się na dalszych miejscach niż oferta Konsorcjum JB.

Wykazanie świadomości naruszenia zakazu zamiaru ograniczenia konkurencji nie jest konieczne do stwierdzenia zachowania niedozwolonego w świetle art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Objęte zakresem normowania tego przepisu porozumienia cenowe mają na celu ograniczenie konkurencji nie tylko wtedy, gdy strony porozumienia mają zamiar ingerencji w funkcjonowanie mechanizmu konkurencji, ale także wtedy, gdy z przedmiotu poczynionych przez jego strony uzgodnień wynika, że nieodzownym skutkiem porozumienia jest ograniczenie konkurencji (wyrok SA w Warszawie z 20 marca 2017 r., sygn. VI ACa 1227/15).

W rezultacie w postępowaniu doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum JB, pomimo że uczestnicy Konsorcjum JB oraz Konsorcjum GB zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

Konsorcjum JB poprzez próbę wycofania się z udziału w postępowaniu, pomimo tego, że jego oferta mogła zostać uznana za najkorzystniejszą i pomimo wpłacenia 1.000.000 złotych wadium, dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stwarzało to warunki dla wyboru oferty Konsorcjum GB, którego spółka zależna była głównym podwykonawcą Konsorcjum JB. Wymiana informacji między uczestnikami konsorcjum została potwierdzona oświadczeniem Konsorcjum GB z 24 września 2018 r. Reprezentanci zainteresowanych podmiotów z łatwością mogli dokonywać ustaleń/koordynacji, gdyż relacja podwykonawcza stwarzała im ku temu pozór formalny.

Działanie Konsorcjum JB w sposób sprzeczny z prawem (art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) oraz niezgodnie z dobrymi obyczajami naruszyło interes Zamawiającego, gdyż mogło skutkować tym, że dokona on wyboru oferty mniej korzystnej z punktu widzenia kryteriów oceny ofert niż oferta Konsorcjum JB. Naruszało to również interes Odwołującego, gdyż konkurował on z Konsorcjum JB, a konsorcjum to w sposób sprzeczny z uczciwością we współzawodnictwie na rynku towarów i usług oraz niezgodnie z wymaganą rzetelnością w konkurencji naruszało interes Odwołującego, gdyż w sytuacji, w której jedynie te dwa konsorcja stanowiły konkurentów Odwołującego w postępowaniu, koordynacja działań, w tym rezygnacja z udziału w postępowaniu (nieuczciwość środka i celu) zwiększała – kosztem Odwołującego – szanse jednego z uczestników porozumienia na zdobycie zamówienia nie dzięki ofercie rzeczywiście najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale wskutek nieuczciwości zakłócającej dozwoloną rywalizację rynkową oraz naruszającej art. 84 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W rezultacie, nawet gdyby uznać, że nie zostały wypełnione przesłanki w przedmiocie dopuszczenia się przez wykonawców porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu, to zaniechanie odrzucenia oferty naruszyło art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 w zw. z art. 7 ust. 3 i ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący powiadomił Zamawiającego o powiązaniach kapitałowych między kluczowym podwykonawcą Konsorcjum JB a uczestnikiem Konsorcjum GB pismem z 7 września 2018 r. Na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wezwał Konsorcjum JB do wyjaśnienia, czy zawarło ono z Konsorcjum GB zmwę przetargową. W odpowiedzi na to wezwanie Konsorcjum JB, pismem z 18 września 2018 r., podało, że przyczyną nawiązania współpracy z Optimare Systems GmbH było wycofanie się dotychczasowego partnera – firmy Bird Aerosystems – ze współpracy przy realizacji przedmiotowego zamówienia oraz nigdy nie prowadziło jakichkolwiek rozmów z jakąkolwiek firmą przynależną do grupy kapitałowej AERODATA Group na temat warunków, na jakich składana będzie przez niego oferta.

Oświadczenia Konsorcjum JB są przemilczające i nie polegają na prawdzie. Po pierwsze, przemilczają w swej treści powiązania osobowe pomiędzy kluczowym podwykonawcą Konsorcjum JB a uczestnikiem Konsorcjum GB. Po drugie, ograniczają się wyłącznie do etapu poprzedzającego złożenie oferty, a zawarcie albo zrealizowanie porozumienia dyskwalifikującego z postępowania o udzielenie zamówienia nie musi mieć miejsca przed złożeniem oferty, ale może również nastąpić lub zostać wykonane w toku postępowania o udzielenie zamówienia, na przykład przy ponownym wnoszeniu wadium na nowy termin

związania ofertą, a więc w czasie, kiedy Konsorcjum JB usiłowało wycofać się z postępowania. Następnie, gdyby rzeczywiście firma Bird Aerosystems oznajmiła Konsorcjum JB, że nie będzie w stanie podjąć się kompletnej integracji systemu i podwykonawstwa tej części zamówienia i wycofała się z realizacji zamówienia, to zapewne nie byłaby podwykonawcą w ofercie Ceska leteska servisni a.s. Po czwarte, gdyby prawdziwe było zapewnienie Konsorcjum JB, że nie było żadnych „rozmów czy konsultacji” między Konsorcjum JB a Aerodata AG, to ta ostatnia nie byłaby w stanie podać tak szczegółowych warunków oferty Konsorcjum JB, jak uczyniła to w piśmie z 24 września 2018 r.

Konsorcjum JB w dacie składania wyjaśnień nie wiedziało, że Zamawiający będzie ponawiać zapytania do Konsorcjum GB o powiązania osobowe między Optimare Systems GmbH a Aerodata AG i ta ostatnia wyjawia, że jednak posiada wiedzę o warunkach oferty Konsorcjum JB, ale w niczym to nie umniejsza stopnia zawinienia po stronie Konsorcjum JB w przemilczaniu oraz dostarczaniu Zamawiającemu informacji niepełnych, co zapobiegło wykluczeniu Konsorcjum JB z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty.

W tych okolicznościach zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest zasadny.

W toku postępowania odwoławczego KIO 1332/18 Konsorcjum JB przyznało, że zaoferowany samolot jeszcze nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale zostanie do nich dostosowany (Zamawiający nie wymagał już gotowego produktu). Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał, aby:

- instrukcja użytkowania w locie, instrukcje obsługi technicznej, instrukcje obsługi na części i podzespoły, instrukcje części i podzespołów podlegających obsłudgom bieżącym i okresowym zostały dostarczone Zamawiającemu na trzy miesiące przed planowaną datą dostawy samolotów z wyposażeniem dodatkowym (załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, rozdział II wymagania techniczne (dla każdego samolotu), punkt 1 podpunkt 6 punkt c,
- dostawa samolotu powinna być ukończona najpóźniej do 1 października 2020 r. i nie wcześniej niż 1 lutego 2018 r. (rozdział VI punkt 1),
- czas lotu (łącznie czas pracy) silników i śmigieł nie może przekraczać 50 godzin na silnik i 50 godzin na każde śmigło (z wyłączeniem operacji na ziemi), od rozpoczęcia produkcji, do pierwszego dostarczenia Zamawiającemu w celu przetestowania. Podobnie, łączny czas lotu każdego płatowca nie powinien przekraczać 50 godzin/płatowiec, od początku produkcji do pierwszej dostawy do Zamawiającego, w celu przetestowania (odpowiedź na pytanie 55. wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia),

- 50 godzin lotu ogółem miało wystarczyć do przeprowadzenia wszystkich wymaganych lotów testowych i lotów wymaganych w celu zmiany bazy samolotu (odpowiedź na pytanie 50. wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia),
- certyfikacja do lotów w przewidywanych i istniejących warunkach oblodzenia (loty w znanych warunkach oblodzenia) dotyczyła każdego samolotu z zainstalowanym wyposażeniem dodatkowym (odpowiedź na pytanie 51. wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia),
- wymagane były samoloty nowe, wyprodukowane nie wcześniej niż w roku 2018, ale wymieniony w tym wymaganiu rok określa czas, w którym samoloty zostały ostatecznie zmontowane przez producenta, w ich „wersji podstawowej”, tzn. przed montażem i wbudowaniem wyposażenia dodatkowego, wymienionego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Silniki i śmigła winny być nowe, wyprodukowane nie wcześniej niż w roku 2015. Wymaganie to dotyczyło roku, w którym każda z części silnika i śmigła została wbudowana w kadłub, tworząc integralną całość,
- w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, rozdział II wymagania techniczne (dla każdego samolotu) punkt 1. podpunkt 5. tiret 8., określono, że maksymalny czas lotu samolotu powinien być nie krótszy niż (minimum) 5 godzin 30 minut lotu (z prędkością ekonomiczną w zamówionej konfiguracji) + 30 minut rezerwy (przy minimalnym udźwigu wynoszącym 950 kg), przy całkowitym czasie lotu wynoszącym przynajmniej 6 godzin,
- w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, rozdział II wymagania techniczne (dla każdego samolotu), punkt 1. podpunkt 3. tiret 9. określono, że samolot powinien posiadać certyfikowany system oddechowy dla przynajmniej (minimum) 5 osób (w tym 2 pilotów, 2 operatorów pulpitu i 1 technika pokładowego) umożliwiający przeprowadzenie lotu na wysokości przekraczającej 11.000 stóp, w czasie przynajmniej 3 godzin (w przypadku samolotu niewyposażonego w kabinę ciśnieniową),
- w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, rozdział II wymagania techniczne (dla każdego samolotu), punkt 1. podpunkt 5. tiret 5., określono, że pułap użyteczny samolotu powinien wynosić przynajmniej (minimum) 20.000 stóp,
- w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, rozdział II wymagania techniczne (dla każdego samolotu), punkt 1. podpunkt 4. tiret 16. określono, że samolot (awionika) powinien być wyposażony w liczniki godzin pracy silnika.

Uzyskanie rozszerzenia Certyfikatu Typu EASA lub FAA dla modyfikacji (w szczególności tych o kluczowym znaczeniu) dotyczących komponentów krytycznych dla bezpieczeństwa

i parametrów eksploatacji, takich jak silniki, konstrukcja skrzydeł, awionika jest czasochłonne z uwagi na konieczność odbycia wymaganych testów na ziemi i w powietrzu.

Z uwagi na ograniczenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia liczby godzin lotu do 50, dotyczące płatowca, silnika i śmigieł, loty testowe wymagane dla certyfikacji w przypadku istotnej modyfikacji powinny być przeprowadzone przynajmniej z użyciem innego egzemplarza samolotu niż zaoferowany, pochodzącego z tej samej serii produkcyjnej; niedozwolona jest sytuacja, w której oba samoloty zostałyby dostarczone Zamawiającemu. Z przepisów wynika, że samolot wykorzystywany dla celów certyfikacji (może to być także prototyp lub egzemplarz pokazowy) musi zostać zarejestrowany przez Władze Lotnictwa Cywilnego pod nadzorem EASA oraz musi posiadać pozwolenie na loty wymagane w związku z przyznaniem Dodatkowego Certyfikatu Typu (STC – Supplementary Type Certificate) lub rozszerzenia Certyfikatu Typu (TC – Type Certificate) obejmującego takie modyfikacje.

Gdyby Konsorcjum JB zaoferowało samolot L410, co do typu którego trwałyby zaawansowane działania, umożliwiając terminowe dostarczenie dokumentacji, o której mowa w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, rozdział II wymagania techniczne (dla każdego samolotu), punkt 1. podpunkt 6. lit. c oraz terminowe dostarczenie samolotów wraz z wyposażeniem dodatkowym, to samolot taki powinien być już zarejestrowany w EASA z nadanym numerem aplikacji i datą STC. Według stanu na dzień wnoszenia odwołania taki samolot nie został zarejestrowany.

Zgodnie z Certyfikatem Typu EASA (Nr EASA.A.026 dla L410, wydanie 26. z 22 sierpnia 2018 r.) oraz wykazem zaaprobowanego wyposażenia przedstawionym w dokumencie Do-L410-3200.0; żaden z wariantów L410 (L410 420/L410 UVP-E20/L410NG) nie posiada wskaźnika godzin pracy silnika. Fakt ten został przyznany przez Konsorcjum JB w toku sprawy KIO 1332/18.

Zgodnie z regulacjami EASA i FAA wszelkie modyfikacje dotyczące elementów/systemów krytycznych dla bezpieczeństwa, takich jak silnik, awionika, powierzchnie kontrolne itp. klasyfikowane są jako „istotne zmiany”, tzn. zmiany mające bezpośredni wpływ na osiągi samolotu i jego zdatność do lotu. Może się wydawać, iż zamontowanie wskaźnika godzin pracy silnika jest kwestia bagatelna i przypomina zamontowanie licznika w samochodzie, ale w lotnictwie jest to kwestia o zupełnie innej wadze z uwagi na względy bezpieczeństwa związane z niezawodnością silnika oraz wykluczeniem ryzyka katastrofy wskutek nawet „bagatelnych” przeoczeń. Wbudowanie wskaźnika godzin pracy silnika może być zrealizowane przez zainstalowanie pewnych sensorów w silniku, oraz/lub w systemach pomocniczych silnika (paliwo, olej).

Z uwagi na znaczenie silnika dla bezpieczeństwa lotu każda modyfikacja samego silnika wymaga przeprowadzenia w pewnym zakresie ponownej certyfikacji samego silnika lub zastąpienia go silnikiem innego typu. Z tego powodu, jeżeli operacja taka nie ma być przeprowadzona, konieczne jest zainstalowanie nowych sensorów i przyrządów. Wymaga to wykonania pewnych czynności z zakresu projektowania technicznego, takich jak poprowadzenie nowych tras, wywiercenie nowych otworów w ścianie ogniochronnej, która następnie musi być uszczelniona itp. W każdym przypadku niezbędne jest także przeprowadzenie testów certyfikacyjnych, takich jak test bezpieczeństwa lotu, EMI, funkcji, oraz HMI itp. Wymaga to również aktywnego zaangażowania EASA lub FAA w czynności techniczne, których przeprowadzenie jest czasochłonne.

Zgodnie z Certyfikatem Typu EASA (Nr EASA.A.026 dla L410, wydanie 26. z 22 sierpnia 2018 r.) punkt 10. akapitu E III. „Charakterystyki techniczne i ograniczenia eksploatacyjne” platforma L410 UVP E-20 charakteryzuje się maksymalnym pułapem użytecznym wynoszącym 14.000 stóp (4200 m), co oznacza, że ten wariant L410 nie spełnia wymagania przetargu. Dla zapewnienia jego zgodności wymagane jest wprowadzenie istotnych zmian, takich jak ulepszenie/zmiana silnika, konstrukcji skrzydeł i instalacji podawania tlenu.

Żaden z wariantów/typów L410 nie posiada również kabiny ciśnieniowej. Wydajność przenośnej instalacji dostarczania tlenu wymaga osobnego potwierdzenia, czy jest ona odpowiednia do spełnienia wymogu lotu na pułapie ponad 11.000 stóp, trwającego przynajmniej 3 godziny. Dodatkowo wymaga ona ulepszenia dla zapewnienia lotów na dużych wysokościach, z uwzględnieniem wymogu 6-godzinnego lotu, który prawdopodobnie możliwy jest tylko na dużych wysokościach.

Ponadto, zgodnie z informacjami dostępnymi na stronie internetowej producenta oraz w instrukcji użytkownika w locie L410 UVP E-20, maksymalny czas lotu samolotu w podstawowej „czystej” konfiguracji wynosi 5,1 godzin. Z tego powodu samolot tego typu nie jest w stanie spełnić wymogu 6-godzinnego maksymalnego czasu lotu bez wprowadzenia istotnych i kluczowych modyfikacji.

Dodatkowo, w żadnym samolocie L410 nie istnieje obecnie żaden STC z instalacją radaru i systemu EO. Oznacza to, że Konsorcjum JB nie może nabyć samolotu „legitymującego się” istniejącym STC i zmuszony jest opracować go od podstaw.

Ani JB Investments Sp. z o.o., ani Aero Club Sp. z o. o., ani też Optimare Systems GmbH nie są producentem samolotu, ani nie posiadają certyfikatu PART 21 organizacji projektującej. Na znaczenie tego certyfikatu PART 21 wskazuje pismo Konsorcjum GB z 24 września 2018 r. Dlatego też Konsorcjum JB oraz jego podwykonawca nie są uprawnione do wprowadzania modyfikacji lub integracji w samolocie oraz nie mogą uzyskać odpowiednich aprobat STC od EASA. Optimare Systems GmbH mogłoby zapewne skorzystać z pomocy spółki matki – Aerodata AG, która posiada ten certyfikat, ale byłby to

jedynie dodatkowy argument potwierdzający zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu oraz pozorność twierdzeń Konsorcjum JB w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym uzasadniony jest zarzut, że Konsorcjum JB złożyło ofertę niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie terminowego obowiązku dostarczenia dokumentacji, o której mowa w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, rozdział II wymagania techniczne (dla każdego samolotu), punkt 1. podpunkt 6. lit. c. Uzasadniony jest również zarzut, że Konsorcjum JB złożyło ofertę niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie terminu dostawy samolotów, której mowa w rozdziale VI pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tych okolicznościach oferta Konsorcjum JB powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 3 i ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niezależnie od powyższego przedmiotem oferty Konsorcjum JB jest świadczenie niemożliwe, gdyż obejmuje samolot L410, który wymaga takiego dostosowania do wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym uzyskania certyfikatów EASA lub równoważnych, że nie jest możliwe dotrzymanie terminu dostarczenia dokumentacji, o którym mowa w rozdziale II pkt 1. ppkt 6 lit. c załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani nie jest możliwe zrealizowanie dostawy najpóźniej do 1 października 2020 r. Oznacza to, że oferta Konsorcjum JB powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku art. 387 § 1 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na wypadek nieuznania powyższych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający, z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zaniechał wezwania Konsorcjum JB do wyjaśnień w zakresie legitymowania się uprawnieniami, w tym certyfikatem EASA PART 21 organizacji projektowej i produkującej, a tym w zakresie wyjaśnienia zdolności w zakresie terminowego uzyskania certyfikatów EASA lub równoważnych oraz dochowania terminu dostawy, o którym mowa w rozdziale VI pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Co do Konsorcjum GB Odwołujący wskazał, że uczestnicy Konsorcjum GB oraz Konsorcjum JB zawarli porozumienie naruszające konkurencję, przejawiające się m in. w tym, iż spółka w 100% zależna do uczestnika Konsorcjum GB stanowiła głównego i jedyne podwykonawcę Konsorcjum JB w zakresie warunku udziału w postępowaniu (koncesja na obrót reglamentowany) i w tym zakresie doszło do niedopuszczalnych uzgodnień, wymiany

danych oraz przygotowywania ofert z udziałem tych samych osób fizycznych, a następnie Konsorcjum JB podjęło próbę wycofania swojej oferty, która zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Na tym mogło skorzystać Konsorcjum GB, gdyż to jego oferta mogła zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Pomiędzy Konsorcjum JB a Konsorcjum GB istniały powiązania polegające na tym, że:

- spółka Optimare Systems GmbH miała być kluczowym podwykonawcą Konsorcjum JB, bowiem miała realizować część zamówienia w zakresie dostawy radaru oraz systemu obserwacji,
- spółka Optimare Systems GmbH była spółką w 100% zależną od spółki Aerodata AG, a spółka Aerodata AG była uczestnikiem Konsorcjum GB,
- spółka Aerodata AG oraz spółka Optimare Systems GmbH były reprezentowane przez tę samą osobę, pana S., obie spółki należały do tej samej grupy kapitałowej i były zarządzane przez tę samą osobę,
- pan B. był jednocześnie uprawnionym do samodzielnej reprezentacji spółki Aero Club Sp. z o.o. oraz spółki JB Investments Sp. z o.o.,
- jakiegokolwiek ustalenia, uzgodnienia lub wymiana danych między reprezentantami Konsorcjum JB i Optimare Systems GmbH były jednocześnie ustaleniami, uzgodnieniami oraz wymianą danych z reprezentantem Aerodata AG, czyli z Konsorcjum GB.

