

Sygn. akt KIO 2090/18

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

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

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

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Parasnake A. S. oraz Airborne Technologies Gesellschaft mit beschränkter Haftung 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 A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Parasnake A. S. oraz Airborne Technologies Gesellschaft mit beschränkter Haftung tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Parasnake A. S. oraz Airborne Technologies Gesellschaft mit beschränkter Haftung 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 A. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Parasnake A. S. oraz Airborne Technologies GmbH wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia JB INVESTMENTS Sp. z o.o. i AERO Club Sp. z o.o., zwanych dalej także „Konsorcjum JB” oraz oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GB Aircraft Sp. z o.o. i AERODATA AG, zwanych dalej także „Konsorcjum GB” z uwagi na ich niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co prowadzi do nierównego traktowania wszystkich uczestników postępowania i naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia JB INVESTMENTS Sp. z o.o. i AERO Club Sp. z o.o. z uwagi na niewyrażenie zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, na przedłużenie terminu związania ofertą,

3. art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia JB INVESTMENTS Sp. z o.o. i AERO Club Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GB Aircraft Sp. z o.o. i AERODATA AG z uwagi na zawarte porozumienie pomiędzy tymi wykonawcami, mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia JB INVESTMENTS Sp. z o.o. i AERO Club Sp. z o.o.,

3. wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia JB INVESTMENTS Sp. z o.o. i AERO Club Sp. z o.o. oraz oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GB Aircraft Sp. z o.o. i AERODATA AG.

Odwołujący wskazał, że jego interes został naruszony, ponieważ czynności objęte odwołaniem uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie zamówienia. Zamawiający, realizując wyrok KIO z 22 sierpnia 2018 r., sygn. KIO 1332/18, unieważnił czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego i dokonał ponownie czynności badania i oceny ofert. Odwołujący zaskarżył ww. wyrok do Sądu Okręgowego w Warszawie. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu lub wykluczeniu, Odwołujący może ponieść szkodę poprzez nieuzyskanie zamówienia w przypadku uwzględnienia przez sąd skargi na wyrok KIO 1332/18. Mając na uwadze, że cena jedynej niepodlegającej odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Beechcraft Berlin Aviation GmbH i Arminex Trading Sp. z o.o. przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, Odwołujący ma też interes w unieważnieniu postępowania, bowiem wtedy będzie mieć możliwość wzięcia udziału w kolejnym postępowaniu.

Uzasadniając swoje zarzuty wskazał, że decyzja z 1 października 2018 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum JB jest wadliwa.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych podniósł, że oferta Konsorcjum JB jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zaoferowane przez Konsorcjum JB dwa samoloty dwusilnikowe turbinowe marki LET Aircraft Industries, typu L410 nie spełnią wymagań technicznych określonych w części II załącznika nr 1 „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”. W szczególności oferowane samoloty nie spełniają kryteriów dotyczących:

- systemu paliwowego zapewniającego loty o długości co najmniej 5 godzin 30 minut lotu (na prędkości ekonomicznej) plus 30 minut rezerwy (przy ciężarze załadunku samolotu minimum 950 kg), łącznie „Endurance” co najmniej 6 godzin lotu,
- systemu ogrzewania umożliwiającego loty zimą i na wyższych pułapach (do 20 000 stóp),
- licznika czasu pracy silników.

Ponadto zaoferowany przez Konsorcjum JB oraz Konsorcjum GB radar poszukiwawczy 360° nie spełnia określonego w „Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia” wymagania dotyczącego wyprodukowania nie wcześniej niż w 2018 r. Zaoferowany radar marki

LEONARDO SELEX nie jest obecnie produkowany, gdyż został zastąpiony przez urządzenie LEONARDO OSPREY 30.

Tym samym oferta Konsorcjum JB nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych podniósł, że Zamawiający pismem z 31 sierpnia 2018 r., na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwrócił się do Konsorcjum JB o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni oraz, w przypadku wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, o wniesienie wadium na podstawie art. 46 ust. 3 w zw. z art. 85 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Konsorcjum JB, pismem z 7 września 2018 r., oświadczyło, iż rezygnuje z uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jednocześnie cofa zgodę wyrażoną w piśmie z 6 września 2018 r. na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni i zwróciło się z prośbą o zwrot wpłaconego wadium.

W ocenie Odwołującego powyżej wskazane oświadczenie Konsorcjum JB należy uznać za niewyrażenie zgody na przedłużenie związania ofertą złożoną w postępowaniu, co powinno skutkować odrzuceniem przez Zamawiającego oferty Konsorcjum JB.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący podniósł, że Zamawiający, pismem z 14 września 2018 r., zwrócił się do Konsorcjum JB o złożenie wyjaśnień, czy w postępowaniu nie zachodzi sytuacja naruszenia uczciwej konkurencji, zgodnie z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. w szczególności czy wykonawca (rozumiany jako konsorcjum i każdy z wykonawców osobno) zawarł porozumienie z innymi wykonawcami mające na celu zakłócenie konkurencji oraz czy wykonawca wie o jakimkolwiek konflikcie interesów spowodowanym jego udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powyższe wątpliwości Zamawiającego wynikały z następującego stanu faktycznego zachodzącego w niniejszym postępowaniu: z oferty Konsorcjum JB wynika, że podwykonawcą części zamówienia będzie spółka Optimare Systems GmbH, która przynależy do grupy kapitałowej Aerodata Group, do której należy również Aerodata AG, czyli członek Konsorcjum GB. Ponadto Aerodata AG jest reprezentowana w postępowaniu przez prezesa – H. S. . Jak wynika z informacji zawartych na stronie internetowej Optimare Systems GmbH, pełni on również funkcję osoby reprezentującej tę spółkę. Tym samym istnieją tu powiązania w zakresie kapitałowym, jak i tożsamości osobowej w zakresie osoby reprezentującej obydwie podmioty.

W odpowiedzi na ww. wezwanie do wyjaśnień Konsorcjum JB złożyło jedynie oświadczenie, że nie doszło do zawarcia jakiegokolwiek porozumienia z udziałem Konsorcjum JB, którego

celem lub skutkiem byłoby wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgodnieniu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Zamawiający przyjął wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum JB i wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą.

W ocenie Odwołującego Zamawiający podjął błędną decyzję i nie wykluczył Konsorcjum JB oraz Konsorcjum GB na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych pomijając m.in. następujące okoliczności:

1. zarówno Konsorcjum JB, jak i Konsorcjum GB zaoferowało identyczne wyposażenie dodatkowe (ten sam radar, głowicę obserwacyjną, system identyfikacji jednostek nawodnych i telefon satelitarny),
2. powiązania osobowe pomiędzy ww. wykonawcami nie ograniczają się do wskazanych przez Zamawiającego, a co do których nie odniosło się Konsorcjum JB, ale także prezes JB INVESTMENTS Sp. z o.o. – pan B. jest teściem prezesa GB Aircraft Sp. z o.o., a córka pana Bo., będąca pracownikiem JB INVESTMENTS Sp. z o.o., jest żoną prezesa GB Aircraft sp. z o.o.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający podtrzymał swoje wcześniejsze stanowisko oraz wniósł o odrzucenie zarzutów nr 1 i 3, ewentualnie o ich pominięcie przy orzekaniu albo oddalenie oraz o oddalenie zarzutu nr 2. W ocenie Zamawiającego odwołanie powinno podlegać odrzuceniu w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum JB z powodu niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia z uwagi na fakt sformułowania go po upływie terminu przewidzianego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ewentualnie, uwzględniając fakt, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje częściowego odrzucenia odwołania pominięte przy orzekaniu.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu pierwotnie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i oceny ofert 26 czerwca 2018 r., informując o tym fakcie wszystkich uczestników postępowania, w tym Konsorcjum Parasnake oraz załączając streszczenie oceny i porównania złożonych ofert wraz z punktami przyznanymi poszczególnym ofertom. Odwołujący otrzymał 99,63 pkt, natomiast Konsorcjum JB 99,33 pkt. Nie ulega zatem wątpliwości, że Odwołujący powziął informację o ocenie oferty złożonej przez Konsorcjum JB już 26 czerwca 2018 r. i winien był zakwestionować fakt uznania tej oferty za spełniającą wszystkie wymogi określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przepisany terminie, tym bardziej, że różnica punktowa pomiędzy tymi wykonawcami była znikoma i Odwołujący powinien był liczyć się z możliwością zakwestionowania prawidłowości złożonej

przez siebie oferty i próby wzruszenia wyników postępowania. Bez znaczenia pozostaje fakt, że oferta Odwołującego w wyniku pierwotnego rozstrzygnięcia postępowania uznana została za najkorzystniejszą. Izba w aktualnym orzecznictwie nie kwestionuje uprawnień czy obowiązku do kwestionowania odwołaniem zaniechania odrzucenia ofert pozostałych uczestników postępowania pomimo wyboru wykonawcy.

Na ocenę ofert dokonaną 26 czerwca 2018 r. zostało złożone odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Beechcraft Berlin Aviation GmbH i Arminex Trading Sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum Beechcraft”), w którym Odwołujący sformułował szereg zarzutów o charakterze technicznym i formalnym. Wszystkie zarzuty techniczne zostały oddalone, uwzględniono jedynie zarzuty formalne dotyczące wadium. W konsekwencji w orzeczeniu z 22 sierpnia 2018 r., sygn. KIO 1332/18, KIO nakazała powtórny ocenę 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.

Tym samym, w wyniku wykonania wyroku KIO Zamawiający wykluczył Konsorcjum Parasnake oraz odrzucił jego ofertę z uwagi na nieprawidłowe wniesienie wadium, odrzucił ofertę wykonawcy Bromma Air Maintenance AB z uwagi na nieprawidłowe wniesienie wadium oraz powtórzył ocenę ofert. Powyższe nakazane przez KIO czynności nie przywracają terminów na wnoszenie odwołania w zakresie niezgodności treści oferty Konsorcjum JB ze specyfikacją.

Zamawiający podkreślił także tożsamość zarzutów podniesionych w niniejszym odwołaniu, a dotyczących podstaw odrzucenia oferty Konsorcjum JB z powodu niezgodności treści tej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zarzutami podnoszonymi przez Konsorcjum Beechcraft w odwołaniu KIO 1332/18. Treść oferty Konsorcjum JB nie uległa zmianie od upływu terminu składania ofert, który miał miejsce 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. Powyższe uzasadnia, w ocenie Zamawiającego, konieczność odrzucenia lub pominięcia w orzekaniu odwołania w zakresie zarzutów odwołania Konsorcjum Parasnake dotyczących odrzucenia oferty Konsorcjum JB z uwagi na niezgodność tej oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia z powodów, o których mowa w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowo, zdaniem Zamawiającego, postawione zarzuty są bezzasadne i niepoparte żadną argumentacją ani dowodami, w związku z czym Zamawiający wniósł o ich ewentualne oddalenie, gdyby Izba nie znalazła podstaw do ich odrzucenia lub pominięcia przy orzekaniu.

Odwołujący zarzucił, że zaoferowane przez Konsorcjum JB dwa samoloty dwusilnikowe turbinowe marki LET Aircraft Industries, typu L410 nie spełniają wymagań technicznych określonych w części II załącznika nr 1 „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”.

Co do wymogu posiadania systemu paliwowego zapewniającego loty o długości co najmniej 5 godz. 30 min. lotu (na prędkości ekonomicznej) plus 30 minut rezerwy (przy ciężarze załadunku samolotu minimum 950 kg), łącznie „Endurance” co najmniej 6 godz. lotu – taki zarzut postawiło Konsorcjum Beechcraft w poprzednim postępowaniu odwoławczym KIO 1332/18 w stosunku do samolotów PZL M28 05, King Air 250 EP oraz King Air 250 – 14 000 lb MTOW (EASA STC). Wobec tego zarzut ten został już szczegółowo omówiony przez Zamawiającego odnośnie tych samolotów w pismach procesowych z 20 lipca 2018 r., 24 lipca 2018 r. i 13 sierpnia 2018 r. W przypadku samolotu L410 sytuacja wygląda podobnie. W zakresie długości lotu samolotu L410 modelu L410 UVP E-20 producent tego samolotu LET Aircraft Industries podaje na swojej oficjalnej stronie internetowej długość rzędu 5,1 godziny na określonym pułapie (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 długości lotu co najmniej 6 godz. nie jest ograniczony pułapem wykonywanego lotu. To znaczy, że może być to pułap 14.000 ft lub 20.000 ft, co oznacza, że długość lotu na tych pułapach będzie znacznie wyższa niż 5,1 godziny. Poza tym wymóg długości lotu co najmniej 6 godzin może być uzyskany na 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 załadunku co najmniej 950 kg i zabudowy specjalistycznego wyposażenia samolot ten będzie miał długość lotu znacznie powyżej 6 godzin. Ponadto w samolotach tej klasy stosuje się dodatkowe certyfikowane zbiorniki paliwa umieszczane wewnątrz kadłuba. Jeżeli Odwołujący przedstawi Zamawiającemu „Instrukcję użytkowania w locie” samolotu L410 UVP E-20 z silnikami dedykowanymi dla Zamawiającego, Zamawiający dokona stosownych obliczeń na podstawie tego dokumentu i wykaże, że samolot spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia spełnienie tego kryterium, jak i pozostałych parametrów lotno-technicznych oferowanych samolotów nie jest wymagane na etapie badania i oceny ofert, lecz na etapie dostawy przedmiotu zamówienia do Zamawiającego. Odwołujący w poprzednim postępowaniu odwoławczym przystąpił po stronie Zamawiającego i poparł w całości jego argumentację w zakresie weryfikacji parametrów technicznych samolotów w fazie ich odbiorów, ponieważ taki sam zarzut odnośnie niespełnienia kryterium długości lotu został sformułowany również wobec