O zawarciu porozumienia naruszającego konkurencję zarówno między wykonawcami w postępowaniu, jak i na rynku właściwym świadczą: po pierwsze, istnienie po stronie Konsorcjum GB znajomości warunków oferty Konsorcjum JB w stopniu szerszym i głębszym niż dałby się wytłumaczyć analizą treści oferty Konsorcjum JB, którą złożyło w postępowaniu. W piśmie z 24 września 2018 r. Konsorcjum GB wykazało się wiedzą m.in. o aspektach finansowania, a także o tym, rozwiązanie Optimare Systems GmbH zaoferowane Konsorcjum JB zawiera wymienione w tym piśmie elementy, takie jak konkretne modele radaru, systemu obserwacji lotniczej, systemu automatycznej identyfikacji jednostek nawodnych, elementów komunikacji radiowej, telefonów satelitarnych, systemów zarządzania misją, dostarczenie dokumentów kontroli interfejsu, przeprowadzenie szkolenia, zapewnienie gwarancji. Po drugie, dowodzi tego próba wycofania się Konsorcjum JB z postępowania, na której mogłoby skorzystać Konsorcjum GB. Trzecią okolicznością potwierdzającą zawarcie porozumienia naruszającego konkurencję jest tożsamość osób reprezentujących poszczególne spółki, a także tożsamość osób pracujących przy kluczowych elementach ofert. W piśmie z 24 września 2018 r. Konsorcjum GB stwierdziło bowiem, że nawet jeśli doszłoby do zмовy pomiędzy Aerodata AG i Optimare Systems GmbH z powodu w dużej mierze takich samych zasobów pracujących nad ofertami, jak też tego samego zarządu dla obydwu spółek w osobie pana S., nie miałyby to wpływu na ostateczne oferty przedstawione przez konkurencyjne konsorcja.

Z wyjaśnień z 24 września 2018 r. wynika przede wszystkim obraz relacji na linii uczestnik konsorcjum – Konsorcjum JB, ale wyjaśnienia te zostały złożone przez lidera konsorcjum, który uznał stanowisko Aerodata AG za swoje własne stanowisko, a ponadto byłby bezpośrednim beneficjentem uzyskania zamówienia.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał:

- instrukcja użytkowania w locie, instrukcje obsługi technicznej, instrukcje obsługi na części i podzespoły, instrukcje części i podzespołów podlegającym obsłudgom bieżącym i okresowym mają być dostarczone Zamawiającemu na trzy miesiące przed planowaną datą dostawy samolotów z wyposażeniem dodatkowym (załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, rozdział II wymagania techniczne (dla każdego samolotu) punkt 1. podpunkt 6. punkt c,
- dostawa samolotu powinna być ukończona najpóźniej do 1 października 2020 r. i nie wcześniej niż 1 lutego 2018 r. (rozdział VI punkt 1.),
- czas lotu (łącznie czas pracy) silników i śmigieł nie może przekraczać 50 godzin na silnik i 50 godzin na każde śmigło (z wyłączeniem operacji na ziemi), od rozpoczęcia produkcji, do pierwszego dostarczenia Zamawiającemu w celu przetestowania. Podobnie, łączny czas lotu każdego płatowca nie powinien przekraczać 50 godzin/płatowiec, od początku produkcji, do pierwszej dostawy do Zamawiającego, w celu przetestowania (odpowiedź na pytanie 55.),
- 50 godzin lotu ogółem miało wystarczyć do przeprowadzenia wszystkich wymaganych lotów testowych i lotów wymaganych w celu zmiany bazy samolotu (odpowiedź na pytanie 50.),
- certyfikacja do lotów w przewidywanych i istniejących warunkach oblodzenia (loty w znanych warunkach oblodzenia) dotyczy każdego samolotu z zainstalowanym wyposażeniem dodatkowym (odpowiedź na pytanie 51.),
- wymagane są samoloty nowe, wyprodukowane nie wcześniej niż w roku 2018. Wymieniony w tym wymaganiu rok określa czas, w którym samoloty zostały ostatecznie zmontowane przez producenta, w ich „wersji podstawowej”, tzn. przed montażem i wbudowaniem wyposażenia dodatkowego, wymienionego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Silniki i śmigła winny być nowe, wyprodukowane nie wcześniej niż w roku 2015. Wymaganie to dotyczy roku, w którym każda z części silnika i śmigła została wbudowana w kadłub, tworząc integralną całość. Części składowe każdego płatowca powinny być nowe, wyprodukowane nie wcześniej niż w roku 2015,
- w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, rozdział II wymagania techniczne (dla każdego samolotu), punkt 1. podpunkt 5. tiret 8. określono, że maksymalny czas lotu samolotu powinien być nie krótszy niż (minimum) 5 godzin 30 minut lotu (z prędkością ekonomiczną w zamówionej konfiguracji)

+ 30 minut rezerwy (przy minimalnym udźwigu wynoszącym 950 kg), przy całkowitym czasie lotu wynoszącym przynajmniej 6 godzin,

- w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, rozdział II wymagania techniczne (dla każdego samolotu), punkt 1. podpunkt 3. tiret 9. określono, że samolot powinien posiadać certyfikowany system oddechowy dla przynajmniej 5 osób, umożliwiający przeprowadzenie lotu na wysokości przekraczającej 11.000 stóp, w czasie przynajmniej 3 godzin (w przypadku samolotu niewyposażonego w kabinę ciśnieniową),
- w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, rozdział II wymagania techniczne (dla każdego samolotu), punkt 1. podpunkt 5. tiret 5. określono, że pułap użyteczny samolotu powinien wynosić przynajmniej 20.000 stóp,
- w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, rozdział II wymagania techniczne (dla każdego samolotu), punkt 1. podpunkt 4. tiret 16. określono, że samolot (awionika) powinien być wyposażony w liczniki godzin pracy silnika.

Zaoferowana przez Konsorcjum GB wersja podstawowa King Air 250 nie spełnia wymagań MTWO i maksymalnego czasu lotu. Jeżeli Konsorcjum GB nawiązuje do już istniejącego 140001b MTOW STC (10060862) dla samolotu King Air 250, to jest ono ograniczone i dotyczy tylko serii BY-249 samolotu B200GT. Zgodnie z wykazem serii Beechcraft rokiem produkcji/sprzedazy serii BY-249 jest rok 2015. Ponieważ zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia samolot powinien być nowy, wyprodukowany nie wcześniej niż w roku 2018, ten STC nie nadaje się do wykorzystania w niniejszym zamówieniu. Natomiast gdyby Konsorcjum GB planowało ubiegać się o STC dla zwiększenia 140001b MTOW w samolocie King Air 250, to musiałoby odnosić się do nowej serii samolotów B200GT (King Air 250) produkowanych po roku 2018. Jednakże wprowadzenie modyfikacji polegających na dostosowaniu samolotu takiego jak zaoferowany do wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest skomplikowane technicznie, czasochłonne oraz wymaga głębokiej rewizji / ponownej weryfikacji przez EASA, co wiąże się z odbyciem dodatkowych lotów w ramach testów weryfikacyjnych (zwiększenie godzin lotu), co niewątpliwie spowoduje dodatkowe przekroczenie wymaganego limitu 50 godzin lotu.

W rezultacie uzasadniony jest zarzut, że Konsorcjum GB złożyło ofertę niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie obowiązku terminowego dostarczenia dokumentacji, o której mowa w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, rozdział II wymagania techniczne (dla każdego samolotu) punkt 1. podpunkt 6. lit. c. Uzasadniony jest również zarzut, że Konsorcjum GB złożyło ofertę niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków

zamówienia w zakresie terminu dostawy samolotów, o której mowa w rozdziale VI pkt 1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tych okolicznościach oferta Konsorcjum GB powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 3 i ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niezależnie od powyższego przedmiotem oferty Konsorcjum GB jest świadczenie niemożliwe, gdyż obejmuje samolot KA-250, który wymaga takiego dostosowania do wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym uzyskania certyfikatów EASA lub równoważnych, że nie jest możliwe dotrzymanie terminu dostarczenia dokumentacji, o którym mowa w rozdziale II pkt 1 ppkt 6 lit. c załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani nie jest możliwe zrealizowanie dostawy najpóźniej do 1 października 2020 r. Oznacza to, że oferta Konsorcjum GB powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający podtrzymał swoje wcześniejsze stanowisko oraz wniósł o:

1. Oddalenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polegającego na zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum JB z powodu rzekomego niespełnienia przez konsorcjanta Aero Club Sp. z o.o. wymogu określonego w rozdziale VII pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nieprzedłożenia dokumentu koncesji na obrót wyrobami i technologiami o przeznaczeniu wojskowym.

Zgodnie z rozdziałem VII pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia o udzielenie zamówienia może się ubiegać wykonawca, który spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej w zakresie dostawy systemu obserwacji lotniczej i radaru poszukiwawczego 360°. Zamawiający wskazał, że uzna, że wykonawca posiada wymagane przepisami prawa uprawnienia do prowadzenia działalności zawodowej jeżeli wykonawca z terytorium RP (w przedmiotowej sprawie z takim mamy do czynienia) wykaże, że posiada uprawnienia, o których mowa w ustawie z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym i przepisach wykonawczych wydanych na jej podstawie, w zakresie określonym w pozycji WT VIII ust. 1, ust. 2, ust. 4 pkt 1, 2, 4, 7 i 9 załącznika nr 2 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 roku w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie i obrót jest wymagana koncesja.

Wymagana koncesja miała umożliwiać dostawę dwóch samolotów wielosilnikowych – turbinowych do wykonywania zadań nad obszarami morskimi. Musiała zatem dotyczyć prowadzenia działalności dotyczącej „obrotu” wyrobami i technologią.

Zamawiający w żadnym punkcie specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani w odpowiedziach na zadawane pytania nie przesądził o zakazie zatrudnienia podwykonawców w zakresie zabudowy systemu, radaru oraz dostosowania płatowca do montażu składników wyposażenia dodatkowego. Tym samym planowane wykorzystanie do wykonania tych czynności podwykonawcy jest dopuszczalne i w okolicznościach niniejszej sprawy zasadne.

Konsorcjum JB, w skład którego wchodzi wykonawca krajowy Aero Club Sp. z o.o. przedłożyło dla potwierdzenia oświadczenia złożonego w dokumencie JEDZ dokument koncesji nr B-040/2013 wraz z decyzją nr 2 z 10 czerwca 2014 r. Tym samym Konsorcjum JB spełniło wymóg określony w rozdziale VII punkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z przedstawionych dokumentów koncesyjnych wynika uprawnienie Aero Club Sp. z o.o. do prowadzenia działalności w zakresie obrotu wyrobami i technologiami określonymi w załączniku nr 2 do rozporządzenia od WT II do WT XIII ust. 1 i 2. Tym samym zakres koncesji obejmuje wymagany przez Zamawiającego obrót w zakresie pozycji WT VIII. Z tego powodu Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby żądać jakiegokolwiek dodatkowego wyjaśnienia czy przedłożenia innych dokumentów.

Nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego o sprzeczności złożonych przez JB oświadczeń. Powoływane pismo z 18 września 2018 r. stwierdza jedynie, że podwykonawca – firma Optimare Systems GmbH będzie dokonywać: „zabudowy systemu, radaru oraz dostosowania płatowca do montażu składników wyposażenia dodatkowego”. Powoływany w piśmie z 28 września 2018 r. zakres czynności Optimare Systems GmbH, mający dotyczyć zakupu radarów poszukiwawczych, czy zakupu systemów obserwacji lotniczej nie stoi w sprzeczności z faktem, że na obrót tymi wyrobami koncesję posiada konsorcjant Aero Club sp. z o.o.

2. Oddalenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ze względu na rzekome zawarcie porozumienia naruszającego konkurencję.

Odwołujący podnosi, że Konsorcjum JB powinno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, jeśli wraz z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Zarzut ten powinien być odrzucony, względnie pominięty, z uwagi na fakt jego sformułowania po upływie terminu przewidzianego w art. 182 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący miał możliwość postawienia powyższego zarzutu w terminie 10 dni licząc od zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, które Zamawiający zamieścił na stronie internetowej 26 czerwca 2018 r. i tego samego dnia przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu. Po wyborze oferty najkorzystniejszej, zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, załączniki do protokołu postępowania zawierające oferty są jawne i jako takie były dostępne Odwołującemu. W ofercie Konsorcjum JB wskazało jako podwykonawcę firmę Optimare Systems GmbH. Nie jest tajemnicą, że firma ta należy do grupy kapitałowej Aerodata Systems, członkiem której jest jeden z konsorcjantów Konsorcjum GB. Informacje te są powszechnie dostępne i jako takie mogły być powołane w stosownym terminie. Odwołujący zaniechał wniesienia odwołania z powodu ewentualnej zmowy wykonawców w wymaganym przez ustawę terminie, pomimo że od pierwotnego rozstrzygnięcia postępowania nie jest to okoliczność nowa, co mogłoby uzasadniać argumentację o zachowaniu terminu na wniesienie odwołania od nowych zdarzeń. W obecnej chwili Odwołujący podnosi zarzut spóźniony i na dodatek poparty jedynie spekulacjami. Sam fakt, że być może dopiero aktualnie Odwołujący powziął taką informację, nie uzasadnia przywrócenia terminu na wniesienie odwołania w tym zakresie.

Jak wskazuje TSUE „aby ocenić to, czy dana forma współpracy między przedsiębiorstwami jest ze swej istoty szkodliwa dla normalnego funkcjonowania gry rynkowej, zgodnie z orzecznictwem przypomnianym w pkt 53 niniejszego wyroku, należy uwzględnić przy tej ocenie wszystkie mające znaczenie czynniki, biorąc przy tym w szczególności pod uwagę istotę rozpatrywanych usług oraz rzeczywiste warunki funkcjonowania rynków, a także ich strukturę, umieszczając wszystkie te czynniki w kontekście gospodarczym czy też prawnym, w który wpisuje się ta forma współpracy; nie ma przy tym znaczenia to, czy dany czynnik dotyczy rynku właściwego.” Natomiast w niniejszej sprawie Zamawiający, na gruncie normy art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy, który zawarł porozumienie mające na celu lub skutkujące zakłóceniem konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale tylko w wypadku, jeżeli jest on w stanie wykazać tę okoliczność za pomocą stosownych środków dowodowych. Wyłącznie zatem w takich okolicznościach można by w postępowaniu czynić Zamawiającemu zarzut naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający tymczasem nie dysponuje tutaj, i nie może dysponować, żadnymi dowodami. Sam fakt, że podwykonawca jednego z konsorcjantów należy do grupy kapitałowej, do której również należy członek drugiego z konsorcjantów nie może stanowić takiego dowodu. Również fakt, że prezesem spółki podwykonawczej jest ta sama osoba, która jest prezesem spółki wchodzącej w skład konkurencyjnego konsorcjum, takiego dowodu nie tworzy.

Dlatego Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami prawa, a zarzuty odwołania są bezzasadne.

Orzekanie przez Izbę w zakresie zarzutu dotyczącego oceny zachowania członków konsorcjów w związku z ich udziałem w postępowaniu może mieć miejsce jedynie w sytuacji, w której Odwołujący przedstawiłby dowody jednoznacznie wykazujące, że oba konsorcja zawarły antykonkurencyjne porozumienie.

W orzecznictwie podnosi się, że „podstawa faktyczna domniemania zмовы przetargowej musi uprawniać do wniosku, że wykonawcy pozostawali w nielegalnym porozumieniu, a wniosek ten musi być zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Jednocześnie podkreśla się, że nie jest wystarczające wykazanie, że wniosek o zaistnieniu zмовы jest tylko jednym z możliwych wniosków wyprowadzonych z udowodnionych okoliczności. Powyższe stanowisko oznacza w istocie, że przedstawione dowody poszlakowe muszą stanowić pewien zbiór faktów, z których łącznie można wyprowadzić jeden tylko wniosek – o zмовie przetargowej, zaś inne wnioski, inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów muszą zostać odrzucone, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Zmowa przetargowa jest jednym z najostrejszych przejawów nieuczciwej konkurencji i o ile nie sposób wymagać od wykonawcy dowodów bezpośrednich na fakt zaistnienia zмовы, to jednak dowody poszlakowe muszą być na tyle silne, by dawały podstawę tylko do tego jednego wniosku.

Zawarcie porozumienia antykonkurencyjnego rozpatrywane jest w kontekście celu i skutku, jaki wywołuje na rynku właściwym. Tymczasem udział w niniejszym przetargu Konsorcjum JB i Konsorcjum GB nie wpłynął na ograniczenie konkurencji pomiędzy wykonawcami. W przetargu wzięło udział 7 wykonawców. Oba konsorcja oferują różne samoloty mające różne premiiowane przez Zamawiającego w kryteriach rozwiązania: Konsorcjum JB oferuje samolot marki LET Aircraft Industries typu L410, a Konsorcjum GB samolot marki Textron Aviation Beechcraft KA 250. Z tej różnicy platform samolotowych wynika różnica w zaoferowanych cenach ofertowych. Zaoferowane na obu samolotach wyposażenie dodatkowe bazuje na takich samych rozwiązaniach. Firma Bromma Air zaoferowała samolot Beechcraft KA 250 EP z prawie identycznym rozwiązaniem w zakresie wyposażenia dodatkowego, jak oba kwestionowane konsorcja. Elementy tego wyposażenia, takie jak system obserwacji lotniczej, występują również w ofercie Ceska leteska servisni as. Z kolei firma Aerocare Aviation Servieces oferuje identyczny samolot jak firma Bromma Air z elementami wyposażenia dodatkowego identycznymi jak w ofertach Konsorcjum JB, Konsorcjum GB, Bromma Air czy Ceska leteska servisni as. W ofercie Konsorcjum Parasnake występuje identyczny, jak w pozostałych ofertach, system obserwacji lotniczej. Spośród złożonych 7 ofert, pierwotnie Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum Parasnake. Na tym etapie Zamawiający nie uznał za najkorzystniejszą ani oferty Konsorcjum

JB, ani Konsorcjum GB. Na tę czynność nie złożyło odwołań żadne z konsorcjów posądzanych obecnie o zмовę przetargową. Gdyby istotnie konsorcjanci ci zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, z pewnością składaliby odwołania od decyzji Zamawiającego, próbując uzyskać zamówienie.