niego. Także zarzut dotyczący systemu ogrzewania, umożliwiający loty zimą i na wyższych pułapach (do 20.000 ft) w ocenie Zamawiającego jest technicznie nieuzasadniony, ponieważ bez względu na to, czy samolot operuje na wysokości 14.000 ft, czy 20.000 ft, jak również, czy ma to miejsce zimą, czy latem, to zarówno silniki, jak i instalacja elektryczna oraz system wentylacji nie zaprzestają swojej pracy. Tak więc w okresie zimowym na wysokości 20.000 ft wszystkie potencjalne źródła zasilające system ogrzewania istnieją i są aktywne. Ponadto spełnienie tego kryterium nie jest wymagane na etapie badania ofert, tylko na etapie dostawy przedmiotu zamówienia do Zamawiającego.

Analogiczny zarzut odnośnie licznika czasu pracy silników postawiło Konsorcjum Beechcraft w poprzednim postępowaniu odwoławczym. Został on całkowicie odparty przez Zamawiającego w piśmie procesowym i wystąpieniu z 13 sierpnia 2018 r. Konsorcjum JB w uzgodnieniu z producentem samolotu – LET Aircraft Industries, jako „zatwierdzoną organizacją projektującą” i podmiotem o najwyższej kompetencji w tej sprawie, przedstawiło stanowisko na rozprawie 20 lipca 2018 r., że montaż licznika czasu pracy silników będzie dokonany zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami lotniczymi odnośnie certyfikacji statków powietrznych. Konsorcjum JB zadeklarowało również w złożonym formularzu ofertowym, że przedmiot zamówienia zostanie przygotowany i dostarczony Zamawiającemu zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia spełnienie tego wymagania nie jest wymagane na etapie badania ofert, tylko na etapie dostawy przedmiotu zamówienia do Zamawiającego.

W ramach zarzutu dotyczącego radaru poszukiwawczego 360° (fabrycznie nowy – wyprodukowany nie wcześniej niż w 2018 r.) Odwołujący stwierdził, że zaoferowany radar poszukiwawczy 360° marki LEONARDO SELEX nie jest obecnie produkowany, gdyż został zastąpiony przez urządzenie OSPREY 30. Wykonawcy zaoferowali radar SEASPRAY 5000E. Tymczasem radar SEASPRAY 5000E wykazany jest na oficjalnej stronie firmy LEONARDO i wciąż znajduje się w ofercie tej firmy. Dlatego nie ma żadnej podstawy twierdzić, że zaoferowany radar nie spełnia wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia pod względem roku produkcji.

Dodatkowo Zamawiający, w celu potwierdzenia powyższej okoliczności, zwrócił się po wniesieniu odwołania do obydwu wykonawców o stosowne potwierdzenie możliwości realizacji zamówienia zaoferowanym radarem, uzyskując taką informację.

Aktualnie obowiązujące przepisy w postaci rozporządzenia Komisji (UE) nr 748/2012 z 3 sierpnia 2012 r. oraz adekwatnych rozporządzeń na poziomie krajowym dają możliwość wykonawcom oraz producentom statków powietrznych, jako „zatwierdzonym organizacjom projektującym” dokonywania modyfikacji samolotów według wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w okresie przewidzianym na realizację przedmiotu zamówienia.

Z kolei Zamawiający nie ma żadnych podstaw, aby odrzucić takie oferty, tym bardziej, że zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia sprawdzenie zgodności parametrów lotno-technicznych oferowanych samolotów, ich dokumentacji technicznej oraz dokumentacji certyfikacyjnej wymagane jest na etapie odbioru przedmiotu zamówienia, a nie na etapie oceny ofert.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie również w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niewyrażenia przez tego wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Jak wynika ze stanu faktycznego sprawy, Zamawiający, przystępując do wykonania orzeczenia Izby, zwrócił się pismem z 31 sierpnia 2018 r. 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 na podstawie art. 46 ust. 3 w związku z art. 85 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz określił termin złożenia oświadczenia do 7 września 2018 r., zastrzegając jednocześnie, że wadium musi wpłynąć na rachunek Zamawiającego również do 7 września 2018 r.

Konsorcjum JB, oświadczeniem datowanym na 4 września 2018 r. (datownik wpływu do Zamawiającego 6 września 2018 r.) złożył oświadczenie następującej treści: „W odpowiedzi na pismo z dn. 31 sierpnia 2018 r. wyrażamy zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni i jednocześnie informujemy, iż wadium zostanie wniesione w terminie do 7 września 2018 r.” Oświadczenie wpłynęło do Zamawiającego w pierwszej kolejności w postaci oświadczenia przekazanego w formie telefaksowej (dopuszczonej przez Zamawiającego), a następnie także w terminie w formie pisemnej. Jak wynika z oświadczenia, reprezentacja wykonawcy była prawidłowa, zatem oświadczenie woli o przedłużeniu terminu związania ofertą zostało dokonane prawidłowo co do formy, treści, terminu i reprezentacji. Tym samym jest oświadczeniem wywołującym skutki prawne. Konsorcjum JB dokonało także wymaganego dla skuteczności oświadczenia o przedłużeniu związania ofertą wniesienia wadium – 6 września o godz. 8:23 zaksięgowano na rachunku wskazanym do wniesienia wadium wpłatę 1.000.000 zł. Nie budzi także wątpliwości pochodzenie wpłaty od lidera wykonawcy – JB INVESTMENTS Sp. z o.o. W ten sposób wykonawca w sposób skuteczny dokonał przedłużenia terminu związania ofertą oraz ważności wadium w postępowaniu na kolejne 60 dni.

Jak wynika z dalszej korespondencji Konsorcjum JB, kierowanej do Zamawiającego, w oświadczeniu z 7 września 2018 r., przekazanym w formie telefaksowej, podpisanym przez tego samego pełnomocnika uprawnionego do samodzielnej reprezentacji lidera Konsorcjum JB napisano, że w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 31 sierpnia 2018 r.,

w związku z pismem wykonawców złożonym 6 września 2018 r., Konsorcjum JB rezygnuje z uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jednocześnie cofa zgodę wyrażoną w piśmie z 6 września 2018 r. na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni oraz zwraca się z prośbą o zwrot wpłaconego wadium.