Przystępując do wykonania wyroku z 22 sierpnia 2018 r. Zamawiający zwrócił się pismem z 31 sierpnia 2018 r. m.in. do Konsorcjum JB, powołując się na art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni. Zamawiający jednocześnie wskazał w treści wezwania, że w przypadku wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, zwraca się o wniesienie wadium. 4 września 2018 r. Konsorcjum JB wyraziło zgodę na bezwarunkowe przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni i zobowiązało się do wniesienia wadium w terminie do 7 września 2018 r. Oświadczenie powyższe zostało złożone w dopuszczonyj w postępowaniu dla komunikacji, tj. oświadczenia drogą telefaksową. 6 września 2018 r. Zamawiający otrzymał informację o zaksięgowaniu operacji przelewu środków z konta JB Investments Sp. z o.o. tytułem wniesienia wadium w kwocie 1.000.000 zł, a następnego dnia powyższa kwota została zaksięgowana na rachunku Zamawiającego. 6 września 2018 r. Konsorcjum JB przekazało dodatkowo pismo o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą także w formie pisemnej. Co prawda 7 września 2018 r. przesłało pismo wyrażające rezygnację z uczestnictwa w postępowaniu, jednakże jeszcze tego samego dnia odwołało tę rezygnację, potwierdzając przedłużenie terminu związania ofertą o wymagane 60 dni. W treści tego pisma, jako dodatkowy argument za potwierdzeniem przedłużonego wcześniej terminu związania ofertą, podało możliwą utratę wadium. Dodatkowo pismem z 13 września 2018 r. potwierdziło ponownie treść oświadczenia z 6 września 2018 r. w zakresie zgody na przedłużenie związania ofertą.

Odwołujący w próbie wycofania złożonego oświadczenia o przedłużeniu związania ofertą upatruje czynu nieuczciwej konkurencji i zмовy przetargowej, co jest nieuzasadnione.

Co do wpływu oferty firmy Optimare Systems GmbH na warunki oferty Konsorcjum JB – zarzut w tym zakresie również nie zasługuje na uwzględnienie. Formalnie brak jest przesłanki do wykluczenia wykonawców znajdujących się w sytuacji takiej, jak oba konsorcja, w związku z faktem, że nie mamy do czynienia z niedozwolonym przypadkiem powiązań pomiędzy wykonawcami. Rozstrzygającym zatem jest zbadanie i ocena konkretnych okoliczności, w których działały oba konsorcja.

Podwykonawca Optimare Systems GmbH odpowiada w ofercie Konsorcjum JB jedynie za dostawę części wyposażenia specjalnego samolotu i nie ma wpływu ani wiedzy o cenie końcowej oferty, platformy powietrznej (samolotu) jaka będzie zaoferowana, a dodatkowo nie ma informacji o cenie zakupu i marży wykonawcy ani innych warunkach składanej przez Konsorcjum JB oferty. Zawarcie wstępnego porozumienia podwykonawczego z firmą

Optimare Systems GmbH nie doprowadziło do wyeliminowania czy ograniczenia konkurencji, również ze względu na to, że podwykonawca występuje jako dostawca systemu zarządzania misją i czujników do samolotu L410, podczas gdy Konsorcjum GB oferuje rozwiązanie oparte o platformę samolotu King Air B200 GT w połączeniu z systemem zarządzania misją AeroMission i czujnikami optycznymi i elektronicznego nadzoru firmy Aerodata. Tym samym obie firmy oferują w ramach różnych konsorcjów inne rozwiązania, co nie może pozwolić im na jakąkolwiek potencjalną znowę w zakresie warunków ofertowych.

Za jedyny dowód na rzekomą znowę służy Odwołującemu fakt wskazania w piśmie Konsorcjum GB z 28 września 2018 r. zakresu usług oferowanych przez Optimare Systems GmbH na rzecz Konsorcjum JB. Ocena treści tego pisma musi nastąpić z uwzględnieniem okoliczności, w jakich zostało złożone. Było to trzecie z kolei pismo wyjaśniające, składane w odpowiedzi na kolejne wezwania, w których Zamawiający domagał się wskazania wszystkich okoliczności towarzyszących złożeniu ofert. Konsorcjum GB zostało zmuszone przez Zamawiającego do ustalenia zakresu i treści oferty podwykonawczej celem oceny jej wpływu na ewentualne zakłócenie konkurencji.

Fakt reprezentowania spółki Optimare Systems GmbH oraz Aerodata AG przez tę samą osobę nie dowodzi niczego, bowiem osoba ta co najwyżej teoretycznie mogłaby mieć informację o części ceny oferty składanej przez Konsorcjum JB. W praktyce jednak osoba ta nie może wiedzieć, czy cena zaoferowana przez nią jako podwykonawcę nie zostanie powiększona w tej części o marżę i jak wysoka może być taka marża. Poza tym, jako podwykonawca, nie jest dopuszczona do budowy całej oferty i nie ma żadnych informacji o strukturze oferty, poza tymi, które sama przekazuje. Znajomość treści oferty podwykonawczej w okolicznościach sprawy, gdy potencjalna cena tej oferty stanowi jedynie niewielką część globalnej ceny oferty i nie wpływa w żaden sposób na przyznanie punktów w kryteriach oceny ofert, nie może być postrzegana nawet pośrednio jako uzgodnienie warunków ofert.

Konsorcja JB oraz GB złożyły oświadczenia, że nie doszło między nimi do jakiegokolwiek znowy, co potwierdza prawidłowość złożonych ofert.

Dodatkowo oferta Konsorcjum JB jest ofertą droższą niż oferta Konsorcjum GB o ponad 1,2 mln złotych, choć korzystniejszą w rankingu ofert z uwagi na pozostałe kryteria oceny ofert.

3. Odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 3 i ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polegającego na rzekomej niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, względnie pominięcie zarzutu przy orzekaniu, ewentualnie o oddalenie odwołania.

Zgodnie z rozdziałem XVI specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis kryteriów z podaniem ich znaczenia i sposobu oceny ofert” ust. 2 ppkt 3 Zamawiający miał udzielić zamówienia wykonawcy, którego oferta odpowiada wszystkim wymaganiom określonym

w ustawie i specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zostanie oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o podane kryteria oceny ofert.

Zamawiający pierwotnie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i oceny ofert 26 czerwca 2018 r., informując o tym fakcie wszystkich uczestników postępowania. W piśmie o wyborze oferty najkorzystniejszej, zamieszczonym tego samego dnia na stronie internetowej oraz przesłanym do wszystkich uczestników postępowania, zawarł streszczenie oceny i porównania złożonych ofert wraz z punktami przyznanymi poszczególnym ofertom. Odwołujący otrzymał 91,80 pkt, natomiast Konsorcjum JB otrzymało 99,33 pkt. Na czynność tę zostało złożone przez Odwołującego odwołanie, w którym Odwołujący sformułował szereg zarzutów o charakterze technicznym i formalnym. Wszystkie zarzuty techniczne zostały oddalone, uwzględniono jedynie zarzuty formalne. W konsekwencji, w wyroku z 22 sierpnia 2018 r., KIO nakazała powtórny oceny ofert w związku z uwzględnieniem zarzutów formalnych odwołania, a nie w zakresie dotyczącym niezgodności którejkolwiek z ofert z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba w całości oddaliła zarzuty Odwołującego, które zmierzały do odrzucenia kwestionowanych ofert, w tym w szczególności oferty Konsorcjum JB z powodu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W wyniku wykonania wyroku Zamawiający wykluczył Konsorcjum Parasnake oraz innych wykonawców z uwagi na nieprawidłowe wniesienie wadium oraz powtórzył ocenę ofert przydzielając na nowo punkty wykonawców z pominięciem wykonawców, których oferty zostały odrzucone.

Powyższe czynności Zamawiającego nie przywracają terminów na wniesienie odwołania w zakresie niezgodności treści oferty Konsorcjum JB ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nakazanie powtórnej oceny ofert dotyczy bowiem jedynie wykonania takich czynności, jakie są niezbędne do wykonania wyroku.

Zamawiający podkreślił tożsamość zarzutów dotyczących podstaw odrzucenia oferty Konsorcjum JB z zarzutami podnoszonymi w odwołaniu w sprawie KIO 1332/18, choć treść tej oferty nie uległa zmianie od upływu terminu składania ofert, tj. 23 kwietnia 2018 r. Zamawiający nie wyjaśniał treści tej oferty, nie poprawiał w niej jakichkolwiek omyłek, nie wzywał do złożenia ani nie uzupełniał dokumentów przedmiotowych które mogłyby mieć wpływ na istnienie podstawy do odrzucenia tej oferty. Uzasadnia to odrzucenie tych zarzutów lub pominięcie w orzekaniu z powodów, o których mowa w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ewentualnie oddalenie jako bezzasadnych.

4. Oddalenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w stosunku do Konsorcjum GB ze względu na rzekome zawarcie porozumienia naruszającego konkurencję – z argumentacją jak powyżej.

5. Odrzucenie, pominięcie przy orzekaniu, ewentualnie oddalenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 3 i ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polegającego na rzekomej niezgodności treści oferty Konsorcjum GB ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – z argumentacją jak powyżej.

Zamawiający wskazał, że biegli nie posiadają dostępu do tajemnicy handlowej firm, w tym najnowszych rozwiązań technologicznych i integracyjnych tej firmy, jak też do dokumentacji technicznej i certyfikacyjnej projektu objętego ofertą. Wobec powyższego opinia biegłego może być bardzo subiektywna i przygotowana jedynie na podstawie ogólnie dostępnych informacji oraz w żaden sposób nie będzie miarodajna. Zarzut dotyczący maksymalnej długości lotu został już skutecznie odparty przez Zamawiającego w poprzednim postępowaniu odwoławczym, w pismach procesowych i wystąpieniach z 20 i 24 lipca oraz 13 sierpnia 2018 r. W ocenie Zamawiającego wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ma na celu wyłącznie przeciąganie procedury odwoławczej, tak, aby postępowanie przetargowe zostało unieważnione ze względu na zbyt krótki okres realizacji przedmiotu zamówienia. Poza tym Odwołujący w stosunku do obu konsorcjów kwestionuje ich prawo do oceny własnych możliwości w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, z czym nic można się zgodzić.

Oferta Odwołującego nie mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza i nie podlegałaby ocenie, ponieważ Zamawiający nie posiada dodatkowych środków, które mógłby przeznaczyć na dofinansowanie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że praktycznie wszystkie zarzuty techniczne Odwołującego dotyczące Konsorcjum JB w zakresie zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia samolotów L410, ich certyfikacji oraz terminowej realizacji przedmiotu zamówienia zostały już wcześniej przedstawione przez tego samego Odwołującego podczas poprzedniego postępowania odwoławczego KIO 1332/18, w którym Izba oddaliła wszystkie zarzuty techniczne.

Zamawiający nie ma obowiązku występowania do Konsorcjum JB w kwestii wskazywania podmiotu oraz terminu wystąpienia przez ten podmiot o uzyskanie certyfikatu EASA lub równoważnego, ponieważ żaden z uczestników Konsorcjum JB ani jego podwykonawca nie musi być zatwierdzoną organizacją projektującą PART 21. Wystarczającym jest fakt, że firma LET Aircraft Industries – producent samolotów L410 – jako dostawca platform powietrznych do zabudowy wyposażenia dodatkowego jest zatwierdzoną organizacją projektującą i posiada certyfikat EASA PART 21. Odwołujący nie ma wglądu w umowę i uzgodnienia pomiędzy Konsorcjum JB i firmą LET Aircraft Industries w zakresie realizacji przedmiotu umowy, wobec czego nie ma żadnych podstaw do formułowania tego typu zarzutu.

Podobnie wszystkie zarzuty techniczne Odwołującego dotyczące Konsorcjum GB w zakresie zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia samolotów King Air 250 – 14 000

1b MTOW (EASA STC), ich certyfikacji oraz terminowej realizacji przedmiotu zamówienia zostały już wcześniej przedstawione przez tego samego Odwołującego podczas poprzedniego postępowania odwoławczego KIO 1332/18. Podczas ww. postępowania odwoławczego Zamawiający szczegółowo i z detalami odniósł się do wszystkich zarzutów technicznych odnośnie samolotów King Air 250 – 14 000 lb MTOW (EASA STC), a także terminu ich dostawy wraz z dokumentacją i skutecznie je odparł w pismach procesowych i wystąpieniach z 20 i 14 lipca oraz 13 sierpnia 2018 r. Izba oddaliła wszystkie zarzuty techniczne odnośnie oferowanych samolotów i terminów realizacji przedmiotu zamówienia przez Konsorcjum GB.

Zgodnie z rozporządzeniem Komisji (UE) nr 748/2012 z 3 sierpnia 2012 r. ustanawiającym przepisy wykonawcze dotyczące certyfikacji statków powietrznych i związanych z nimi wyrobów, części i akcesoriów w zakresie zdatności do lotu i ochrony środowiska oraz dotyczące certyfikacji organizacji projektujących i produkujących pkt 21.A.19, pkt 21.A.95 i pkt 21.A.97 zmiany do Certyfikatu Typu EASA klasyfikowane są, zatwierdzane i uznawane tylko i wyłącznie: przez Agencję (EASA) lub przez odpowiednio zatwierdzoną organizację projektującą zgodnie z procedurą uzgodnioną z Agencją (EASA). Również podczas modyfikacji samolotów L410 i podczas zmiany Certyfikatu Typu EASA tych samolotów współpracują ze sobą tylko wyżej wymienione podmioty. Ponadto określeniem zakresu modyfikacji, możliwości technicznych i produkcyjnych oraz czasu potrzebnego na proces certyfikacji, dostawy statków powietrznych i dokumentacji zajmuje się zatwierdzona organizacja projektująca w uzgodnieniu z Agencją (EASA). W tym konkretnym przypadku może to być producent samolotów L410 – firma LET Aircraft Industries.

Wobec tego biegły wyznaczony do sporządzenia opinii w tej sprawie musiałby być co najmniej inżynierem produkcji zatrudnionym w firmie LET Aircraft Industries, zajmującym się i koordynującym ten konkretny projekt, ponieważ tylko taka osoba ma bezpośredni wgląd w możliwości produkcyjne zakładu, wyposażenie linii technologicznej, projekt integracji wyposażenia dodatkowego, informacje na temat mocy przerobowych zakładu oraz projekt dokumentacji certyfikacyjnej. Praktycznie tylko taka osoba może ocenić, czy dostosowanie samolotów L410 do wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie minimalnego pułapu użytecznego, wymaganego wyposażenia w liczniki czasu pracy silników oraz pozyskania dla tak dostosowanych samolotów wymaganego Certyfikatu Typu EASA lub równoważnego jest możliwe zgodnie z procedurą odbioru opisaną w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tylko ta osoba może ocenić, czy oferta Konsorcjum JB jest realna i zgodna z obecnym stanem techniki oraz możliwości zakładów LET Aircraft Industries. Dodatkowo dochodzi cały szereg zagadnień związanych z integracją wyposażenia dodatkowego na samolotach L410, czyli rozwiązana techniczne w zakresie optoelektroniki, techniki radarowej, cyfrowej transmisji danych i systemów zarządzania misją, do których

dostęp ma tylko i wyłącznie firma Optimare Systems GmbH lub inny podwykonawca, który może być wyznaczony przez Konsorcjum JB do realizacji tego zadania. Dodatkowo Konsorcjum JB zawsze może zmienić swojego podwykonawcę w zakresie integracji wyposażenia dodatkowego na samolotach L410. Zatem sama wiedza z dziedziny lotnictwa jest niewystarczająca do sporządzenia opinii biegłego w tej sprawie.

Odnosnie zarzutu dotyczącego wymaganej maksymalnej mocy (koni mechanicznych na wale) na silnik – maksymalna moc silnika możliwego do zaoferowania przez Konsorcjum JB samolotu L 410 wynosi 811 SHP (koni mechanicznych na wale), co spełnia wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie.

Również podczas modyfikacji samolotów do uzyskania wersji King Air 250 – 14 000 lb MTOW (EASA STC) i podczas zmiany Certyfikatu Typu EASA tych samolotów współpracują ze sobą tylko ww. podmioty. Ponadto określeniem zakresu modyfikacji, możliwości technicznych i produkcyjnych oraz czasu potrzebnego na proces certyfikacji, dostawy statków powietrznych i dokumentacji zajmuje się zatwierdzona organizacja projektująca w uzgodnieniu z Agencją (EASA). W tym przypadku może to być firma Aerodata AG, która specjalizuje się w integracji wyposażenia dodatkowego na gotowych platformach powietrznych. Wobec tego biegły wyznaczony do sporządzenia opinii w tej sprawie musiałby być co najmniej inżynierem zatrudnionym w firmie Aerodata AG zajmującym się i koordynującym ten konkretny projekt – dalsza argumentacja jak powyżej. Aerodata AG jest ekspertem w dziedzinie integracji wyposażenia dodatkowego na statkach powietrznych i oprócz dziedziny lotnictwa dysponuje szeroką wiedzą oraz doświadczeniem w zakresie optoelektroniki, techniki radarowej, cyfrowej transmisji danych i systemów zarządzania misją. Wiedza ta i doświadczenie są niezbędne do integracji na ww. samolotach elementów wyposażenia dodatkowego zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Wobec tego sama wiedza z dziedziny lotnictwa jest niewystarczająca do sporządzenia opinii biegłego w tej sprawie.

Zamawiający zdaje sobie sprawę, że uzyskanie rozszerzenia i wymiany Certyfikatu Typu EASA lub FAA dla modyfikacji samolotów L410 do wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest czasochłonne z uwagi na konieczność przeprowadzenia lotów testowych i zabudowy wyposażenia dodatkowego, dlatego przeznaczył odpowiednią ilość czasu na realizację przedmiotu zamówienia. Jediną przeszkodą dla Konsorcjum JB w realizacji przedmiotu zamówienia jest postępowanie odwoławcze, które sukcesywnie ten czas odbiera.

Przytoczone postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące daty produkcji silników i śmigieł jest przekłamane i wyraża intencjonalne manipulowanie dowodami przez Odwołującego. W tirecie tym Odwołujący wprowadza zapis „silniki i śmigła powinny być nowe, wyprodukowane nie wcześniej niż w 2015 roku. Wymaganie to dotyczy

roku, w którym każda z części silnika i śmigła została wbudowana w kadłub, tworząc integralną całość”, który rzekomo jest fragmentem odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 55, a w rzeczywistości nie istnieje w dokumentacji przetargowej i całkowicie zmienia wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przed odbiorem samolotu wymagany czas pracy na każdy silnik i każde śmigło powinien wynosić do 50 godzin oraz czas lotu każdego płatowca powinien również wynosić do 50 godzin. Podane czasy dotyczą jedynie testów samolotów jako platform bazowych, od rozpoczęcia ich produkcji, następnie integracji na tych samolotach wyposażenia specjalistycznego aż do pierwszej dostawy ich do Zamawiającego. W tym celu wskazane czasy pracy i lotu są wystarczające, co wynika z doświadczenia Zamawiającego w zakupach nowych statków powietrznych różnych klas i kategorii. Odwołujący celowo przemilczał, że ewentualne certyfikacyjne loty testowe potrzebne do zatwierdzenia zmian drobnych lub poważnych w Certyfikacie Typu EASA w większości przypadków realizowane są na innych egzemplarzach testowych (prototypach) danego modelu lub serii samolotu, posiadanych przez producentów i użytkowanych wyłącznie w tym celu. Lotów tego typu praktycznie w ogóle nie wykonuje się na samolotach będących przedmiotem zamówienia. Poza tym Odwołujący nie ma dostępu do dokumentacji technicznej innych wykonawców, w tym producentów statków powietrznych. Nie wie, na jakim etapie testów i prób w locie są ich platformy latające, jak wiele posiadają prototypów gotowych do zgłoszenia EASA, jakie badania realizowane są obecnie i na jakim etapie certyfikacji znajdują się ich samoloty w celu podwyższenia ich parametrów technicznych ze względu na inne zamówienia. Dlatego jeżeli Konsorcjum JB w uzgodnieniu z producentem statku powietrznego deklaruje w ofercie dostawę przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, łącznie z zachowaniem czasu pracy na każdy silnik i śmigło do 50 godzin oraz czasu lotu na każdy płatowiec do 50 godzin, to według obowiązujących przepisów (rozporządzenie nr 748/2012) Zamawiający nie ma żadnej podstawy do odrzucenia takiej oferty, tym bardziej, że dokumentacja certyfikacyjna wymagana będzie dopiero przy odbiorze przedmiotu zamówienia, podczas którego nastąpi sprawdzenie jej zgodności z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Obecnie Konsorcjum JB nie podpisało jeszcze umowy, dlatego samolot testowy nie został jeszcze zarejestrowany w Agencji EASA pod kątem realizacji tego projektu ani nie otrzymał numeru aplikacji oraz daty STC.