Kolejnym pismem z 7 września 2018 r., Konsorcjum JB, reprezentowane jak powyżej, oświadczyło, że w przypadku braku możliwości zwrotu wpłaconego wadium, podtrzymuje stanowisko przedstawione w piśmie z 6 września 2018 r., tj. wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni.

Jak wynika z powyższych ustaleń, wykonawca 4 września 2018 r. oraz 6 września 2018 r. wyraził bezwarunkową zgodę na przedłużenie związania ofertą. Oświadczenie woli wykonawcy o wyrażeniu zgody na przedłużenie związania ofertą zostało dokonane w sposób skuteczny i prawnie wiążący. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje możliwość wycofania bądź zmiany oferty w postępowaniu wyłącznie w sytuacji, gdy czynności takie zostaną dokonane przed upływem terminu składania ofert (art. 84). Analogicznej konstrukcji ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje w odniesieniu do oświadczenia w przedmiocie wycofania oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w postępowaniu. Zgodnie z art. 14 ust. 1 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, stąd zastosowanie znajdzie przepis art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią, a odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej.

Jak wynika z ustaleń faktycznych, oświadczenie w przedmiocie wycofania oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą zostało złożone Zamawiającemu już po akceptacji przedłużenia związania ofertą. Dodatkowo skutku nie wywołuje zatem także zmodyfikowane oświadczenie z 7 września 2018 r., które warunkuje wyrażenie zgody na przedłużenie związania ofertą od tego, czy Zamawiający zdecydowałby się na zatrzymanie wadium. Ustawa Prawo zamówień publicznych dodatkowo nie przewiduje, aby oświadczenie o związaniu ofertą mogło być oświadczeniem warunkowym.

Nie wynika z przebiegu korespondencji, aby kwestionowane mogło być złożenie oświadczenia przez osobę umocowaną do dokonywania czynności w imieniu lidera konsorcjum, tak samo, jak nie wynika z przebiegu korespondencji, aby oświadczenie o wyrażeniu zgody było oświadczeniem złożonym pod wpływem błędu.

Tym samym oświadczenie o wycofaniu zgody na przedłużenie związania ofertą było dokonane w sposób niewywołujący skutku prawnego, co oznacza, że aktualnie Konsorcjum

JB jest wykonawcą, który skutecznie przedłużył związanie ofertą o 60 dni, jego oferta jest skutecznie zabezpieczona wadium w wymaganej w postępowaniu kwocie, a zarzut Odwołującego nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegający na rzekomym złożeniu przez Konsorcjum JB oferty w porozumieniu z innym uczestnikiem postępowania, powinien być odrzucony, względnie pominięty, z uwagi na fakt sformułowania zarzutu po upływie terminu przewidzianego w art. 182 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ewentualnie oddalony z uwagi na jego całkowitą bezzasadność.

Odwołujący miał możliwość postawienia powyższego zarzutu w terminie 10 dni, licząc od zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z 26 czerwca 2018 r. 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 GB Aircraft Sp. z o.o. Informacje te są powszechnie dostępne i jako takie mogły być powołane w stosownym terminie. Nie jest to więc okoliczność nowa, co mogłoby uzasadniać argumentację o zachowaniu terminu na wniesienie odwołania licząc od nowych zdarzeń. Odwołujący podniósł więc zarzut spóźniony i poparty jedynie spekulacjami.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych 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.

Jak wskazuje orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej: „(...) 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.”

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, ale tylko w wypadku, jeżeli jest w stanie wykazać tę okoliczność za pomocą stosownych środków dowodowych. Wyłącznie zatem w takich okolicznościach można by czynić Zamawiającemu

zarzut naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający tymczasem nie dysponuje, i nie może dysponować, żadnymi dowodami. Sam fakt, że podwykonawca jednego z konsorcjantów należy do grupy kapitałowej, do której należy członek drugiego z konsorcjów, 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.

Orzekanie przez Izbę w zakresie tego zarzutu może mieć miejsce jedynie w sytuacji, w której Odwołujący przedstawiłby dowody jednoznacznie wykazujące, że oba konsorcja zawarły antykonkurencyjne porozumienie. To na Odwołującym, jako podnoszącym zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych, spoczywa ciężar udowodnienia przesłanek zawarcia przez członków konsorcjów porozumienia antykonkurencyjnego.

W orzecznictwie podnosi się, że podstawa faktyczna domniemania zmywy 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 zmywy 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 zmywie 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 najostrzejszych przejawów nieuczciwej konkurencji i o ile nie sposób wymagać od wykonawcy dowodów bezpośrednich na fakt zaistnienia zmywy, 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 w żaden sposób nie wpłynął na ograniczenie konkurencji pomiędzy wykonawcami. W przetargu wzięło udział 7 wykonawców.

Oba posądzane o zmywę przetargową konsorcja oferują różne samoloty mające różne premiovane przez Zamawiającego w kryteriach rozwiązania. Konsorcjum JB oferuje samolot dwusilniowy-turbinowy marki LET Aircraft Industries typu L410, a Konsorcjum GB Aircraft oferuje samolot dwusilniowy-turbinowy marki Textron Aviation Beechcraft KA 250. Z tej różnicy platform samolotowych wynika różnica w zaoferowanych cenach ofertowych. Zaoferowane dla obu samolotów wyposażenie dodatkowe bazuje na takich samych rozwiązaniach, których elementy zawarte są także w innych ofertach.

Firma Bromma Air zaoferowała w swej ofercie samolot dwusilniowy-turbinowy 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 Services 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 Konsorcjum Parasnake występuje identyczny, jak w pozostałych ofertach, system obserwacji lotniczej.

Spośród złożonych w postępowaniu 7 ofert, pierwotnie Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego. Na czynność Zamawiającego nie złożyło odwołania żadne z konsorcjów posądzanych obecnie o zмовę przetargową. Gdyby istotnie konsorcjanci ci zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, to z pewnością składaliby odwołania od decyzji Zamawiającego, próbując uzyskać zamówienie.

W kwestii wyjaśnienia potencjalnego wpływu powiązań kapitałowych pomiędzy podwykonawcą Konsorcjum JB – Optimare Systems GmbH a konsorcjum GB, Zamawiający wskazał na korespondencję dotyczącą przedłużenia terminu związania ofertą, jaką prowadził z Konsorcjum JB, dążąc do wyjaśnienia wszystkich okoliczności towarzyszących przygotowaniu ofert.

Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum JB o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i wniesienie wadium (sytuacja opisana powyżej). Co prawda Konsorcjum JB wysłało do Zamawiającego pismo wyrażające rezygnację z uczestnictwa w postępowaniu, jednakże jeszcze tego samego dnia odwołało tę rezygnację, potwierdzając przedłużenie terminu związania ofertą o wymagane 60 dni. Jako dodatkowy argument za potwierdzeniem przedłużonego wcześniej terminu związania ofertą Konsorcjum JB podało możliwą utratę wadium. Dodatkowo pismem z 13 września 2018 r. wykonawca ten potwierdził ponownie treść oświadczenia z 6 września 2018 r. w zakresie zgody na przedłużenie związania ofertą. W próbie wycofania złożonego oświadczenia o przedłużeniu związania ofertą nie można upatrywać czynu nieuczciwej konkurencji i zмовы przetargowej.

Również zarzut wpływu oferty firmy Optimare Systems GmbH na warunki oferty Konsorcjum JB nie zasługuje na uwzględnienie. Formalnie brak jest przesłanki do wykluczenia wykonawców znajdujących się w takiej sytuacji w związku z faktem, że nie mamy do czynienia z niedozwolonym przypadkiem powiązań pomiędzy wykonawcami. Rozstrzygające 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 co do ceny końcowej oferty, platformy powietrznej (samolotu), jaka będzie zaoferowana, a dodatkowo nie ma informacji o cenie zakupu i marży wykonawcy, czy innych warunków składanej przez

Konsorcjum JB oferty. Zawarcie wstępnego porozumienia podwykonawczego z Optimare Systems GmbH nie doprowadziło do wyeliminowania czy ograniczenia konkurencji, również ze względu na to, że podwykonawca ten występuje jako dostawca systemu zarządzania misją i czujników do samolotu L410 oferowanego przez Konsorcjum JB, podczas gdy Konsorcjum GB oferuje rozwiązanie oparte o platformę samolotu King Air B200 GT o zwiększonym MTOW do 14.000 lb w połączeniu z systemem zarządzania misją AeroMission i czujnikami optycznymi i elektronicznego nadzoru. Tym samym oba konsorcja oferują inne rozwiązania, co nie może pozwolić im na jakąkolwiek potencjalną zmwę w zakresie warunków ofertowych.

Zdaniem Zamawiającego zakres usług oferowanych przez Optimare Systems GmbH na rzecz Konsorcjum JB nie ma większego wpływu na cenę i warunki tej oferty. 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 stąd nie ma żadnych informacji o strukturze oferty, poza tymi, które sama przekazuje. Znajomość treści oferty podwykonawczej, 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.

Obydwa konsorcja złożyły oświadczenia, że nie doszło między nimi do jakiegokolwiek zmw, co przeanalizowane w okolicznościach niniejszej sprawy potwierdza prawidłowość złożonych ofert.

III Stanowisko przystępującego Konsorcjum JB

Przystępujący Konsorcjum JB wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Wskazał, że Odwołujący podniósł szereg zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum JB, chociaż, w ocenie Przystępującego, nie posiada już interesu w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy postępowanie prowadzone przez Zamawiającego, a zatem nie był uprawniony do skorzystania ze środka ochrony prawnej. Wynika to z faktu, że udzielenie zamówienia Odwołującemu nie jest możliwe, bowiem KIO, wyrokiem z 22 sierpnia 2018 r., sygn. KIO 1332/18, nakazała odrzucenie jego oferty, co Zamawiający uczynił, i której to czynności Odwołujący nie zaskarżył i nie mógł zaskarżyć.

Zarzuty dotyczące rzekomej niezgodności oferty Przystępującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie pułapu użytecznego oraz licznika czasu pracy silników zostały już podniesione we wcześniejszym postępowaniu odwoławczym i zostały oddalone w wyroku KIO 1332/18.

Również pozostałe zarzuty podniesione obecnie przez Odwołującego w zakresie rzekomej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia są pozbawione podstaw. Dodatkowo nie ma żadnych obaw co do tego, że Przystępujący nie będzie w stanie dotrzymać terminów dostawy określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z ustaleniami poczynionymi z producentem, 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, co potwierdza złożona wraz z pismem oferta producenta wraz z załączoną do niej specyfikacją techniczną samolotów zaoferowanych przez Przystępującego (objęta tajemnicą przedsiębiorstwa). Przystępujący będzie zatem w stanie zachować wynikające ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia terminy także, gdyby umowa została zawarta dopiero z końcem bieżącego roku lub później.

Co do długości lotu – Odwołujący zarzucił, że zaoferowane przez Przystępującego samoloty nie spełnią określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogu dotyczącego długości lotu, który Zamawiający określił jako minimum 6 godzin lotu przy ciężarze załadunku minimum 950 kg. Wbrew twierdzeniu Odwołującego samoloty, które zamierza dostarczyć Przystępujący, spełniają ten wymóg, co jednoznacznie potwierdza ww. oferta otrzymana przez Przystępującego od producenta tych samolotów. Zarzut ten jest zatem bezpodstawny.

Co do systemu ogrzewania umożliwiającego loty na pułapie 20.000 stóp oraz zimą – Odwołujący zarzucił, że samoloty zaoferowane przez Przystępującego nie będą w stanie osiągnąć pułapu użytecznego 20.000 stóp oraz nie będą w stanie wykonywać lotów zimą, ponieważ nie będą posiadały systemu ogrzewania, który by to umożliwił. Również ten wymóg zostanie przez Przystępującego spełniony, a otrzymana od producenta samolotów oferta potwierdza także możliwość osiągnięcia pułapu 20.000 stóp. Samoloty będą również posiadały ogrzewanie umożliwiające loty zimą. Samoloty zaoferowane przez Przystępującego będą stanowiły odpowiednio przystosowane wersje samolotów powszechnie wykorzystywanych do lotów pasażerskich, również zimą lub w niskich temperaturach. Zatem także ten zarzut jest całkowicie bezpodstawny.

Co do zarzutu dotyczącego licznika czasu pracy silników – w samolotach zaoferowanych przez Przystępującego zostaną zainstalowane odpowiednie liczniki dostarczone przez certyfikowanego producenta, a wyposażenie samolotów w te liczniki nie będzie również wymagało zmiany certyfikatu wydanego przez EASA (nie jest to zmiana wymagająca zmiany tego certyfikatu). Zaoferowane samoloty w dacie ich dostawy będą zatem wyposażone w licznik czasu pracy silników.