Z argumentacji Odwołującego można odnieść wrażenie, że montaż licznika czasu pracy silników jest równoważny co najmniej z fazą budowy, rozwoju i certyfikacji nowego statku powietrznego w tej klasie. Konsorcjum JB w uzgodnieniu z producentem samolotu przedstawiło stanowisko w postępowaniu odwoławczym KIO 1332/18, że montaż licznika czasu pracy silników będzie zmianą drobną lub prostą modyfikacją, która być może nie

będzie wymagała zmiany Certyfikatu Typu EASA. Odwołujący klasyfikuje tę modyfikację jako zmianę poważną (istotną) i stwierdza, że według EASA i FAA każda modyfikacja związana z elementami/systemami krytycznymi dla bezpieczeństwa, takim jak silnik, awionika i powierzchnie kontrolne itp. jest klasyfikowana jako istotne zmiany, tzn. mające bezpośredni wpływ na osiągi samolotu i jego zdolność do lotu oraz wskazuje zakres czynności do wykonania, podczas gdy nie ma wiedzy, jakiego rodzaju licznik czasu pracy silników zostanie użyty, w jakiej technologii będzie on wykonany, z jakiego źródła energii będzie zasilany, jakiego rodzaju sensory będzie wykorzystywał i czy jakkolwiek poważna ingerencja w struktury silników będzie dokonywana.

Zgodnie z rozporządzeniem nr 748/2012 pkt 21.A.19 „Zmiany powodujące konieczność uzyskania nowego certyfikatu typu” każda osoba fizyczna lub prawna proponująca zmianę wyrobu występuje o nowy certyfikat typu, jeżeli Agencja (EASA) uzna, że zmiana projektu, mocy, siły ciągu lub masy jest tak znaczna, że konieczne jest przeprowadzenie w znacznym stopniu wyczerpujących badań zgodności z właściwą podstawą certyfikacji typu. Przytoczony przepis różni się od jego interpretacji dokonanej przez Odwołującego. Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że montaż licznika czasu pracy silników w kabine załogi nie spowoduje znacznej zmiany projektu, mocy, siły ciągu lub masy samolotu, więc nie będzie konieczne badań zgodności z właściwą podstawą certyfikacji typu. Zamawiający niejednokrotnie dokonywał modyfikacji i zabudowy różnego rodzaju porównywalnych urządzeń na statkach powietrznych poprzez zewnętrzne firmy integrujące lub w zakładach produkcyjnych konkretnych śmigłowców i samolotów. Zmiany te klasyfikowane były jako zmiany drobne i nie wymagały drastycznej przebudowy oraz gruntownej zmiany projektu całego statku powietrznego oraz nie powodowały konieczności uzyskania nowego certyfikatu typu.

Zgodnie z rozporządzeniem nr 748/2012 pkt 21.A.91 „Klasyfikacja zmian w certyfikacie typu” zmiany w certyfikacie typu klasyfikowane są jako drobne i jako poważne. Drobna zmiana to taka, która nie ma znaczącego wpływu na masę, wyważenie, wytrzymałość konstrukcji, niezawodność, właściwości użytkowe, hałas, upust paliwa, emisję spalin, dane dotyczące zgodności operacyjnej lub inne właściwości mające wpływ na zdolność wyrobu do lotu. Nie naruszając przepisów pkt 21.A.19, wszelkie inne zmiany stanowią „zmiany poważne”. Zmiany poważne i drobne zatwierdzane są, stosownie do przypadku, na zasadach ustanowionych w pkt 21.A.95 lub 21.A.97 i muszą być odpowiednio określone.

Ww. rozporządzenie precyzyjnie określa, kto klasyfikuje zatwierdza i uznaje zmiany drobne i zmiany poważne w certyfikacie typu. Zgodnie z punktem 21.A.95 „Zmiany drobne”, zmiany drobne w certyfikacie typu klasyfikowane są i zatwierdzane: przez Agencję (EASA) lub przez odpowiednio zatwierdzoną organizację projektującą zgodnie z procedurą uzgodnioną z Agencją (EASA). Z kolei z punktu 21.A.19 oraz punktu 21.A.97 wynika, że zmiany poważne

zatwierdza i uznaje Agencja (EASA). Z punktu 21.A.95 ppkt b) zmiany drobne w certyfikacie typu mogą być klasyfikowane i zatwierdzane przez odpowiednio zatwierdzoną organizację projektującą zgodnie z procedurą uzgodnioną z EASA. Organizacją projektującą zatwierdzoną przez EASA jest producent statku powietrznego – LET Aircraft Industries.

Wobec powyższego klasyfikację zmian w certyfikacie typu, zakres koniecznych prac i modyfikacji oraz testów i lotów próbnych (o ile wystąpią) zatwierdza i uznaje EASA lub producent statku powietrznego, w zależności od rodzaju zmiany. Tym samym twierdzenia Odwołującego odnośnie nakładu pracy, certyfikacji silników lub ich wymiany, gigantycznego przedziału czasu certyfikacji i modernizacji samolotu oraz czasu lotów testowych wykraczających ponad 50 godzin należy uznać za daleko posuniętą i przesadnie wyolbrzymioną argumentację, nie mającą pokrycia w rzeczywistości i nakierowaną jedynie na obronę własnego zarzutu.

W swoich zarzutach Odwołujący opiera się jedynie na obecnie wystawionym Certyfikacie Typu EASA akapit III E pkt 10 obejmującym model samolotu L410 UVP E-20, w którym wykazane jest, że maksymalny pułap operacyjny (pułap użyteczny) tego samolotu wynosi 4250 m (około 14 000 ft), podczas gdy, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wymagany pułap użyteczny wynosi 20.000 ft. Tymczasem, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, aktualna dokumentacja certyfikacyjna uwzględniająca pułap użyteczny 20.000 ft wymagana będzie i sprawdzana na etapie odbioru przedmiotu zamówienia, a nie na etapie oceny ofert. Dlatego w okresie realizacji przedmiotu zamówienia zostaną przeprowadzone stosowne modyfikacje statków powietrznych oraz zostanie wystawiony nowy Certyfikat Typu EASA lub też suplement do tego certyfikatu (STC), ewentualnie certyfikat równoważny uznawany przez EASA. Ponadto wystawiona będzie nowa instrukcja użytkowania w locie, która ostatecznie potwierdzi spełnienie wszystkich wymogów odnośnie osiągnięć tych samolotów.

Zakres zmian i modyfikacji statków powietrznych, zgodnie z rozporządzeniem nr 748/2012 pkt 21.A.19, pkt 21.A.95 i pkt 21.A.97, zakres ten określa EASA lub „zatwierdzona organizacja projektująca” w uzgodnieniu z EASA, dlatego wzmianki Odwołującego odnośnie konieczności ulepszenia/zmiany silnika lub zmiany struktury skrzydła są tylko przypuszczeniami Odwołującego. Obecny zapis w certyfikacie typu odnośnie pułapu użytecznego 14.000 ft może świadczyć jedynie, że do tej pory nie było potrzeby certyfikacji na tym konkretnym modelu samolotu pułapu użytecznego powyżej tej wysokości, ponieważ nie było takiego zapotrzebowania rynku. Z kolei z deklaracji producenta zamieszczonej na jego oficjalnej stronie wynika jednoznacznie, że samolot L410 model L410 UVP E-20 już obecnie posiada zdolności do spełnienia wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie pułapu użytecznego. Według podanych informacji pułap techniczny samolotu L410 UVP E-20 wynosi 20.000 ft, a pułap użyteczny na jednym tylko silniku wynosi

15.600 ft. Wobec tego loty testowe mogły być przeprowadzone wcześniej i być może wystarczy jedynie dokonać nieznacznych modyfikacji oraz przeprowadzić procedurę certyfikacyjną, aby wymóg specyfikacji istotnych warunków zamówienia został spełniony. Oznacza to, że, aby osiągnąć pułap użyteczny 20.000 ft nie potrzeba całkowitej modyfikacji lub zmiany silników na samolocie oraz modyfikacji struktury skrzydła. Zgodnie z obowiązującymi przepisami zmiana certyfikatu typu w tym zakresie jest możliwa, a producent statku powietrznego posiada pełne doświadczenie odnośnie certyfikacji statków powietrznych i możliwości techniczne odnośnie podwyższenia osiągow produkowanych przez siebie samolotów w terminie realizacji przedmiotu zamówienia.

Klasyfikacji, czy będzie to zmiana poważna, czy drobna dokona Agencja EASA lub producent statku powietrznego w uzgodnieniu z Agencją EASA. Wobec powyższego, jeżeli Konsorcjum JB w uzgodnieniu z producentem statku powietrznego deklaruje w ofercie dostawę przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, łącznie z osiągnięciem pułapu użytecznego co najmniej 20.000 ft, to wedle obowiązujących przepisów (rozporządzenia nr 748/2012) Zamawiający nie ma żadnej podstawy do odrzucenia takiej oferty, tym bardziej, że dokumentacja certyfikacyjna wymagana będzie dopiero przy odbiorze przedmiotu zamówienia, podczas którego nastąpi sprawdzenie jej zgodności ze wszystkimi wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia certyfikowana instalacja oddechowa ma pozwalać na wykonywanie lotu na wysokościach powyżej 11.000 ft oraz ma pozwalać na wykonanie lotu z uwzględnieniem wskazanych wysokości w czasie co najmniej 3 godzin. W postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma innych wymogów odnośnie instalacji oddechowej względem wysokości lotu i jego czasu. Tak więc konieczność uzyskania 6 godzin lotu z użyciem instalacji oddechowej na dużych i bliżej nieokreślonych wysokościach jest zbyt daleko wysuniętym wnioskiem Odwołującego. Obecny Certyfikat Typu EASA samolotu L410 nie jest adekwatnym dokumentem do oceny zgodności przedmiotu zamówienia ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia na etapie składania i oceny ofert.

W przypadku długotrwałości lotu (Endurance) samolotu L410 – samolot ten osiąga 5,1 godziny lotu na określonym pułapie (zapewne około 10.000 ft) i przy określonych parametrach silnika (bez informacji na temat zbiorników zapasowych montowanych na końcówkach skrzydeł). Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymóg długotrwałości lotu co najmniej 6 godzin nie jest ograniczony pułapem wykonywanego lotu. Może być to pułap 14.000 ft lub 20.000 ft, co oznacza, że długotrwałość lotu na tych pułapach będzie znacznie wyższa niż 5,1 godziny. Poza tym zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymóg długotrwałości lotu

(Endurance) co najmniej 6 godzin może być uzyskany przy parametrach pracy silników odpowiadających „prędkości ekonomicznej”, tzn. podczas lotu poziomego przy najmniejszym zużyciu paliwa. Wobec tego na poziomach lotu w zakresie od 14.000 ft do 20.000 ft przy zachowaniu prędkości ekonomicznej samolotu oraz przy uwzględnieniu ciężaru załadowania co najmniej 950 kg i zabudowy specjalistycznego wyposażenia samolot L410 UVP E-20 będzie miał długotrwałość lotu znacznie powyżej 6 godzin. Ponadto w samolotach tej klasy nierzadko stosuje się dodatkowe certyfikowane zbiorniki paliwa umieszczane wewnątrz kadłuba.

Ponadto firma LET Aircraft Industries na swojej oficjalnej stronie proponuje dla klientów zabudowę na samolotach L410 różnego rodzaju systemów obserwacji lotniczej (EO/IR) oraz radarów, gdzie finalny produkt przedstawia jako wariant samolotu MPA (Maritime patrol and surveillance). Zamawiający zdaje sobie sprawę, że w tym celu musi być dokonana zmiana Certyfikatu Typu EASA lub musi zostać opracowany od podstaw Supplement Certyfikatu Typu (STC) EASA, dlatego zapewnił odpowiednią ilość czasu na realizację przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie ma wglądu w uzgodnienia i umowy zawarte pomiędzy Konsorcjum JB, jego podwykonawcą i producentem statku powietrznego. Poza tym Odwołujący stara się wejść w kompetencje tego konsorcjum w zakresie oceny własnych możliwości odnośnie realizacji przedmiotu zamówienia w zapewnionym na to czasie.

Większość informacji odnośnie niespełnienia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie dotyczą samolotów King Air 250 – 14.000 lb MTOW (EASA STC) oferowanych przez Konsorcjum GB, lecz samolotów L410 oferowanych przez Konsorcjum JB. W stosunku do samolotów King Air Odwołujący formułuje zarzuty jedynie odnośnie maksymalnej długotrwałości lotu, okresu certyfikacji wraz z koniecznością przeprowadzenia lotów testowych oraz terminu dostawy statków powietrznych wraz z dokumentacją.

Samoloty King Air 250 – 14 000 lb MTOW (EASA STC) zgodnie z Certyfikatem Typu EASA oraz Supplementem Certyfikatu Typu (STC) spełniają wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- są certyfikowane do lotów w przewidywanych i istniejących warunkach oblodzenia wraz z zainstalowanym wyposażeniem dodatkowym,
- nie muszą posiadać certyfikowanego systemu oddechowego dla co najmniej 5 osób umożliwiającego loty na wysokości przekraczającej 11.000 ft, ponieważ posiadają kabinę ciśnieniową dla całej załogi,
- posiadają pułap użyteczny rzędu 35.000 ft,
- są wyposażone w liczniki czasu pracy silników.

Wykazane właściwości tych samolotów są bezsporne, szczegółowo opisane w ich dokumentacji technicznej i nigdy nie były przedmiotem odwołania. Konsorcjum GB nie oferuje wersji podstawowej samolotów King Air 250, bo ta nie spełnia wymogów specyfikacji

istotnych warunków zamówienia, lecz wersję King Air 250 – 14 000 lb MTOW (EASA STC), która spełnia te wymogi, zgodnie z Suplementem Certyfikatu Typu (STC) EASA, którego właścicielem jest firma Aerodata AG. Zagadnienie to zostało szczegółowo opisane w postępowaniu odwoławczym KIO 1332/18. W przypadku daty produkcji silników i śmigieł przytoczony zapis specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest przekłamany.

Zarzut odnośnie niespełnienia wymogu maksymalnej długości lotu samolotu King Air 250 – 14.000 lb MTOW (EASA STC) został skutecznie odparty przez Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym KIO 1332/18). Maksymalna długość lotu jest jednym z najważniejszych parametrów technicznych samolotu, którym posługuje się pilot podczas planowania lotu, szczególnie podczas misji patrolowo-rozpoznawczych. Parametr ten musi być możliwy do określenia w łatwy i szybki sposób na podstawie instrukcji użytkownika w locie danego samolotu, która jest podstawowym dokumentem pilota służącym do planowania i realizacji lotu, zatwierdzonym przez odpowiednią dla danego kraju władzę lotniczą. Wszystkie parametry zawarte w instrukcji użytkownika w locie danego samolotu zawierają inżynierskie obliczenia teoretyczne w postaci konkretnych wyników badań, skorygowanych i popartych przeprowadzonymi próbami i testami w locie.

Na podstawie dostarczonej przez Odwołującego w sprawie KIO 1332/18 „Instrukcji/Podręcznika Planowania Lotu (Flight Planning Guide) samolotu King Air 250 EP”, będącej wyciągiem z instrukcji użytkownika w locie wersji pokrewnej samolotu King Air 250 – 14.000 lb MTOW (EASA STC) o maksymalnej masie startowej 13.420 lb, branego pod uwagę w poprzedniej ocenie ofert oraz innych danych zawartych w piśmie procesowym Odwołującego z 24 lipca 2018 r. obliczenie maksymalnej długości lotu wskazuje, że wynosi ona około 7 godzin, w tym 30 minut rezerwy. Samolot King Air 250 – 14.000 lb MTOW (EASA STC) z zabudowanym wyposażeniem dodatkowym (specjalistycznym) posiada jeszcze większą skorygowaną maksymalną długość lotu – powyżej 7 godzin, ponieważ posiada większą maksymalną masę startową, a tym samym większy ciężar użyteczny, co przekłada się na większą ilość paliwa pozostawioną do lotu przy ciężarze załadunku co najmniej 950 kg. Wobec powyższego zarzut, że samolot King Air 250 – 14.000 lb MTOW (EASA STC) nie spełnia kryterium maksymalnej długości lotu jest bezpodstawny.

Stwierdzenie Odwołującego, że Suplement Certyfikatu Typu (STC) nr 10060862 samolotu King Air 250 – 14 000 lb MTOW (EASA STC) nie może być wykorzystany w przedmiotowym zamówieniu, jest fałszywe i stoi w sprzeczności z aktualnie obowiązującymi przepisami. Ponadto firma Aerodata AG jako członek Konsorcjum GB jest właścicielem kolejnego Suplementu Certyfikatu Typu (STC) samolotu King Air 250 – 14.000 lb MTOW (EASA STC) o numerze 10034248.

Kwestię tę reguluje rozporządzenie nr 748/2012 pkt.21.A.101 „Określenie mających zastosowanie specyfikacji certyfikacyjnych i wymogów w zakresie ochrony środowiska”, lit. b). Odwołujący miałby rację, gdyby obowiązywała jedynie lit. a) ww. rozporządzenia o treści: „Wnioskujący o zmianę w certyfikacie typu wykazuje, że zmieniony wyrób spełnia wymagania specyfikacji certyfikacyjnej, które mają zastosowanie do zmienionego wyrobu i obowiązują w dniu złożenia wniosku o zmianę, chyba że wnioskodawca decyduje się na spełnienie wymagań powstałych w wyniku zmiany specyfikacji certyfikacyjnych, która wchodzi w życie w terminie późniejszym, lub zastosowanie się do tej zmiany wymagane jest na podstawie lit. e) i f), oraz mających zastosowanie wymogów w zakresie ochrony środowiska określonych w pkt 21.A.18”. Niemniej jednak obowiązuje również lit. b) o treści: „W drodze odstępstwa od lit. a) wnioskodawca może wykazać, że zmieniony wyrób spełnia wymagania wcześniejszej zmiany specyfikacji certyfikacyjnych, o których mowa w lit. a), oraz wszelkich innych specyfikacji certyfikacyjnych, które Agencja (EASA) uzna za bezpośrednio powiązane. Jednakże wcześniej zmienione specyfikacje certyfikacyjne nie mogą poprzedzać odnośnych specyfikacji certyfikacyjnych, uwzględnionych poprzez odniesienie w certyfikacie typu. Wnioskujący może wykazać zgodność z wcześniejszą zmianą specyfikacji certyfikacyjnych w każdym z następujących przypadków: 1. Zmiana została uznana przez Agencję (EASA) za nieznaczącą. Celem stwierdzenia, czy dana zmiana jest znacząca, Agencja analizuje ją w kontekście wszelkich wcześniejszych istotnych zmian projektu i wszelkich powiązanych nowelizacji właściwych specyfikacji certyfikacyjnych uwzględnionych w certyfikacie typu dotyczącym odnośnego wyrobu. Zmiany spełniające którekolwiek z poniższych kryteriów są automatycznie uznawane za znaczące: (i) nie zachowano ogólnej konfiguracji lub zasady budowy; (ii) założenia przyjęte w ramach certyfikacji wyrobu, który ma zostać zmieniony, utraciły swoją podstawę. 2. W odniesieniu do każdego obszaru, systemu, części lub akcesorium, które Agencja uzna za nieobjęte skutkami wprowadzonej zmiany. 3. W odniesieniu do każdego obszaru, systemu, części lub akcesorium objętych skutkami wprowadzonej zmiany, w stosunku do których Agencja uzna, że spełnienie wymagań specyfikacji certyfikacyjnych, o których mowa w lit. a), nie podniesie w sposób istotny poziomu bezpieczeństwa zmienionego wyrobu lub byłoby niepraktyczne”.