Co do zarzutu dotyczącego daty produkcji radaru poszukiwawczego – Przystępujący zamierza wyposażyć oferowane samoloty w radar marki Leonardo Selex typu Leonardo

SeaSpray 5000E, a nie typu Leonardo Selex, jak wskazał Odwołujący. Wbrew twierdzeniom Odwołującego radar Leonardo SeaSpray 5000E był w produkcji w 2018 r. i dostarczenie samolotu wyposażonego w taki radar wyprodukowany w 2018 r. jest możliwe. Przystępujący zamierza nabyć ww. radar (wyprodukowany w 2018 r.) nie bezpośrednio od producenta, ale od swojego podwykonawcy. Radar ten pozostaje również w bieżącej ofercie na stronach internetowych producenta, co potwierdza wydruk ze strony internetowej producenta radaru Leonardo SeaSpray 5000E z bieżącą ofertą produktów.

W zakresie zarzutu dotyczącego rzekomego niewyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą Przystępujący stwierdził, że 6 września 2018 r. złożył oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a następnie wpłacił na rachunek Zamawiającego wadium w kwocie 1.000.000 zł. 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.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują w ogóle takiej możliwości, a biorąc pod uwagę fakt, że cofnięcie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą byłoby jednoznaczne w skutkach z cofnięciem oferty, należy uznać takie cofnięcie zgody za niedopuszczalne (ofertę można bowiem wycofać jedynie przed upływem terminu do składania ofert, zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Również odpowiednie zastosowanie przepisów Kodeksu cywilnego prowadzi do wniosku o bezskuteczności oświadczenia Przystępującego z 7 września 2018 r. w przedmiocie rezygnacji z udziału w postępowaniu z prośbą o zwrot wadium.

Zgodnie z art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. W wypadku Przystępującego pismo w sprawie chęci rezygnacji z udziału w postępowaniu zostało złożone dzień po wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a zatem nie można w ogóle mówić o cofnięciu tej zgody. Co więcej, Przystępujący wskazał, że w sytuacji, w której zwrot wadium nie będzie możliwy – a nie był on możliwy na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – podtrzymuje zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą i wyraża wolę dalszego udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę, że cofnięcie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą już po wyrażeniu tej zgody nie jest możliwe, jak również, że Przystępujący wyraźnie wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą zarówno w pierwotnym piśmie z 6 września 2018 r., jak i w piśmie z 7 września 2018 r., Zamawiający słusznie uznał, że Przystępujący

pozostaje związany złożoną ofertą przez kolejne 60 dni. Tym samym przesłanka odrzucenia oferty nie zmaterializowała się, a podniesiony przez Odwołującego zarzut jest bezzasadny.

Odwołujący zarzucił również Przystępującemu zawarcie z Konsorcjum GB porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, a dowodów na istnienie takiego porozumienia upatruje w następujących okolicznościach: 1) Optimare Systems GmbH, od której Przystępujący zamierza nabyć radar poszukiwawczy oraz inne elementy wyposażenia samolotu, jest spółką zależną od Aerodata AG, wchodzącej w skład Konsorcjum GB, prezesem zarządu Optimare Systems GmbH i Aerodata AG jest ta sama osoba, a Przystępujący oraz Konsorcjum GB zaoferowali takie samo wyposażenie dodatkowe samolotów (radar, głowica obserwacyjna, system identyfikacji jednostek nawodnych oraz telefon satelitarny), 2) prezes zarządu spółek JB INVESTMENTS Sp. z o.o. oraz Aero Club Sp. z o.o. jest teściem prezesa zarządu spółki GB Aircraft Sp. z o.o.

Wbrew stanowisku Odwołującego ani żadna z tych okoliczności samodzielnie, ani obie łącznie nie świadczą o istnieniu jakiegokolwiek porozumienia pomiędzy Przystępującym a Konsorcjum GB, czy którąkolwiek ze spółek tworzących to konsorcjum. Istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniu nie można domniemać, lecz trzeba je udowodnić, co wynika wprost z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych. 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.

Fakt, że dwóch wykonawców składających oferty w tym samym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego 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 takich przedmiotów jak środki transportu, a w szczególności samoloty o specyficznym wyposażeniu, naturalnym jest, że więcej niż jeden wykonawca może chcieć nawiązać współpracę z tym samym dostawcą specjalistycznego sprzętu. Może się nawet zdarzyć, że dwóch wykonawców zaoferuje taki sam przedmiot dostawy, co miało miejsce również w tym postępowaniu, w którym samolot Textar Aviation Beechcraft KA 250 został zaoferowany przez dwóch wykonawców (tj. Konsorcjum GB oraz Bromma Air Maintenance AB). Żaden z wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, nie jest producentem samolotów ani producentem specjalistycznego sprzętu, takiego jak radary, a krąg dostawców takiego sprzętu jest ograniczony. Zatem sytuacja, w której dwaj wykonawcy będą chcieli zainstalować w zaoferowanym samolocie taki sam radar, jest bardzo prawdopodobna. Sam Odwołujący chciał, by w oferowanych przez niego samolotach zainstalowany był radar tego

samego producenta (firmy Leonardo), bowiem wszystkie oferty złożone w postępowaniu obejmowały radar firmy Leonardo.

O zawarciu jakiegokolwiek porozumienia nie świadczy również fakt, że spółka Optimare Systems GmbH jest powiązana osobowo i kapitałowo ze spółką Aerodata AG. Żaden przepis nie zabrania bowiem, by spółka zależna od jednego wykonawcy była podwykonawcą innego wykonawcy. Dopuszczalna jest nawet sytuacja, by ten sam podmiot był zarazem wykonawcą (tj. sam złożył ofertę), jak i podwykonawcą innego wykonawcy, tak długo, jak nie prowadzi to do próby obejścia przepisów o zakazie złożenia więcej niż jednej oferty. Co więcej, w wypadku oferty Przystępujących zakres podwykonawstwa spółki Optimare stanowi jedynie jeden z kilku elementów realizacji zamówienia.

Również powiązania osobiste nie mogą świadczyć o istnieniu jakiegokolwiek porozumienia pomiędzy wykonawcami. Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie panuje pogląd, że same powiązania osobiste, rodzinne, czy kapitałowe nie są uznawane za wystarczające do uznania, że ich konsekwencją jest na przykład zakazane porozumienie z zamiarem lub skutkiem wpływu na wynik przetargu. Pan B. w żaden sposób nie współpracuje ze swoim zięciem, będącym prezesem zarządu i współnikiem spółki GB Aircraft Sp. z o.o., i nie łączą ich żadne powiązania biznesowe. Przeciwnie, w przeszłości niejednokrotnie zdarzało się, że konkurowali ze sobą. Żadne powiązanie biznesowe, a tym bardziej takie, które miałyby postać porozumienia zmierzającego do ograniczenia konkurencji w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu zatem nie zachodzi, a zarzut jest chybiony i oparty jedynie na nieuprawnionym domniemaniu, że fakt korzystania z tego samego dostawcy wyposażenia oraz więzi powinowactwa świadczą o niedozwolonym porozumieniu, którego zawarcie powinno być podstawą do wykluczenia Konsorcjum JB oraz Konsorcjum GB z postępowania. Sam Odwołujący, poza stwierdzeniem, że takie porozumienie istnieje, nie wskazał w żaden sposób, na czym miałyby ono polegać, co tym bardziej świadczy o gołosłowności i bezpodstawności podniesionego zarzutu.

IV Stanowisko przystępującego Konsorcjum GB

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Poparł argumenty dotyczące braku interesu prawnego Odwołującego, który nie jest uprawniony do wniesienia odwołania. Poparł także stanowisko Zamawiającego i Konsorcjum JB, którzy, jego zdaniem, wyczerpująco odnieśli się do podnoszonych kwestii.

Co do niedozwolonego porozumienia z Konsorcjum JB – poparł argumentację wyrażoną przez Konsorcjum JB. Podkreślił, że z odwołania wynika, że Konsorcjum GB i Konsorcjum JB zaoferowały to samo wyposażenie, ale jest to twierdzenie nieprawdziwe, ponieważ inne jest oprogramowanie systemów stosowane przez Optimare Systems GmbH, a inne przez Konsorcjum GB, więc systemy będą się różniły. Także zakres prac jest inny – Optimare Systems GmbH jedynie dostarcza elementy, a montażu dokona producent samolotów.

Natomiast Konsorcjum GB ma dostarczyć urządzenia, dokonać ich montażu, konfiguracji i integracji z samolotem, a także w związku z tym udzielić szerszej gwarancji, co ma istotne przełożenie na cenę.

Zakres istniejących powiązań rodzinnych pomiędzy spółkami, istniejących w kwietniu i obecnie jest taki sam, więc zarzut jest spóźniony.

Co do niezgodności oferty Konsorcjum GB podkreślił, że Odwołujący w ogóle się nie odniósł do tego argumentu w swoim odwołaniu. Mowa jest tylko o radarze, który nie jest już produkowany. Zarzut ten jest chybiony, ponieważ Konsorcjum GB nie oferowało radaru LEONARDO SELEX, ale LEONARDO SeaSpray 5000E. Zatem zarzut nie ma potwierdzenia w treści oferty Konsorcjum GB. Odwołujący błędnie utożsamia obie oferty – w ofercie Konsorcjum JB użyto słowa „SELEX” a w ofercie Konsorcjum GB określenie „SELEX” się nie pojawiło.

Orzecznictwo wskazuje, iż w przypadku zarzutów porozumienia chodzi o udowodnienie, a nie uprawdopodobnienie, tylko że nie o dowód wprost. Nie zmienia to faktu, że zarzut musi być udowodniony. Powołał się na wyrok KIO 2025/17, z którego wynika, że kluczowe znacznie ma wola stron i to, co starały się osiągnąć.

Powołana przez Odwołującego sprawa śmigłowców Anakonda jest nieporównywalna, gdyż tamto było realizowane dla MON, więc znacząco różni się od zamówienia dla Straży Granicznej, ponieważ podlegało decyzji 141/MON z 5 lipca 2017 r. w sprawie systemu pozyskiwania, eksploatacji i wycofywania sprzętu wojskowego, a wcześniej decyzji 72/MON. W punkcie 17. i 18. ww. decyzji wyjaśniono pojęcia modernizacji i modyfikacji sprzętu. Modernizacja to zmiana parametrów, w tym krytycznych, której wynikiem jest odbiór nowego sprzętu wojskowego, tak więc tamten zamawiający zobowiązany był poddać sprzęt badaniom zdawczo-odbiorczym i certyfikacji oraz dotyczącym systemu oceny zgodności (OIB). Straż Graniczna podlega wymogom lotnictwa cywilnego, zatem nie będą te procedury wymagane.

W zakresie możliwości zakupu radaru wyprodukowanego w roku 2018 podkreślił, że czym innym jest zakup radarów, a czym innym zawarcie umowy, innego porozumienia lub uzyskanie zapewnienia o dostawie, które nie wymaga koncesji na obrót.

V Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający i Przystępujący wnieśli o odrzucenie zarzutów dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak odrzucenia oferty Konsorcjum JB oraz oferty Konsorcjum GB z uwagi na ich niezgodność ze specyfikacją

istotnych warunków zamówienia oraz naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wykluczenia Konsorcjum JB i Konsorcjum GB z uwagi na zawarte pomiędzy nimi porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, z uwagi na fakt sformułowania ich po upływie terminu przewidzianego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Zamawiającego termin na wniesienie przez Odwołującego odwołania powinien być liczony od 26 czerwca 2018 r., kiedy to Odwołujący powziął informację o ocenie ofert złożonych przez Konsorcjum JB i Konsorcjum GB.

Zamawiający i Przystępujący podnieśli także, że Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania, ponieważ w następstwie wyroku KIO, sygn. KIO 1332/18, został wykluczony z postępowania, a jego oferta została odrzucona, poza tym nie zakwestionował ostatniej z ofert – złożonej przez Konsorcjum Beechcraft.

Izba stwierdziła, że powyższe zarzuty nie są spóźnione, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów 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.

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.

Izba nie zgodziła się z tym poglądem. Decyzją z 26 czerwca 2018 r. oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą. Zgodnie z dotychczasową ustaloną – i słuszną – praktyką orzeczniczą wykonawca wybrany nie jest zobowiązany do wskazywania zamawiającemu podstaw wykluczenia lub odrzucenia ofert konkurujących z nim wykonawców, którzy zajęli niższe niż on miejsca w rankingu ofert (podobnie jak też do

wskazywania innych podstaw wykluczenia lub odrzucenia niż zastosował zamawiający w stosunku do tych wykonawców). Na tym etapie postępowania los innych ofert jest bowiem obojętny dla wybranego wykonawcy.

Takie odwołanie – nie dotycząc oferty wybranej – nie miałyby też sensu procesowego i znaczenia dla wyniku postępowania przetargowego (w związku z tym, jak wynika z dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, najprawdopodobniej nie miałyby też znaczących szans na uwzględnienie), a nawet działałoby na szkodę wybranego wykonawcy, opóźniając zawarcie umowy i realizację zamówienia. Przeczyłoby także idei środków ochrony prawnej, które mają służyć ochronie wykonawcy – wykonawca wybrany, pomimo ewentualnych mankamentów działań zamawiającego w stosunku do innych ofert – nie doznaje bowiem z tego powodu szkody. Dodatkowo, prowadząc do bezsensownych sporów zamiast realizacji zamówienia, stosowane na szerszą skalę, odwołania takie paraliżowałyby cały system zamówień publicznych.