Określenie „zmiana nieznacząca” oznacza zmianę drobną do certyfikatu typu, z kolei „zmiana znacząca” oznacza zmianę poważną do certyfikatu typu. Zmiany nieznaczące (drobne) wprowadzane są zmianą w dokumentacji technicznej statku powietrznego, a zmiany znaczące (poważne) wprowadzane są suplementem certyfikatu typu (STC), jak ma to miejsce w omawianym przypadku samolotu King Air 250 – 14.000 lb MTOW (EASA STC). Jeżeli zmiany są na tyle poważne, że Agencja EASA nie zgodzi się na STC, to wystawiany jest nowy certyfikat typu. O rodzaju zmian i ich zakresie zgodnie z treścią rozporządzenia nr 748/2012 decyduje Agencja EASA lub zatwierdzona organizacja projektująca

w uzgodnieniu z Agencją EASA. Zgodnie z punktem 21.A.101 lit. b) wnioskodawca może wykazać, że zmieniony wyrób spełnia wymagania wcześniejszej zmiany specyfikacji certyfikacyjnych, o których mowa w lit. a), więc Supplement Certyfikatu Typu (STC) samolotów King Air 250 – 14 000 lb MTOW (EASA STC) może być wykorzystany w obecnym projekcie i nie ma szczególnej potrzeby wykonywania dodatkowych lotów testowych w wymiarze powyżej 50 godzin.

Właścicielem Supplementów Certyfikatu Typu (STC) samolotu King Air 250 – 14 000 lb MTOW (EASA STC) jest firma Aerodata AG, więc Zamawiający nie ma wątpliwości, że w przypadku powierzenia zamówienia Konsorcjum GB dostawa przedmiotu zamówienia odbędzie się zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący nie opiera się na żadnych przepisach, tylko na swoim własnym doświadczeniu, które jest subiektywne i nie może być odnoszone do innych wykonawców.

Odwołujący musi uwzględnić fakt, że aktualnie obowiązujące przepisy w postaci rozporządzenia nr 748/2012 oraz adekwatnych rozporządzeń na poziomie krajowym dają wykonawcom oraz producentom statków powietrznych jako zatwierdzonym organizacjom projektującym możliwość dokonywania modyfikacji samolotów według wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w okresie przewidzianym na realizację przedmiotu zamówienia. Z kolei Zamawiający nie ma podstaw, aby odrzucić takie oferty, tym bardziej, że zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia sprawdzenie zgodności parametrów technicznych oferowanych samolotów, ich dokumentacji technicznej oraz dokumentacji certyfikacyjnej wymagane jest na etapie odbioru przedmiotu zamówienia, a nie na etapie oceny ofert.

W przypadku wcześniej zamawianych przez Zamawiającego statków powietrznych czas od momentu podpisania umowy do momentu dostawy konkretnych samolotów był o wiele krótszy, a samoloty te również podlegały głębokim modyfikacjom ze względu na wymagane parametry lotno-techniczne oraz zabudowę wyposażenia specjalistycznego, jak radar 360°, sensor EO/IR, czy systemy przekazu danych w czasie rzeczywistym. Zmiany te powodowały, że w stosunku do każdego z rodzaju samolotów został wystawiony nowy Certyfikat Typu EASA. W pierwszym przypadku był to samolot PZL M28 05-SG. Umowa na jego dostawę została podpisana 2 marca 2005 r., a odbiór samolotu nastąpił 7 lipca 2006 r. (16 miesięcy). W drugim przypadku były to dwa samoloty ES-15. Umowa na ich dostawę została podpisana 8 października 2014 r., a odbiór nastąpił 27 czerwca 2015 r. (8 miesięcy). Żaden z dostarczonych samolotów nie miał czasu lotu większego niż 50 godzin – były to czasy maksymalnie do kilkunastu godzin na egzemplarz.

Wobec przytoczonych dowodów zarzuty Odwołującego są bezpodstawne i nakierowane jedynie na jak największe opóźnienie podpisania umowy, a tym samym na unieważnienie przedmiotowego postępowania przetargowego.

III Stanowisko przystępującego po stronie Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Parasnake A. S. i Airborne Technologies GmbH

Przystępujący poparł stanowisko Odwołującego i wniósł o uwzględnienie odwołania.

IV Stanowisko przystępującego po stronie Zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia JB INVESTMENTS Sp. z o.o. i AERO Club Sp. z o.o.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących oferty Przystępującego jako bezzasadnego. Podkreślił, że w zakresie zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zarzuty te są także spóźnione.

Odwołujący twierdzi, że Przystępujący zamierza spełnić warunek posiadania koncesji określony w rozdziale VII pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie samodzielnie, ale za pośrednictwem podwykonawcy, co nie było dopuszczalne.

Zgodnie z rozdziałem VII pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał, by wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia posiadali uprawnienia do prowadzenia działalności zawodowej w zakresie dostawy systemu obserwacji lotniczej i radaru poszukiwawczego 360°. W wypadku wykonawców z terytorium RP, takich jak Przystępujący, konieczne było wykazanie, że wykonawca posiada uprawnienia, o których mowa w ustawie o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym oraz w przepisach wykonawczych wydanych na jej podstawie, w zakresie określonym w pozycji WT VIII ust. 1, ust. 2, ust. 4 pkt 1, 2, 4, 7 i 9 załącznika nr 2 do rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie i obrót jest wymagana koncesja, tj. w zakresie obejmującym: urządzenia do rejestracji i obróbki obrazu; sprzęt do odwzorowania sygnałów radiolokacyjnych; sprzęt przeciwdziałania i przeciw-przeciwdziałania w stosunku do sprzętu wymienionego powyżej; a także wybrane specjalnie zaprojektowane składniki i akcesoria.

Systemy obserwacji lotniczej i radary poszukiwawcze są towarami, których wytwarzanie oraz obrót wymaga posiadania koncesji, zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym. Wykonawca nieposiadający takiej koncesji nie mógłby zatem zgodnie z prawem dokonać dostawy tych towarów na rzecz Zamawiającego.

W rozdziale VII pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprost wskazano jednak, że Zamawiający wymagał posiadania uprawnień „w zakresie dostawy”, tj. takim zakresie,

który jest niezbędny do dokonania dostawy. Zgodnie z art. 6 ust. 1 ww. ustawy koncesja może być udzielona na wytwarzanie i/lub na obrót wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym. W zakresie dokonania dostawy wystarczająca była zatem koncesja na obrót (pod pojęciem obrotu należy, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 2 ww. ustawy, rozumieć zasadniczo działalność handlową dotyczącą materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym).

W wyjaśnieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 27 lutego 2018 r. Zamawiający wskazał, że spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu nie może nastąpić poprzez podwykonawców, co wynika nie tylko z samych wyjaśnień Zamawiającego, ale również wprost z art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Co więcej, dostawy na rzecz Zamawiającego, tj. obrotu towarem koncesjonowanym, dokona Przystępujący, a nie podwykonawca, a zatem to Przystępujący powinien posiadać stosowną koncesję i taką koncesję posiada. Zamawiający nie wymagał jednak, by wykonawcy sami wytworzyli (wyprodukowali) dostarczany system obserwacji lotniczej i radar poszukiwawczy. Żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu nie jest producentem tego rodzaju sprzętu, czyli każdy musi zakupić taki sprzęt od zewnętrznego dostawcy i zadbać o jego montaż na dostarczanych samolotach, tj. pozyskać sprzęt od innego podmiotu, by później dokonać jego dostawy na rzecz Zamawiającego. Zamawiający nie wyłączył również w żaden sposób dopuszczalności podwykonawstwa w zakresie dotyczącym systemu obserwacji lotniczej i radaru poszukiwawczego 360°. Podwykonawstwo polega na realizacji części zamówienia przez podmiot inny niż wykonawca – w tym wypadku na sprzedaży sprzętu i jego montażu – i jest niezależne od kwestii spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Podwykonawca nie będzie jednak dokonywał dostawy na rzecz Zamawiającego. Przystępujący dokona zatem obrotu towarem koncesjonowanym na rzecz Zamawiającego. W tym zakresie Przystępujący wykazał, że jeden z nich, tj. Aero Club Sp. z o.o. posiada stosowną koncesję obejmującą zakres wymagany przez Zamawiającego (tj. koncesję nr B-040/2013) i może zgodnie z prawem dostarczyć radar Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił, że wykazanie przez Przystępującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma charakter „papierowy” i nierzeczywisty, twierdząc, że wynika to z faktu, że zamierza skorzystać z podwykonawcy. Odwołujący nie dostrzega, że uprawnienie do prowadzenia obrotu towarem koncesjonowanym, którego posiadania wymagał Zamawiający, dotyczy właśnie takiego działania, jaki zamierza przedsięwziąć Przystępujący. Obrót, tj. działalność handlowa, polega bowiem właśnie na nabywaniu towarów i dalszej ich sprzedaży.

Odwołujący uważa, że obowiązek osobistego spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest równoznaczny z zakazem podwykonawstwa. Czym innym jest jednak sytuacja podmiotowa wykonawcy, warunkująca możliwość jego udziału w postępowaniu, a czym

innym przedstawiony w ofercie sposób wykonania zamówienia. Art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewiduje możliwości polegania na zasobach podmiotów trzecich w zakresie warunków dotyczących posiadania wymaganych uprawnień, jednocześnie nie wprowadzając w żaden sposób zakazu korzystania z podwykonawstwa. Nie można zatem mówić o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd przez Przystępującego. Przystępujący wskazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu poprzez posiadanie koncesji na obrót wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, jak również faktycznie zamierza dokonać obrotu tymi wyrobami przez ich nabycie od podwykonawcy, a następnie poprzez dostawę na rzecz Zamawiającego. Treść informacji przekazanych Zamawiającemu przez Przystępującego jest zatem zgodna z rzeczywistością, w związku z czym o naruszeniu przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może być mowy.

Odwołujący twierdzi, że Zamawiający powinien był co najmniej wezwać Przystępującego do udzielenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zaś zaniechanie takiego wezwania stanowiło naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, co jest zgodne z prawdą, przedłożył dokument potwierdzający spełnienie tego warunku, tj. koncesję na obrót wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym i zamierza w ramach realizacji zamówienia tego obrotu dokonać. Nie zachodzą zatem podstawy do przyjęcia, że zasadne były kierowanie do Przystępującego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem do naruszenia tego przepisu nie doszło.

Zarzut dotyczący rzekomego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji jest bezzasadny, a w sprawie nie doszło do zawarcia jakiegokolwiek porozumienia pomiędzy Przystępującym a innymi wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu, jak również nie doszło do rzekomej próby doprowadzenia przez Przystępującego do wyboru oferty Konsorcjum GB.

Fakt, że dwóch wykonawców składających oferty w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy będzie korzystało z tego samego dostawcy sprzętu lub podwykonawcy, nie świadczy o istnieniu pomiędzy nimi jakiegokolwiek porozumienia i najczęściej jest podyktowane względami rynkowymi. W wypadku dostaw samolotów o specyficznym wyposażeniu, naturalnym jest, że grupa potencjalnych dostawców specjalistycznych komponentów jest ograniczona i w rezultacie więcej niż jeden wykonawca może chcieć nawiązać współpracę z tym samym dostawcą sprzętu. Może się nawet zdarzyć, że dwóch wykonawców zaoferuje taki sam przedmiot dostawy, co miało miejsce w tym

postępowaniu, w którym samolot Textar Aviation Beechcraft KA 250 został zaoferowany przez Konsorcjum GB oraz Bromma Air Maintenance AB.

O fakcie zawarcia jakiegokolwiek porozumienia nie świadczy również fakt, że spółka Optimare Systems GmbH jest powiązana osobowo i kapitałowo ze spółką Aerodata AG, tj. że jest spółką zależną od Aerodata AG. Żaden przepis nie zabrania bowiem, by spółka zależna od jednego wykonawcy była podwykonawcą innego wykonawcy. Co więcej, dopuszczalna jest nawet sytuacja, by ten sam podmiot był zarazem wykonawcą, jak i podwykonawcą innego wykonawcy. Taki pogląd zaprezentowany został m.in. w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych z 24 czerwca 2015 r., podobnie wskazuje się również w doktrynie. Powiązanie spółki Optimare Systems GmbH ze spółką Aerodata AG nie świadczy zatem w żaden sposób o zawarciu zakazanego porozumienia pomiędzy Przystępującym a Konsorcjum GB. Co więcej, nawet gdyby to spółka Aerodata AG była podwykonawcą Przystępującego, byłoby to dopuszczalne i nie świadczyłoby o istnieniu zmyślenia przetargowej.

Nie sposób również zgodzić się z twierdzeniami Odwołujących, jakoby Przystępujący ustalał ze spółką Optimare Systems GmbH lub ze spółką Aerodata AG warunki swojej oferty lub warunki oferty Konsorcjum GB. Naturalnie Przystępujący uzgodnił ze spółką Optimare Systems GmbH warunki, na jakich spółka ta miała dostarczyć wybrane elementy wyposażenia samolotów, nie oznacza to jednak, że spółce Optimare lub Aerodata AG było wiadome, jaką ofertę złoży Przystępujący – mógł jej być znany co najwyżej zakres podwykonawstwa, który samodzielnie nie świadczy jeszcze o cenie i innych warunkach oferty. Co więcej, do czasu otwarcia ofert Przystępujący w ogóle nie wiedział, czy spółka Aerodata AG złoży ofertę w postępowaniu.

Nie doszło zatem w żadnym wypadku do jakichkolwiek uzgodnień pomiędzy Przystępującym a Konsorcjum GB w zakresie warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (przesłanki zakazanego porozumienia z art. 6 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie są zatem spełnione).

Do żadnego porozumienia nie doszło również na późniejszym etapie postępowania. Odwołujący twierdzi, że Przystępujący próbował „ustąpić” na rzecz Konsorcjum GB, tj. wymusić na Zamawiającym wybór mniej korzystnej oferty. Również te twierdzenia Odwołującego są nieprawdziwe.

6 września 2018 r. Przystępujący złożył oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a następnie wpłacił na rachunek Zamawiającego wadium w kwocie 1.000.000 złotych. Termin związania ofertą ubiegał 7 września 2018 r. i Przystępujący, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z 31 sierpnia 2018 r., wyraził 6 września 2018 r. zgodę na przedłużenie tego terminu o 60 dni. Jakakolwiek późniejsza zmiana stanowiska

w tym zakresie byłaby bezskuteczna, bowiem oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wycofać nie można.

Sprawy, w których nieprzedłużenie terminu związania ofertą było wskazywane jako przejaw rzekomej zmywy przetargowej, były już przedmiotem orzekania KIO. W wyroku KIO 2213/17, wskazano, że biorąc pod uwagę, że wykonawcy nie mają w chwili składania ofert pewności co do tego, czy zamawiający wykona czynności zgodnie z ustawą w pierwotnym terminie związania ofertą, to wskazywanie, że nieprzedłużenie związania ofertą jest działaniem mającym na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami wymagałoby wykazania chociażby przyczynienia się tych wykonawców do konieczności przedłużenia przez zamawiającego terminu związania ofertą w postępowaniu, co w efekcie pozwoliłoby wykonawcy nie przedłużyć takiego terminu związania ofertą.

W niniejszej sprawie jedynym podmiotem, który doprowadził do konieczności przedłużania terminu związania ofertą, jest Odwołujący, na skutek odwołania z 6 lipca 2018 r., a następnie pism kierowanych do Zamawiającego, mających zdyskredytować inne oferty. Ponadto gdyby zachodziła jakakolwiek zмова, Przystępujący mógłby po prostu nie przedłużyć terminu związania ofertą, a nie wyrażać taką zgodę, a następnie starać się o zwrot wadium.

Nie jest dopuszczalne uznawanie, że wątpliwości co do istnienia niedozwolonego porozumienia należy rozstrzygać na niekorzyść wykonawców, co do których takie wątpliwości występują, a także nie można przyjmować na podstawie poszlak i okoliczności towarzyszących domniemania istnienia takiego porozumienia.

Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów istnienia porozumienia – choćby pośrednich, w dodatku pomijając istotne dla sprawy fakty. Twierdzenia Odwołującego, jakoby celem rzekomej zmywy pomiędzy Przystępującym a Konsorcjum GB miało być doprowadzenie do ostatecznego wyboru oferty Konsorcjum GB, która była mniej korzystna dla Zamawiającego, są o tyle nieracjonalne, że oferta Konsorcjum GB zawiera niższą cenę niż oferta Przystępującego. Brak jest zatem jakiegokolwiek rezultatu rynkowego, któremu miałyby służyć rzekoma zмова. Okoliczność tę – szczególnie istotną z punktu widzenia zarzutu ewentualnej zmywy, która w swoim zamyśle z definicji powinna być ukierunkowana na przyniesienie korzyści wykonawcom będącym w zmovie – Odwołujący całkowicie pomija.

Przystępujący zaoferował realizację zamówienia za cenę brutto w wysokości 109.783.650 zł, podczas gdy Konsorcjum GB zaoferowało cenę o przeszło milion złotych niższą, tj. 108.556.110 zł. Gdyby Przystępujący i Konsorcjum GB faktycznie byli w zmovie, straciliby oni na wyborze oferty Konsorcjum GB, zaś zyskałby jedynie Zamawiający.

Różnica w liczbie punktów otrzymanych przez oferty Przystępującego i Konsorcjum GB wynika wyłącznie z oceny kryterium maksymalnego ciężaru załadowania, w ramach którego Przystępujący otrzymał 10 pkt, a Konsorcjum GB 5 pkt.

W orzecznictwie wskazuje się, że dla stwierdzenia istnienia zmowy znaczenie ma przede wszystkim wola stron oraz to, co poprzez swoje zachowanie w toku postępowania zamierzają one osiągnąć. Wskazany przez Odwołującego rezultat rzekomej zmowy, który Przystępujący oraz Konsorcjum GB chcieli osiągnąć sam w sobie potwierdza natomiast, że żadna zmowa nie miała miejsca. Zarzut Odwołującego opiera się bowiem na nieracjonalnym i w żaden sposób nieudowodnionym założeniu, że Przystępujący i Konsorcjum GB zawarli porozumienie zmierzające do osiągnięcia rezultatu przemawiającego na ich niekorzyść.

Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających istnienie jakiegokolwiek porozumienia pomiędzy Przystępującymi a Konsorcjum GB, opierając się w tym zakresie wyłącznie na domniemaniu wysnutym z faktu, że podwykonawcą Przystępującego w ramach realizacji fragmentu zamówienia będzie spółka Optimare, powiązana z jednym z członków Konsorcjum GB. Odwołujący nie zdołał również wyjaśnić, czemu rzekome porozumienie miałoby służyć, opierając się wyłącznie na absurdalnym przeświadczeniu, że Przystępujący chcieli „ustąpić” na rzecz Konsorcjum GB, podczas gdy to oferta Konsorcjum GB była dla Zamawiającego korzystniejsza ekonomicznie.

Odwołujący podnieśli również zarzut rzekomego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 ust. 1 oraz 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, twierdząc, że rzekoma próba wycofania się z udziału w postępowaniu stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji, popełniony przez Przystępującego i uzasadniający odrzucenie och oferty na podstawie ww. przepisów.

Przedłużenie lub nieprzedłużenie okresu związania ofertą jest kwestią zastrzeżoną do samodzielnej decyzji wykonawcy. Wykonawca może zatem według własnego uznania nie przedłużyć okresu związania ofertą i nie musi w tym zakresie przedstawiać żadnego uzasadnienia. Postrzeganie prawa wykonawcy – wynikającego wprost z art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – do podjęcia decyzji o przedłużeniu lub nieprzedłużeniu okresu związania ofertą w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji jest zatem chybione, tym bardziej, że to nie Przystępujący doprowadził do sytuacji, w której przedłużenie terminu związania ofertą stało się konieczne. Zatem gdyby nawet Przystępujący w ogóle nie przedłużyli okresu związania ofertą, nie można byłoby mówić o popełnieniu przez nich czynu nieuczciwej konkurencji. Odnośnie twierdzenia, jakoby czyn ten miał polegać na próbie „ustąpienia” na rzecz Konsorcjum GB – to taka sytuacja w ogóle nie miała miejsca, a przeświadczenie Odwołującego w tym zakresie jest nieracjonalne, bowiem prowadziłyby to do wyboru tańszej oferty.

Przesłanka odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy sytuacji, w której czynem nieuczciwej konkurencji jest samo złożenie oferty. Działanie wykonawcy, które ma miejsce później i nie jest związane ze złożeniem

oferty – nawet jeżeli stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty na podstawie ww. przepisu. Podniesiony zarzut jest zatem oparty nie tylko na nieprawdziwej podstawie faktycznej, ale również na wadliwej podstawie prawnej. Złożenie przez Przystępującego oferty nie stanowiło bowiem czynu nieuczciwej konkurencji.

Oferta Przystępującego nie jest również nieważna na podstawie jakichkolwiek innych przepisów, zatem nie zachodzą jakiegokolwiek podstawy do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący nie przedstawił również jakiegokolwiek uzasadnienia, dlaczego oferta ta miałaby być nieważna.

Również zarzut dotyczący rzekomego czynu nieuczciwej konkurencji mającego polegać na koordynacji działań z Konsorcjum GB jest nieprawdziwy. Przystępujący nie czynił z Konsorcjum GB żadnych uzgodnień w zakresie treści swojej oferty, jak również działań w postępowaniu ani na etapie poprzedzającym złożenie ofert, ani na etapie późniejszym. Faktem jest jedynie, że podwykonawcą Przystępującego będzie spółka Optimare, będąca spółką zależną od jednego z wykonawców tworzących Konsorcjum GB, jednak ustalenia pomiędzy Przystępującym a spółką Optimare dotyczyły wyłącznie warunków podwykonawstwa, które stanowi jedynie jeden z kilku elementów realizacji zamówienia.

Jakkolwiek Odwołujący twierdzi, że wskazane podwykonawstwo stwarzało Przystępującym i Konsorcjum GB „pozór formalny” do czynienia niedozwolonych uzgodnień, nie oznacza to, że do jakichkolwiek uzgodnień doszło, a Odwołujący nie przedstawia w tym zakresie żadnych dowodów. Co więcej, gdyby takie uzgodnienia miały mieć miejsce, to trudno uznać za wiarygodne, że miały one polegać na tym, że Przystępujący zrezygnuje z postępowania po to, by Zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum GB w sytuacji, gdy była ona tańsza niż oferta samych Przystępujących.

Wniosku o dokonywaniu uzgodnień, wymienianiu informacji itd. pomiędzy wykonawcami nie można domniemywać ani z góry zakładać – konieczne w tym zakresie jest oparcie się na dowodach, a nie jedynie na podejrzeniach, jak w wypadku Odwołującego. Zamawiający zaś nie może rozstrzygać podejrzeń i wątpliwości na niekorzyść wykonawców.

Również w tym wypadku na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ofertę można odrzucić jedynie wtedy, gdy sam fakt jej złożenia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co nie jest przedmiotem zarzutu.

Odwołujący zarzucił również naruszenie przez Zamawiającego art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazując jednak, na czy naruszenie to miałoby polegać.

Zarzut dotyczący wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie powiązań z Konsorcjum GB jest chybiony, bowiem w piśmie z 18 września 2018 r. Przystępujący przedstawił pełne

i prawdziwe informacje, tj. wskazał, że spółka Optimare Systems GmbH przynależy do grupy Aerodata Group, do której należy również spółka Aerodata AG – Przystępujący jednoznacznie potwierdził fakt istnienia powiązania pomiędzy tymi spółkami oraz jest to okoliczność powszechnie znana (wystarczy wejść na stronę internetową spółki Optimare lub Aerodata AG). Powiązanie osobowe (ten sam członek zarządu) ma wtórne znaczenie w sytuacji przynależności obu spółek do tej samej grupy kapitałowej.

Przystępujący nigdy nie zawarł żadnego porozumienia ograniczającego konkurencję z Konsorcjum GB ani przed ani po złożeniu ofert, stąd też nie doszło do żadnego zatajenia informacji o porozumieniu. Przystępujący nie dokonywał uzgodnień z Konsorcjum GB dotyczących oferty Przystępującego, oferty Konsorcjum GB lub działań podejmowanych w postępowaniu. Ani spółka Optimare Systems GmbH, ani Aerodata AG nie wiedziały, jakiej treści ofertę złoży Przystępujący. Faktem jest natomiast, że Przystępujący uzgodnił ze spółką Optimare zakres podwykonawstwa oraz warunki cenowe, tj. warunki oferty spółki Optimare dla Przystępującego, a nie warunki oferty Przystępującego dla Zamawiającego. Przystępujący nie wyklucza również, że zakres podwykonawstwa spółki Optimare wobec Przystępującego był znany spółce Aerodata AG.

Co do możliwości skorzystania z podwykonawstwa firmy Bird Aerosystems – nie ma ona znaczenia dla sprawy.

Nie można zatem mówić o naruszeniu przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut dotyczący niezgodności oferty Przystępującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia został podniesiony po upływie ustawowego terminu.

Odwołujący powziął informację o zaoferowanych przez Przystępującego samolotach i ich wyposażeniu w dniu otwarcia ofert, tj. 23 kwietnia 2018 r. Nadto, po dokonanej przez Zamawiającego ocenie ofert i pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej, który miał miejsce 26 czerwca 2018 r., Odwołujący podjął wiedzę, że Zamawiający nie dopatrzył się w ofercie Przystępującego niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

6 lipca 2018 r. Odwołujący zaskarżył tę czynność Zamawiającego, zarzucając m.in. że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W odwołaniu tym Odwołujący podniósł jednak inne zarzuty, tj. nie zarzucał braku możliwości realizacji zamówienia w terminie, jak w obecnym odwołaniu.

Podczas rozprawy przed KIO Odwołujący próbował rozszerzyć zarzuty odwołania z 6 lipca 2018 r., podnosząc te same zarzuty, co obecnie. W wyroku z 22 sierpnia 2018 r. KIO odniosła się do podniesionych przez Odwołujących spóźnionych zarzutów, wskazując, że Odwołujący znał typy samolotów oferowanych przez innych wykonawców, specyfikację istotnych warunków zamówienia i odpowiedzi na pytania do specyfikacji, miał zatem

możliwość podniesienia rzeczonych twierdzeń w odwołaniu, czego zaniechał. Obecnie Odwołujący podnosi zatem po raz kolejny te same spóźnione zarzuty, co do których termin ich zgłoszenia powinien być liczony od daty pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. 26 czerwca 2018 r. Odwołujący stara się zatem wykorzystać obecne odwołanie jako sposobność do uniknięcia skutków wynikających z ustanowionej w art. 182 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasady, zgodnie z którą zarzuty należy podnieść zasadniczo w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej ich podstawę.

Zarzuty te są również bezzasadne. Przystępujący uzgodnił z producentem samolotów taki termin dostawy już dostosowanych samolotów (montaż dodatkowego wyposażenia wymaganego przez Zamawiającego oraz dokonanie koniecznych modyfikacji nastąpi w siedzibie producenta), który pozwoli zarówno na zachowanie terminu dostawy samolotów (do 1 października 2020 r.), jak i na wcześniejsze przekazanie dokumentacji samolotów. Przystępujący przewiduje, że dostarczenie dokumentacji będzie możliwe nie później niż po 15 miesiącach od zawarcia umowy, a dostawa samolotów nie później niż po 18 miesiącach od zawarcia umowy. Przystępujący będą zatem w stanie zachować wynikające ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia terminy także, gdyby umowa została zawarta dopiero z końcem bieżącego roku lub później.

Twierdzenia, jakoby przewidziane przez Przystępującego modyfikacje samolotów skutkowały obowiązkiem ich ponownej certyfikacji są nieprawdziwe, ponieważ zmiany, które będą wprowadzone, nie są istotne. Nie będzie zatem, wbrew twierdzeniom Odwołujących, konieczności rejestracji i oblatywania prototypu. Nieprawdziwe są również twierdzenia Odwołujących dotyczące konieczności ingerencji w silniki samolotów w celu instalacji licznika czasu ich pracy. Wyposażenie samolotu w taki licznik może bowiem nastąpić np. poprzez instalację odpowiedniego oprogramowania, bez konieczności dokonywania zmian sprzętowych.

Producent samolotów zaoferowanych przez Przystępującego zapewni również ich dostosowanie do wymogów w zakresie pułapu użytecznego oraz długotrwałości lotu, bez konieczności dokonywania istotnych modyfikacji. Wszystkie te kwestie zostały już uzgodnione przez Przystępującego z producentem.

Jakkolwiek Przystępujący i Oplimare Systems GmbH nie posiadają certyfikatu PART 21, to taki certyfikat posiada producent samolotów, w której siedzibie wykonane zostaną wszystkie potrzebne prace i która gwarantuje ich realizację w terminie.

Podniesione przez Odwołującego zarzuty dotyczące niezgodności oferty Przystępującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia są zatem pozbawione uzasadnienia, a w konsekwencji pozbawiony podstaw jest również zarzut zaniechania przez

Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na nieważność oferty wynikającą z rzekomej niemożności świadczenia. Dostarczenie przez Przystępującego zaoferowanych samolotów spełniających określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogi w żądanym terminie jest bowiem jak najbardziej możliwe. Z tych samych względów bezzasadne byłoby wzywianie Przystępującego do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie. Poza tym wszystkie powyższe okoliczności zostały szczegółowo wyjaśnione również przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego KIO 1332/18.

W związku z powyższym odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących oferty złożonej przez Przystępującego powinno zostać oddalone.

V Stanowisko przystępującego po stronie Zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GB Aircraft Sp. z o.o. i AERODATA AG

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego oraz wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego i Konsorcjum JB i wniósł o oddalenie odwołania w części dotyczącej Konsorcjum GB. Wskazał na brak argumentacji w stosunku do Konsorcjum GB.

Podkreślił, że nie został wykazany cel zмовы ani obszar, w którym miałyby być naruszona konkurencja i jakie są jej skutki dla pozostałych uczestników postępowania.

Co do stwierdzenia, że te same osoby pracowały nad ofertami, wskazał, że to jest to przekłamanie, ponieważ oferty pochodzą od Konsorcjum GB i Konsorcjum JB, a wspólny łącznik – pan S. nie pracował nad ofertami, co najwyżej nad pewnymi elementami – nie dotyczy to dostawy samej platformy, którą Zamawiający wycenił na 70% wartości zamówienia. Ten sam radar był oferowany w czterech ofertach. W ofercie Konsorcjum JB i Konsorcjum GB radary zostały nazwane w inny sposób, co oznacza, że nie robiła tego jedna osoba. Sytuacja zakończenia produkcji musiałyby mieć miejsce w dacie składania ofert.

Co do tego samego czasu przygotowania ofert, to oczywiste jest, że skoro został wyznaczony jeden termin składania ofert, a wykonawcy finalizują oferty ostatniego możliwego dnia, niezwykłe byłoby raczej, gdyby powstały w innym czasie, gdyż odbiegałoby to od zwyczajów rynkowych.

Co do powinowactwa, to istotna jest treść wezwań Zamawiającego, w której wskazywał, czego i dlaczego oczekuje w ramach wyjaśnień. Podkreślił, iż Odwołujący nie postawił zarzutów wprowadzenia Zamawiającego w błąd w stosunku do Konsorcjum GB, zarzut ten dotyczy jedynie Konsorcjum JB. Wezwanie należy czytać w całości, a Zamawiający we wcześniejszej treści odnosił się do firm Optimare i Aerodata, co nie dotyczyło kwestii powinowactwa. Nie miało to wpływu na zakłócenie konkurencji, więc Konsorcjum GB się do tego nie odnosiło.

Obie oferty zostały przedłużone i są wiążące, więc rozważanie potencjalnej możliwości, co by było przy cofnięciu oświadczenia, wiedząc, że takiego oświadczenia nie można cofnąć, nie ma sensu. Nieuczciwe powiązania mogą istnieć między wykonawcami, a nie z inną firmą nie będącą wykonawcą. Zdarza się, że wykonawca może być podwykonawcą w innej ofercie i jest to dopuszczalne, gdy nie można postawić zarzutu obejścia zakazu złożenia więcej niż jednej oferty. Powołał się na orzeczenia KIO 1874/10, KIO 352/17 i KIO 648/16, z których wynika, że konieczne jest wykazanie celu lub skutku w postaci wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia konkurencji, czego nie wykazano. Wniosek zaś musi być wyprowadzony racjonalnie.

Co do niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia stwierdził, że wniosek dotyczący biegłego składa się z dwóch elementów, tj. niemożliwości świadczenia i niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, przy czym niezgodność treści oferty ze specyfikacją była przedmiotem wyroku Izby o sygn. KIO 1332/18.

Co do niemożliwości świadczenia – wskazał, że w przypadku niemożliwości świadczenia należy odróżnić niemożliwość o charakterze obiektywnym od niemożliwości wykonawcy i od niemożliwości dochowania terminu, która to okoliczność nie wchodzi w zakres art. 387 Kodeksu cywilnego. Przedstawił dokument zawierający wyjaśnienia dotyczące harmonogramu dostaw samolotów dla Zamawiającego, do których załączono harmonogram czynności, z których wynika możliwość wykonania zamówienia przy rozpoczęciu jego realizacji od grudnia 2018 r. (objęty tajemnicą przedsiębiorstwa) W wyjaśnieniach tych wykonawca bazuje na podobnych doświadczeniach z dostawą samolotów dla straży granicznej Malty.

Wniósł o nieuwzględnienie wniosku dowodowego Odwołującego, który sam w sobie jest wadliwy, gdyż – żeby rozważyć powołanie biegłego – należy stwierdzić, czy biegły w aktach sprawy ma w ogóle materiał do wydania opinii.

Ze względu na stosowaną procedurę Konsorcjum GB nie było proszone o wyjaśnienia w zakresie treści oferty, przy czym Odwołujący wskazuje w odwołaniu, że o takie wyjaśnienia powinno być poproszone Konsorcjum JB, a w stosunku do Konsorcjum GB od razu żąda odrzucenia. Firma Aerodata AG posiada certyfikat na masę dodatkową, kwestia ta była omawiana w postępowaniu odwoławczym KIO 1332/18.

VI Ustalenia Izby

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o otwarcie zamkniętej rozprawy i postanowiła o ogłoszeniu orzeczenia w wyznaczonym terminie stwierdzając, że nie zostały spełnione przesłanki prawne określone w art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie

z tym przepisem Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania.

Odwołujący jako podstawę do otwarcia rozprawy wskazał uzyskany dowód w postaci korespondencji prowadzonej z Agencją EASA. Jednak – poza stwierdzeniem, że Odwołujący powinien był dołożyć należytej staranności, by dowód taki zdobyć wcześniej i przedstawić w trakcie trwania rozprawy – Izba uznała, że w korespondencji tej nie zawarto żadnych nowych informacji istotnych dla rozstrzygnięcia, a co najwyżej potwierdzenie okoliczności, o których już była mowa podczas przeprowadzonej i zamkniętej rozprawy. Co więcej, z korespondencji tej wynikało w głównej mierze potwierdzenie stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego i przystępujących Konsorcjum JB i Konsorcjum GB w zakresie tego, że EASA nie określi i nie jest w stanie określić *a priori* terminu potrzebnego na dokonanie stosownej certyfikacji, zaś długość tej procedury zależy głównie od działań wnioskodawcy. Samo stwierdzenie, które podkreślał Odwołujący jako istotną okoliczność, czy planowane zmiany powinny być kwalifikowane jako istotne, czy też nieistotne, nie ma zasadniczego znaczenia dla rozstrzygnięcia, o czym mowa w dalszej części uzasadnienia.

Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba stwierdziła jednak, że zarzuty Zamawiającego i przystępujących Konsorcjum JB i Konsorcjum GB dotyczące wniesienia niektórych zarzutów po terminie częściowo są uzasadnione – zostało to opisane w dalszej części uzasadnienia.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że stan faktyczny sprawy, w szczególności przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i udzielonych wyjaśnień (poza jedną nieistotną dla rozstrzygnięcia rozbieżnością, którą podniósł Zamawiający), treść złożonych ofert oraz innych dokumentów złożonych w postępowaniu, w zakresie objętym rozstrzygnięciem, nie jest sporny pomiędzy Stronami i Przystępującymi. Został on przedstawiony w stanowiskach Stron i Przystępujących, zatem nie będzie powtarzany.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum JB w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, co następuje.

Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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 kryteria selekcji, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (pkt 16) oraz wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 17).

Z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera główną zasadę kierującą procedurą udzielania zamówień, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamówienia zaś udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie ww. przepisów poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum JB, które w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd co do tego, jakoby spełniło i wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz zataiło w ofercie i w dokumentach składanych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 14 września 2018 r. informacje kluczowe z punktu widzenia wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, opisanego w rozdziale VII pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż w załączonym do oferty formularzu JEDZ oświadczyło, że spełnia warunek, o którym mowa w rozdziale VII pkt 2 specyfikacji, a następnie, w odpowiedzi na wezwanie otrzymane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przedłożyło dokument koncesji mający wykazywać, że to konsorcjant – AERO CLUB Sp. z o.o. będzie spełniać warunek udziału w postępowaniu, podczas gdy składając wyjaśnienia dotyczące zmowy przetargowej przyznało, że część zamówienia obejmująca radar poszukiwawczy oraz system obserwacji lotniczej nie będzie realizowana

przez AERO CLUB Sp. z o.o., tylko przez podwykonawcę – Optimare Systems GmbH. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w tym zakresie stanowiła jednak, że jeżeli oferta jest składana przez wykonawców wspólnie, to przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu musi (muszą) spełniać ten (ci) z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, który (którzy) będą realizować część zamówienia wymagającą posiadania ww. uprawnień; ponadto wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 27 lutego 2018 r. wykluczało dopuszczalność spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu poprzez podwykonawców.

W drugiej kolejności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum JB do uzupełnienia, względnie wyjaśnienia dokumentów przedłożonych na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Zamawiającego z przedstawionych przez Konsorcjum JB dokumentów koncesyjnych wynika uprawnienie Aero Club Sp. z o.o. do prowadzenia działalności w zakresie obrotu wyrobami i technologiami określonymi w załączniku nr 2 do ww. rozporządzenia od WT II do WT XIII ust. 1 i 2, więc zakres koncesji obejmuje wymagany przez Zamawiającego obrót w zakresie pozycji WT VIII. Konsorcjum JB przedłożyło zatem prawidłowy dokument koncesji, a tym samym spełniło wymóg określony w rozdziale VII punkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający nie miał więc podstaw, aby żądać dodatkowego wyjaśnienia, czy przedłożenia innych dokumentów.

Z rozdziału VII pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej w zakresie dostawy systemu obserwacji lotniczej i radaru poszukiwawczego 360°. Zamawiający wskazał, iż uzna, że wykonawca – z terytorium RP – posiada wymagane przepisami prawa uprawnienia do prowadzenia działalności zawodowej, jeśli wykaże on, że posiada uprawnienia, o których mowa w ustawie z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym i przepisach wykonawczych wydanych na jej podstawie, w zakresie określonym w pozycji WT VIII ust. 1, ust. 2, ust. 4 pkt 1, 2, 4, 7 i 9 załącznika nr 2 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 roku w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie i obrót jest wymagana koncesja.

Z ustalonego stanu faktycznego, co do którego Strony i Przystępujący są zgodni, wynika, że na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

Konsorcjum JB przedłożyło kopię koncesji nr B-040/2013 wraz z decyzją nr 2 z 10 czerwca 2014 r. dla spółki Aero Club Sp. z o.o. (jednego z konsorcjantów) zezwalającą na prowadzenie działalności w zakresie obrotu wyrobami i technologiami określonymi w załączniku nr 2 do rozporządzenia od WT II do WT XIII ust. 1 i 2.

Zamawiający nie wzywał tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów we wskazanym zakresie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ani do ich wyjaśnienia.

Izba nie stwierdziła wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Konsorcjum JB. Przede wszystkim Zamawiający zdaje sobie sprawę, jaki zakres prac należy wykonać w ramach zamówienia, a także, jakie podmioty złożyły przedmiotową ofertę. Niezależnie od złożonej w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia deklaracji spełniania warunków udziału w postępowaniu, otrzymał też dokument koncesji, zatem wie, którego podmiotu ona dotyczy. Dodatkowo Konsorcjum JB załączyło do oferty umowę konsorcjum, z której wynika podział zadań pomiędzy konsorcjantami oraz wskazało w ofercie jako podwykonawcę firmę Optimare Systems GmbH, a także ogólny zakres prac przewidziany dla tego podwykonawcy. Zamawiający powinien też znać przepisy prawa.

Oznacza to, że Zamawiający posiadał wszystkie potrzebne mu informacje dotyczące spełnienia przez Konsorcjum JB postawionego warunku udziału w postępowaniu, zatem miał wystarczające dane, by ocenić, czy koncesja została mu przedstawiona prawidłowo. Nie jest też tak, że w każdym przypadku, gdy wykonawca uzna, że spełnia warunek udziału w postępowaniu (i takie oświadczenie złoży w JEDZ lub innych dokumentach przedstawionych zamawiającemu), a następnie okaże się, że tego warunku nie spełnia, działanie to należy zakwalifikować jako złożenie nieprawdziwych informacji. Z tego powodu w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych znajdują się odrębne przepisy dotyczące wprowadzenia zamawiającego w błąd oraz niespełnienia (niewykazania spełnienia) warunku udziału w postępowaniu (punkt 12. ustępu 1. artykułu 24.).

Zamawiający uznał, że Konsorcjum JB przedstawiło prawidłowe dokumenty. Czy jego uznanie było prawidłowe, to inna kwestia, nie objęta postawionym zarzutem, natomiast nie można stwierdzić, że wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd.

Co zaś do spełnienia warunku – w zakresie objętym zarzutem odwołania – należy uznać, że koncesja została przedstawiona prawidłowo, tj. co do konsorcjum będącego dostawcą, a nie w stosunku do podwykonawcy – Optimare Systems GmbH, nawet jeśli zakres jego czynności na rzecz wykonawcy, a pośrednio i Zamawiającego, będzie obejmował obrót koncesjonowany. Z warunku tego wynikało bowiem wprost – jak też z przepisu art. 22 ust. 1 i ust. 1b ustawy Prawo zamówień publicznych oraz istoty procedury – że warunki udziału w postępowaniu mają spełniać wykonawcy. Co prawda niektóre z nich mogą być

wykazywane za pomocą potencjału innych podmiotów, jednak nie dotyczy to koncesji, której posiadanie jest wymagane przede wszystkim przepisami prawa obowiązującego w Polsce (ewentualnie w innym kraju). W niniejszym przypadku koncesja podwykonawcy nie może też zastąpić koncesji wykonawcy.

Zatem niezależnie od koncesji, jaką posiada, lub nie posiada, podwykonawca, to przedsiębiorca dokonujący obrotu towarem koncesjonowanym, musi taką koncesję posiadać. W tym przypadku obrotu towarem (dostawy dla Zamawiającego samolotów wraz z radarami i systemami obserwacji lotniczej) dokonuje Konsorcjum JB, które jest wykonawcą w postępowaniu, zatem koncesją – dla siebie samego – musi wykazać się Konsorcjum JB. I tej też sytuacji dotyczy postawiony warunek udziału w postępowaniu.

To, że analogiczną koncesję – w zależności od przepisów obowiązujących na terenie Włoch i Niemiec, gdzie działają firmy Leonardo (producent radarów) i Optimare Systems GmbH – powinni posiadać również ci przedsiębiorcy, jest sprawą odrębną, wykraczającą poza postawiony warunek udziału w postępowaniu.

W konsekwencji nie było też podstaw do wzywania wykonawców, w oparciu o dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia lub wyjaśniania dokumentów w kwestionowanym zakresie.

W związku z tym, że koncesję powinien przedstawić konsorcjant (lub konsorcjanci), a nie podwykonawca, Izba uznała, że stanowisko Zamawiającego jest prawidłowe, a zarzut Odwołującego błędny.

W powyższym rozstrzygnięciu Izba nie odnosiła się do kwestii podniesionej przez Odwołującego podczas rozprawy, tj. czy koncesję taką, na gruncie przepisów prawa, rodzaju dokonywanej czynności (dostawy samolotu wraz z zamontowanym radarem i systemem obserwacji lotniczej) oraz treści warunku udziału w postępowaniu, powinna przedstawić jedynie spółka Aero Club Sp. z o.o., czy też obaj konsorcjanci. Izba uznała, że w sposób ewidentny nie była ona objęta treścią zarzutu postawionego w odwołaniu, w związku z powyższym, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie mogła orzec co do zarzutu, który nie był zawarty w odwołaniu.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum JB na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 i pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum JB na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 w zw. z art. 7 ust. 3 i ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 oraz art. 84 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 i ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum JB z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, co następuje.

Przede wszystkim Izba uznała, że zarzuty te w istocie dotyczą różnych aspektów tej samej sytuacji i są ze sobą powiązane.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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 kryteria selekcji, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (pkt 16) oraz wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 17).

Art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Z art. 6 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynika, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów oraz uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (pkt 3) lub jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (pkt 8).

Zgodnie z definicją zawartą w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przywołany art. 15 ust. 1 pkt 5 tej ustawy wskazuje, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Z treści art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie powyższych przepisów poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum JB, pomimo że uczestnicy Konsorcjum JB i Konsorcjum GB zawarli porozumienie naruszające konkurencję w rozumieniu ww. przepisów, przejawiające się m.in. w tym, iż spółka w 100% zależna do uczestnika Konsorcjum GB stanowiła głównego i jedyne podwykonawcę Konsorcjum JB w zakresie jedyne postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu i w tym zakresie doszło do niedopuszczalnych uzgodnień warunków ofert z udziałem tych samych osób fizycznych, wymieniało informacje z Konsorcjum GB odnośnie warunków ofert, a następnie podjęło próbę wycofania swojej oferty, co oznaczałoby możliwość uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Konsorcjum GB. Odwołujący zarzucił także zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum JB z powyższego powodu, ze względu na to, że próba ta w sposób sprzeczny z art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz z dobrymi obyczajami naruszała interes Zamawiającego, stanowiąc usiłowanie narzucenia konieczności dokonania wyboru oferty mniej korzystnej z punktu widzenia kryteriów oceny ofert, a także w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, w tym uczciwością we współzawodnictwie na rynku towarów i usług oraz rzetelnością w konkurencji naruszało interes Odwołującego, gdyż koordynacja działań przetargowych oraz warunków ofert, w tym rezygnacja z udziału w postępowaniu (nieuczciwość środka i celu) zwiększała ich – kosztem Odwołującego – szanse na zdobycie zamówienia, a czyniły to nie dzięki ofercie rzeczywiście najkorzystniejszej, ale wskutek nieuczciwości zakłócającej dozwoloną rywalizację rynkową. Odwołujący zarzucił także, że Konsorcjum JB wprowadziło Zamawiającego w błąd w wyjaśnieniach z 18 września 2018 r., w których pominęło kwestię powiązań personalnych pomiędzy podwykonawcą Optimare Systems GmbH a konsorcjantem Konsorcjum GB oraz zaprzeczyło, że prowadziło rozmowy lub konsultacje z Optimare Systems GmbH lub inną firmą przynależną do grupy kapitałowej Aerodata Group, chociaż dysponuje on wiedzą

o warunkach oferty Konsorcjum JB, które nie wynikają z jej treści i których uzyskanie nie jest możliwe bez dzielenia się informacjami przez zainteresowanych.

Zamawiający wniósł o częściowe odrzucenie zarzutu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako wniesionego po terminie wskazanym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Według Zamawiającego termin ten powinno się liczyć od 26 czerwca 2018 r., kiedy to Zamawiający poinformował wykonawców o pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ocenie złożonych ofert i od którego możliwe było zapoznanie się z pełną dokumentacją postępowania. Informacje o powiązaniach pomiędzy spółkami Optimare Systems GmbH i Aerodata AG Odwołujący mógł więc powziąć już w tym czasie i podnieść na wcześniejszym etapie postępowania.

Izba w tym zakresie zgadza się z Zamawiającym, jednak stwierdziła, że podniesione w ww. zarzutach okoliczności i argumentacja są na tyle powiązane ze sobą i z czynnościami Zamawiającego z września 2018 r., że niemożliwe jest ich ściśle oddzielenie i pełne wyłączenie z zakresu zarzutu. Same też zarzuty naruszenia poszczególnych przepisów się ze sobą łączą i częściowo pokrywają. Przy tym Odwołujący nie stawia zarzutu dotyczącego samego istnienia ww. powiązań, ale powziętego po wydarzeniach z września 2018 r. podejrzenia zaistnienia porozumienia, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz jego skutków. W związku z powyższym Izba odniosła się kompleksowo do wszystkich zarzutów dotyczących tego zakresu.

Izba nie stwierdziła wskazanych powyżej naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych lub innych ustaw.

W odniesieniu do powyższych zarzutów Izba stoi na stanowisku analogicznym, jak opisane w uzasadnieniu wyroku z 20 listopada 2018 r. o sygn. akt KIO 2090/18, obaj Odwołujący powołują się bowiem zasadniczo na te same okoliczności.

Z przywołanego przez Odwołującego art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w tym postępowaniu, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

W zakresie zaś grupy kapitałowej, w której udział wskazanych spółek Optimare Systems GmbH i Aerodata AG budzi zastrzeżenia Odwołującego, istnieje inny przepis, tj. art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykazą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ustawodawca wskazał więc ramy wykluczenia członków grupy kapitałowej biorących udział w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i dotyczą one jedynie powiązania pomiędzy samymi wykonawcami i złożenia odrębnych ofert przez członków grupy kapitałowej, przy czym nawet w takim przypadku wykluczenie to nie jest bezwzględne, gdyż ustawodawca nie zakłada, że w każdym przypadku musi skutkować zakłóceniem konkurencji w postępowaniu. Ustawodawca nie zakłada też, poprzez fakt samego powiązania kapitałowego i osobowego, tj. tych samych członków zarządu (które, rzeczywiście, często towarzyszy powiązaniu kapitałowemu i jest jego konsekwencją), zawarcia pomiędzy tymi podmiotami niedozwolonego porozumienia ani nie wprowadza domniemania, które musi zostać obalone.

Co więcej, w przeciwieństwie do art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie dowód na niezakłócenie konkurencji muszą przedstawić wykonawcy, art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga, by zakłócenie konkurencji między wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu, jak też samo istnienie porozumienia mającego taki cel, zostało wykazane za pomocą stosownych środków dowodowych. W przypadku podjęcia decyzji o wykluczeniu powinien to zrobić zamawiający, w przypadku odwołania – podmiot stawiający taki zarzut. Przy tym Izba zgadza się ze stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie i podczas rozprawy, że podstawa faktyczna domniemania zмовы przetargowej musi uprawniać do wniosku, iż wykonawcy pozostawali w nielegalnym porozumieniu, a wniosek ten musi być zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, nie może też być jedynie jednym z możliwych wniosków, które można powziąć z zaistniałych okoliczności. Można prezentować różne poglądy na temat tego, jak silny musi być taki dowód, czy też, czy może to być jedynie uprawdopodobnienie, jednak rzeczywiście jakaś forma dowodu musi zaistnieć, podczas gdy w niniejszym postępowaniu odwoławczym

w ogóle nie wskazano ani dowodów, nawet pośrednich, ani nawet konkretnych okoliczności faktycznych wskazujących na istnienie takiego porozumienia. Same zaś twierdzenia, podejrzenia i wątpliwości, jakie można powziąć w danym stanie faktycznym, środka dowodowego nie stanowią. Co więcej, z okoliczności sprawy, na które powoływał się Odwołujący, nie można wywieść jedyne logicznego, a nawet – najbardziej prawdopodobnego – wniosku, że zaistniała sytuacja jest wynikiem właśnie takiego niedozwolonego porozumienia.

Fakt, że Zamawiający odnotował powiązania pomiędzy spółkami i mogły one budzić jego wątpliwości, którym dał wyraz prosząc Konsorcjum JB i Konsorcjum GB o wyjaśnienia, nie oznacza, że zostały spełnione przesłanki wykluczenia wykonawców opisane w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także, że jest w stanie swoją decyzję poprzeć wymaganymi przez przepis dowodami, nawet pośrednimi.

De lege ferenda podstawy wykluczenia w takich sytuacjach być może powinny zostać rozszerzone, jednak obecnie istniejących przepisów nie można interpretować w sposób nadmiernie rozszerzający ich zastosowanie – przede wszystkim byłoby to niezgodne z zasadą przejrzystości postępowania, która wymaga, by zasady udziału w postępowaniu były określone z góry i niezmiennie w trakcie całego postępowania.

Same istniejące pomiędzy spółkami powiązania, czy tożsamość członków zarządu nie równają się jeszcze zawarciu porozumienia. Nawet jeśli pan B. jest członkiem zarządu dwóch spółek, to spółki te złożyły ofertę wspólnie, zatem oczywiste jest porozumienie między nimi, natomiast brak jest przez to powiązań z ofertą Konsorcjum GB, czy też podstaw do twierdzenia, że z tego powodu porozumiewał się z inną spółką. Sam fakt, że dana osoba mogła potencjalnie coś zrobić albo było to dla niej łatwe, nie oznacza automatycznie, że to zrobiła.

Odwołujący co prawda powołał się na cytaty z wyjaśnień Konsorcjum GB z 24 września 2018 r., w których wykonawca odniósł się do tożsamości osób pracujących nad obiema ofertami, jednak nie może stanowić to decydującego dowodu, gdyż po pierwsze stwierdzenia tego nie można uznać za przyznanie, lecz pewną hipotezę: „jeśliby doszło do zmywy”, po drugie piszący odnosi się do spółek Aerodata AG i Optimare Systems GmbH, a nie ofert obu konsorcjów.

Trudno też ocenić wpływ pana Stahla na ofertę sporządzoną przez Konsorcjum JB, czy nawet Konsorcjum GB, a tym bardziej to, że jego sytuacja w obu spółkach (Aerodata AG i Optimare Systems GmbH) prowadziła do zawarcia pomiędzy oboma konkurentami porozumienia. Prawdopodobne jest także założenie, że w Konsorcjum GB znaczący głos miała spółka GB Aircraft, która nie musiała być zainteresowana porozumieniem na

ewentualną korzyść grupy Aerodata, a nie wskazano jej udziału w takim porozumieniu ani korzyści, które miałyby z tego odnieść.

Co więcej, jak słusznie podkreślał Zamawiający i przystępujący po jego stronie wykonawcy, Odwołujący w ogóle nie wskazał korzyści, jakie którekolwiek z konsorcjów lub konsorcjantów miałyby odnieść z takiego porozumienia (w tym przypadku osiągnięcie porozumienia co od zasady nie jest celem samym w sobie), w szczególności biorąc pod uwagę fakt, że – jak kilkakrotnie podkreślano – cena oferty Konsorcjum GB jest niższa niż cena oferty Konsorcjum JB, więc odpada najbardziej oczywisty czynnik. Nie ma też żadnych dowodów na to, że pomimo niższej ceny Konsorcjum GB przewidziało wyższy niż Konsorcjum JB zarobek na tym kontrakcie, np. w postaci wyższej marży. Brak tu więc odniesienia do aspektu finansowego, który sugerowałby oczywisty cel zmywy.

Co do próby wycofania oferty Konsorcjum JB, którą Odwołujący wskazuje jako przejaw zmywy, to również w tym przypadku Izba nie uznała zmywy za logiczny wniosek z podjętych przez tego wykonawcę działań.

Konsorcjum JB, na wniosek Zamawiającego z 31 sierpnia 2018 r. skierowany w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, żądane oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą złożyło Zamawiającemu w wyznaczonym przez niego terminie – do 7 września 2018 r., tj. 4 i 6 września 2018 r. (w zależności od formy) w taki sposób, że danego dnia Zamawiający z tym oświadczeniem mógł się zapoznać. Oświadczenie to zostało złożone w sposób jednoznacznie wyrażający wolę wykonawcy – nie tylko pisemnie, ale także zostało poparte wniesieniem wadium. Kolejne oświadczenie, odwołujące to oświadczenie, zostało złożone dnia następnego – i tego dnia do Zamawiającego dotarło w sposób umożliwiający mu zapoznanie. Następnie wykonawca złożył kolejne oświadczenie wskazujące, że zasadniczo odwołuje również drugie oświadczenie, a swoją rezygnację uzależnia od zwrotu wadium.

Zgodnie z art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego oświadczenie woli składane innej osobie, które dotarło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią, jest wiążące. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne jedynie, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej.

Oświadczenie takie może być też nieważne na ogólnych zasadach.

W oświadczeniach złożonych Zamawiającemu – w szczególności w pierwszym z nich – nie stwierdzono jednak żadnych wad skutkujących jego nieważnością, w szczególności błędu w rozumieniu art. 84 Kodeksu cywilnego, a sam wykonawca na działanie pod wpływem błędu się nie powoływał. Niezdecydowanie zaś osoby składającej oświadczenie, wyrażane *post factum*, nie stanowi okoliczności istotnej prawnie dla losów przedmiotowego oświadczenia.

Zatem, na gruncie przepisu art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego – oraz w braku odmiennych regulacji w ustawie Prawo zamówień publicznych – nie było możliwe jego skuteczne odwołanie, a wykonawca pozostał tym oświadczeniem związany i jego ewentualną kolejną czynnością mogłaby być odmowa zawarcia umowy. Sporne oświadczenie z 7 września 2018 r., jak też kolejne, warunkujące zgodę od utraty wadium, były więc bezskuteczne, co wynika bezpośrednio z treści art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego.

Tym samym, w ocenie Izby, działania Konsorcjum JB jako przejaw realizacji zmowy byłyby usiłowaniem zbyt nieudolnym – a wpłacenie wadium, dodatkowo, nieracjonalnym – by uznać, że taki był ich cel. Bardziej prawdopodobne wydaje się wyjaśnienie udzielone podczas rozprawy przez prezesa JB Investments Sp. z o.o., że działanie to wynikało z niepewności co do stanowiska producenta samolotów.

Izba nie stwierdziła też wskazanego w odwołaniu związku pomiędzy ewentualną rezygnacją Konsorcjum JB z udziału w postępowaniu a pogorszeniem sytuacji Odwołującego – z punktu widzenia sytuacji Odwołującego obojętne jest, czy zamówienie uzyskałoby Konsorcjum JB, czy Konsorcjum GB, a w konsekwencji rezygnacji co najwyżej zająłby drugie, a nie trzecie miejsce w rankingu ofert.

W braku stwierdzenia istnienia niedozwolonego porozumienia, trudno też zarzucać wykonawcom popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji, a w zupełności brak przesłanek do stwierdzenia nieważności oferty.

Izba nie stwierdziła również zatajania przez wykonawcę informacji w trakcie udzielania wyjaśnień, których żądał Zamawiający. W swoich wyjaśnieniach wykonawca mógł co prawda jedne sprawy opisać bardziej, a inne mniej wyczerpująco – w zależności od pytania, swojej wiedzy i wagi przywiązywanej do danej okoliczności, lecz Izba nie stwierdziła działania, które można by uznać za „zatajenie”, czy też – z związku z tym – wystąpienia stanu, w którym Zamawiający nie uzyskał pewnych informacji, które zdecydowany byłby uzyskać.

Co do firmy Bird Aerosystems, to wykonawca ma prawo doboru podwykonawców według swojego uznania, a zamawiający na etapie składania ofert w tę kwestię nie ingerują, zatem z punktu widzenia Zamawiającego nie ma znaczenia fakt, czy to Bird Aerosystems zrezygnował ze współpracy z Konsorcjum JB, czy też to Konsorcjum JB wolało wybrać spółkę Optimare.

Odwołujący wskazał również, że Konsorcjum JB zataiło przed Zamawiającym informacje oświadczając w wyjaśnieniach z 18 września 2018 r., że nie prowadziło rozmów z firmami z grupy Aerodata na temat warunków złożenia oferty, a nie odniosło się do okresu po złożeniu oferty. Jednak w żaden sposób nie udowadnia to zawarcia porozumienia na etapie późniejszym. Natomiast logiczne jest przedstawione powyżej wyjaśnienie, że Aerodata AG

uzyskała informacje o ofercie Optimare Systems GmbH dla Konsorcjum JB w celu udzielenia odpowiedzi Zamawiającemu, na jego żądanie złożenia wyjaśnień. W ocenie Izby bardziej racjonalne byłoby bowiem, aby w momencie, gdy Zamawiający powziął podejrzenie zaistnienia porozumienia, wykonawca raczej ukrył znajomość tej oferty.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum GB na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzut ten odnosi się do stwierdzenia, że uczestnicy Konsorcjum GB oraz Konsorcjum JB zawarli porozumienie naruszające konkurencję w rozumieniu przywołanych wyżej przepisów, przejawiające się m in. tym, że spółka w 100% zależna do uczestnika Konsorcjum GB stanowiła głównego i jedyne podwykonawcę Konsorcjum JB w zakresie postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu i w tym zakresie doszło do niedopuszczalnych uzgodnień i wymiany informacji, przygotowywania ofert z udziałem tych samych osób fizycznych, a następnie Konsorcjum JB – pismem z 7 września 2018 r. – podjęło próbę wycofania swojej oferty, która zostałaby uznana za najkorzystniejszą, na czym mogło skorzystać Konsorcjum GB. Zarzut ten pokrywa się więc z zarzutem dotyczącym Konsorcjum JB, a Odwołujący, Zamawiający oraz Przystępujący podnosili tę samą argumentację, co w przypadku Konsorcjum JB.

Tym samym również powyższe rozstrzygnięcie Izby dotyczące zarzutów podniesionych w stosunku do Konsorcjum JB, dotyczy także Konsorcjum GB.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum JB na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 3 i ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zarzutu odrzucenia oferty Konsorcjum JB na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku art. 387 § 1 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (nie dotyczy on niniejszej sytuacji) lub jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Odwołujący powołał się na przepis „odrębny” – art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między

zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 (nie dotyczą niniejszej sytuacji), dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści (art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej (art. 14 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej (art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Jako podstawę zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia Odwołujący wskazał zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum JB, pomimo że złożyło ono ofertę, w której zobowiązało się zrealizować zamówienie zgodnie ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego oraz w terminie do 1 października 2020 r., chociaż zaoferowało samolot, który wymaga takiego dostosowania do wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym uzyskania certyfikatów typu EASA lub równoważnych, że oferta Konsorcjum JB jest niezgodna z wymaganiami dostarczenia dokumentacji, o której mowa w rozdziale II pkt 1. ppkt 6) lit. c) załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w terminie trzech miesięcy przed planowanym terminem dostawy samolotów wraz z wyposażeniem dodatkowym oraz jest niezgodna z wymaganiami rozdziału VI pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zrealizowania dostawy samolotów najpóźniej do 1 października 2020 r.

Zarzut dotyczący złożenia nieważnej oferty Odwołujący oparł na stwierdzeniu, że jej przedmiotem jest świadczenie niemożliwe, gdyż nie jest możliwe dotrzymanie terminu dostarczenia dokumentacji, o którym mowa w rozdziale II pkt 1. ppkt 6) lit. c) załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz niemożliwe jest zrealizowanie dostawy samolotów do 1 października 2020 r., do tego niemożliwe jest nieprzekroczenie wyznaczonego limitu 50 godzin lotu.

Odwołujący wskazał również na zaniechanie wezwania Konsorcjum JB do wyjaśnień, który podmiot oraz w jakim terminie wystąpi o uzyskanie certyfikatów EASA lub równoważnych, skoro żaden z uczestników Konsorcjum JB ani Optimare Systems GmbH nie posiada certyfikatu EASA PART 21 organizacji projektowej i produkującej, a tym samym nie ma

możliwości terminowego uzyskania certyfikatów EASA lub równoważnych oraz dochowania wymaganego terminu dostawy.

Zamawiający wniósł o odrzucenie tych zarzutów jako złożonych po terminie. Art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Jak wskazuje art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Według Zamawiającego termin ten powinno się liczyć od 26 czerwca 2018 r., kiedy to Zamawiający poinformował wykonawców o pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ocenie złożonych ofert i od którego możliwe było zapoznanie się z pełną dokumentacją postępowania podkreślając, że treść oferty nie zmieniła się ani nie były w stosunku do niej prowadzone nowe czynności.

Izba stwierdziła, że zarzuty Odwołującego w powyższym zakresie nie odnoszą się do kwestii posiadania przez oferowane samoloty parametrów technicznych, które były rozpatrywane w postępowaniu odwoławczym KIO 1332/18, lecz – ze względu na konieczność dostosowania samolotów do wymagań Zamawiającego – do możliwości dochowania terminu dostawy samolotów, określonego przez Zamawiającego konkretną datą oraz dostarczenia dokumentacji, o której mowa w rozdziale II punkt 1. podpunkt 6. lit. c opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym do realności oferty i możliwości realizacji oferowanego świadczenia. Ta zaś w miarę upływu czasu może się zmieniać i tym samym być inna w kwietniu, kiedy to składano daną ofertę, inna w czerwcu, kiedy Zamawiający dokonał pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, inna w lipcu i sierpniu, kiedy toczyła się rozprawa i zapadło rozstrzygnięcie w sprawie KIO 1332/18 oraz a inna w październiku, kiedy Zamawiający dokonał powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej (potwierdza to nawet twierdzenie Konsorcjum JB, że – składając kwestionowane oświadczenia z 6 i 7 września 2018 r. wahał się, czy producent obecnie zdecyduje się przyjąć zamówienie).

Ponadto czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z 1 października 2018 r., pomimo że w znacznej części pokrywa się z czynnością wcześniejszego wyboru oferty, jest czynnością nową, a tym samym, z założenia ustawodawcy, istnieje możliwość jej kwestionowania. Wykonawca ma więc prawo podnieść zarzut, że Zamawiający wybrał ofertę nierealną czy też

niemożliwą do zrealizowania właśnie w terminie powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W swoich zarzutach Odwołujący powołał się na konieczność uzyskania dla oferowanego samolotu odpowiedniego Certyfikatu Typu EASA, Dodatkowego Certyfikatu Typu (STC) lub rozszerzenia Certyfikatu Typu (TC). Konieczność uzyskania danego rodzaju dokumentu wynika z rodzaju zmian i ich kwalifikacji jako zmian istotnych lub nieistotnych.

Odwołujący, Zamawiający oraz Przystępujący w swoich pismach oraz podczas rozprawy przedstawiali argumenty – przytoczone częściowo powyżej – mające uzasadnić ich stanowiska, dlaczego dana modyfikacja powinna być uznana za istotną lub nieistotną. Ma to takie znaczenie, że zmiana istotna co do zasady jest zmianą wymagającą większego zakresu działań, a tym samym dłuższego czasu dla uzyskania danego rodzaju certyfikacji.

Jak zostało wskazane podczas rozprawy, dla czasu uzyskania akceptacji Agencji EASA istotne znaczenie może mieć też fakt, czy dany podmiot posiada certyfikat EASA PART 21 organizacji projektowej i produkującej. Co do zasady bowiem podmiot będący „zatwierdzoną organizacją projektującą” będzie miał duży udział w procesie certyfikacji, znaczący wpływ na czas jego trwania, a sama certyfikacja z udziałem takiego podmiotu trwa krócej niż w przypadku złożenia wniosku przez podmiot, który takiego statusu nie ma.

Odwołujący podniósł, że żaden z konsorcjantów Konsorcjum JB ani spółka Optimare Systems GmbH nie posiada certyfikatu EASA PART 21, co zostało przez Konsorcjum JB przyznane. Przystępujący ten i Zamawiający wskazali jednak, że taki status zatwierdzonej organizacji projektującej ma producent samolotów – LET Aircraft Industries (co nie było kwestionowane), który to producent ma poprowadzić proces certyfikacji oferowanego samolotu L410.

Co do terminu certyfikacji Zamawiający i Konsorcjum JB wskazali, że nie jest on ściśle określony procedurami EASA, lecz wynika w głównej mierze – oprócz rodzaju wprowadzanych zmian – z przygotowania wnioskodawcy do procesu certyfikacji i współpracy z EASA oraz tempa, w jakim dokonuje on poszczególnych czynności i wykazuje spełnianie wymogów EASA. Z tego też powodu nie jest on możliwy z góry do ustalenia.

Twierdzenie to potwierdza zarówno korespondencja z pracownikiem Agencji EASA załączona do wniosku Odwołującego o ponowne otwarcie rozprawy (jakkolwiek z przyczyn formalnych nie może ona stanowić dowodu w niniejszym postępowaniu odwoławczym), jak i fakt, że ani Odwołujący, ani Konsorcjum Parasnake, nie byli w stanie takiego terminu określić, podobnie jak i pozostali uczestnicy postępowania, a każdy z uczestników postępowania mógł jedynie powoływać się na terminy związane z przeszłymi dostawami, które mogą być jedynie częściowo miarodajne, nie są bowiem identyczne z obecną sytuacją.

Przystępujący Konsorcjum JB w ramach dowodu przedstawił również oświadczenie producenta oferowanych samolotów – LET Aircraft Industries, w którym oświadczył on, że jest w stanie zrealizować zamówienie w okresie 18 miesięcy od zawarcia umowy, a żadaną dokumentację dostarczyć w ciągu 15 miesięcy od zawarcia umowy.

W związku z powyższym i w braku stosownych dowodów przeciwnych Izba uznała, że zarzut braku możliwości realizacji zamówienia w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie nie potwierdził się. Podobnie jak zarzut dotyczący prognozowanego przekroczenia limitu 50 godzin lotu dostarczanych samolotów lub też niemożności wyprodukowania i oblatania w wyznaczonym terminie prototypu samolotu.

Izba oddaliła jednak wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego ze względu na to, że – jak słusznie podniosła strona przeciwna – Izba ani żaden z uczestników nie jest w stanie przedstawić biegłemu miarodajnych materiałów w tym zakresie, na podstawie których mógłby on określić realny czas uzyskania wymaganego certyfikatu, biegły nie jest też w stanie uzyskać ich we własnym zakresie. Zależy to bowiem od szybkości działania producenta samolotu w danym przypadku – oraz szybkości działania EASA, a tych biegły nie jest w stanie przewidzieć ani określić (nie jest tego w stanie zrobić sama EASA). Inne okoliczności, dla których ustalenia biegły miał być powołany, zdaniem Izby, nie są niezbędne dla rozstrzygnięcia, ponieważ kluczową kwestią jest tu czas certyfikacji. Tym samym w niniejszym przypadku dowód taki powodowałby jedynie zwłokę w postępowaniu odwoławczym. Podobnie Izba uznała, że bezprzedmiotowe jest zwracanie się przez nią z wnioskowanym pytaniem do Agencji EASA, ponieważ EASA nie jest w stanie udzielić innej odpowiedzi (Izbie czy biegłemu), niż zrobiłaby to w stosunku do każdego innego podmiotu, a przede wszystkim sama EASA, z podanych powyżej przyczyn, nie jest w stanie określić takiego terminu.

W zakresie sporu, czy zamierzone zmiany są, czy też nie są zmianami istotnymi, które z nich i jakiego rodzaju certyfikacji EASA wymagają: Certyfikatu Typu, Dodatkowego Certyfikatu Typu (STC) czy rozszerzenia Certyfikatu Typu (TC) Izba stwierdziła, że ma to znaczenie drugorzędne dla rozstrzygnięcia, podobnie jak fakt, czy dany podmiot posiada certyfikat EASA PART 21, czy też nie.

Oczywiście z praktycznego punktu widzenia jest to istotne, gdyż potencjalnie wpływa na długość procesu certyfikacji. Jednak, jako że Zamawiający nie wprowadził ani zakazu zmian istotnych, ani nie wymagał posiadania statusu zatwierdzonej organizacji projektującej PART 21, nie jest to wymóg konieczny do spełnienia ze względów formalnych. Ponieważ zaś Izba nie jest obecnie w stanie ustalić, jak długi byłby to proces w każdym z tych przypadków (zmiana istotna/nieistotna lub zatwierdzona organizacja projektująca PART 21 czy też inny podmiot), jedyną istotną dla rozstrzygnięcia okolicznością jest wskazana powyżej, czyli jak

długo będzie trwała certyfikacja danego samolotu prowadzona przez danego producenta w danym przypadku.

Izba zaś nie stwierdziła, że Konsorcjum JB nie będzie w stanie takiej certyfikacji uzyskać w żądanym terminie. Dodatkowo, w stosunku do Konsorcjum JB istnieją trzy okoliczności, które można uznać za korzystne dla tego wykonawcy. Po pierwsze producent samolotu posiada status zatwierdzonej organizacji projektującej, zatem z dużą dozą prawdopodobieństwa certyfikacja będzie przebiegać sprawnie. Po drugie producent zapewnił, że jest w stanie wybudować samoloty i uzyskać wymagane certyfikaty we wskazanym terminie 15 i 18 miesięcy. Po trzecie zaś, co podkreślał Zamawiający, niektóre z projektowanych zmian mogą już być certyfikowane lub w trakcie certyfikacji, co również zwiększa prawdopodobieństwo skrócenia terminu uzyskania wymaganego dokumentu certyfikacyjnego.

Co zaś do udziału producenta – LET Aircraft Industries w realizacji zamówienia i podnoszonej kwestii zmiany treści oferty Konsorcjum JB należy wskazać, że nie występuje tu zmiana tej treści. Wykonawca ten od początku w swojej ofercie deklarował dostarczenie danego modelu samolotu, produkcji LET Aircraft Industries. Niezależnie więc od tego, czy zakwalifikował go oficjalnie jako podwykonawcę (wpisał go do tabeli dotyczącej podwykonawców), czy też nie, oczywiste jest, że LET Aircraft Industries jako producent będzie miał zasadniczy udział w realizacji zamówienia, bez niego bowiem realizacja ta jest niemożliwa. Zatem udział producenta samolotów w ich dostawie był deklarowany w ofercie od początku.

Z procedury przewidzianej przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający powinien korzystać w sytuacji, w której ma wątpliwości co do treści oferty. Jeśli jednak zamawiający takich wątpliwości nie powziął – a nie można jednocześnie stwierdzić, że powinien był je powziąć – trudno zarzucać zamawiającemu, że nie prosił o wyjaśnienia oferty.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający, jak wynika z prezentowanego przez niego stanowiska procesowego, takich wątpliwości nie miał, a jednocześnie, jak wskazał, przed czynnością wyboru został o możliwości terminowej realizacji zamówienia upewniony, zatem zarzut ten należy uznać za nieuzasadniony.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum GB na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 3 i ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku art. 387

§ 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych
Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący naruszenie ww. przepisów wiąże ze złożeniem przez Konsorcjum GB oferty, w której zobowiązało się ono zrealizować zamówienie zgodnie ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w terminie do 1 października 2020 r., chociaż zaoferowało samolot, który wymaga takiego dostosowania do wymagań specyfikacji, w tym uzyskania certyfikatów typu EASA lub równoważnych, że oferta ta jest niezgodna z wymaganiem dostarczenia dokumentacji, o której mowa w rozdziale II pkt 1. ppkt 6) lit. c) opis przedmiotu zamówienia w terminie trzech miesięcy przed planowanym terminem dostawy samolotów wraz z wyposażeniem dodatkowym oraz jest niezgodna z wymaganiem zrealizowania dostawy samolotów najpóźniej do 1 października 2020 r., do tego niemożliwe nieprzekroczenie wyznaczonego limitu 50 godzin lotu.

Zarzut ten pokrywa się więc z zarzutem dotyczącym Konsorcjum JB, a Odwołujący, Zamawiający oraz Przystępujący podnosili tę samą argumentację, co w przypadku Konsorcjum JB, tylko w ograniczonym zakresie. Tym samym również powyższe rozstrzygnięcie Izby dotyczące zarzutów podniesionych w stosunku do Konsorcjum JB, dotyczy także Konsorcjum GB.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....