Dopiero w momencie unieważnienia decyzji zamawiającego i dokonania nowych czynności, w szczególności powodujących skutek w postaci ustania stanu w postaci wyboru oferty jako najkorzystniejszej, odwołanie w tym zakresie staje się uzasadnione logicznie i procesowo oraz zgodne z celami ustanowienia środków ochrony prawnej.

Należy podkreślić, że każdy przepis prawa należy odczytywać nie tylko *stricte* językowo, zwłaszcza gdy prowadziło to do nieakceptowalnych z racjonalnego punktu widzenia działań i konsekwencji, ale również z uwzględnieniem jego ogólnego znaczenia, celu i usytuowania w całym systemie.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, wskazane zarzuty nie są spóźnione, a termin na wniesienie odwołania powinien być obliczany od dnia poinformowania wykonawców o nowym wyborze oferty najkorzystniejszej i nowym rankingu ofert, tj. od 1 października 2018 r.

Odwołujący, pomimo swojej obecnej sytuacji, nie utracił także interesu we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie przysługuje bowiem wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, a także poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów. Odwołujący niewątpliwie co najmniej miał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, uczestnicząc w postępowaniu przetargowym, i wciąż taki interes ma w odniesieniu do przyszłości, jeżeli Zamawiający powtórzyłby postępowanie. W tym kontekście interesem każdego wykonawcy – nawet jeśli on sam został wykluczony lub jego oferta odrzucona – jest także jego równe traktowanie polegające na tym, że każdy inny wykonawca i każda inna oferta powinna zostać oceniona rzetelnie, zgodnie ze stanem faktycznym i prawnym,

a w związku z tym szkoda polega na utracie możliwości ponownego złożenia oferty w nowym postępowaniu i potencjalnej realizacji zamówienia.

Jak wynika z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16, odrzucony oferent powinien mieć możliwość żądania odrzucenia oferty wygrywającego oferenta, a pojęcie „danego zamówienia” („interesu w uzyskaniu danego zamówienia”) może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący zaskarżył wyrok KIO 1332/18, zatem wciąż nie utracił statusu wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia (wciąż okazuje chęć realizacji zamówienia i potencjalnie może zostać do postępowania „przywrócony”). Poza tym, nawet jeśli nie zaskarżył wszystkich pozostałych w postępowaniu ofert, istniejąca sytuacja pozwala na stwierdzenie, że w przypadku potwierdzenia się zarzutów w stosunku do Konsorcjum JB i Konsorcjum GB, realne jest także unieważnienie prowadzonego obecnie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i, w konsekwencji, wszczęcie nowego.

Tym niemniej jednak żaden z postawionych zarzutów nie potwierdził się.

Przed wszystkim Izba stwierdziła, że stan faktyczny sprawy, w szczególności przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść złożonych ofert oraz innych dokumentów złożonych w postępowaniu nie jest sporny pomiędzy Stronami i Przystępującymi. Został on przedstawiony powyżej, zatem nie będzie powtarzany.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak odrzucenia oferty Konsorcjum JB oraz oferty Konsorcjum GB z uwagi na ich niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia odnosił się do następujących okoliczności.

W stosunku do Konsorcjum JB: Odwołujący wskazał, że zaoferowane samoloty marki LET Aircraft Industries, typu L410 nie spełniają wymagań technicznych określonych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, w szczególności nie spełniają kryteriów dotyczących: 1) systemu paliwowego zapewniającego loty o długotrwałości co najmniej 5 godzin 30 minut lotu (na prędkości ekonomicznej) plus 30 minut rezerwy (przy ciężarze załadunku samolotu minimum 950 kg), łącznie „Endurance” co najmniej 6 godzin lotu, 2) systemu ogrzewania umożliwiającego loty zimą i na wyższych pułapach (do 20 000 stóp), 3) licznika czasu pracy silników.

W stosunku do Konsorcjum JB i Konsorcjum GB: Odwołujący wskazał, że zaoferowany przez obu wykonawców radar poszukiwawczy 360° nie spełnia określonego w opisie

przedmiotu zamówienia wymagania dotyczącego wyprodukowania nie wcześniej niż w 2018 r. ze względu na to, że zaoferowany radar marki LEONARDO SELEX (nie było sporne, że chodzi tu o radar SeaSpray 5000E – co wynika z oferty) nie jest obecnie produkowany, gdyż został zastąpiony przez urządzenie LEONARDO Osprey 30.

Zdaniem Zamawiającego zaoferowany samolot typu L410 jest w stanie spełnić wszystkie powyższe wymogi, jak też inne wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia – a nawet częściowo już obecnie je spełnia, zaś Konsorcjum JB wraz z producentem samolotu ten fakt potwierdziło. Ponadto Zamawiający podkreślił, że spełnienie powyższych wymogów, jak i pozostałych parametrów lotno-technicznych, nie jest wymagane na etapie badania i oceny ofert, lecz na etapie dostawy przedmiotu zamówienia do Zamawiającego, co zostało potwierdzone w wyroku KIO 1332/18.

Nie było też sporne pomiędzy Stronami i Przystępującymi, że na obecnym etapie żaden z zaoferowanych przez wykonawców samolotów nie spełnia wszystkich wymagań Zamawiającego – w tym samolot zaoferowany przez Konsorcjum JB.

Z dyspozycji przywołanego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że 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 (który w tym wypadku nie ma zastosowania).

W zakresie postawionego zarzutu Izba zgodziła się ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Zamawiającego i Przystępujących, a także w wyroku KIO 1332/18.

Zamawiane dwa samoloty nie są produktem standardowym, „z półki” i obecnie nie istnieją, lecz mają być wykonane w przyszłości, na indywidualne zamówienie Straży Granicznej, i dostosowane do konkretnych wskazań co do cech użytkowych, parametrów technicznych oraz wyposażenia. Jest to normalna procedura w tym typie przedmiotu zamówienia. Z żadnego z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika inne żądanie (a przynajmniej takie postanowienie nie zostało wskazane).

Tym samym nie można stwierdzić, że fakt, iż oferowany typ samolotu (jako typ samolotu) w chwili składania ofert i w chwili orzekania nie spełnia jeszcze wszystkich opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagań, stanowi o niezgodności przedmiotu oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Liczącą się w tym przypadku treścią oferty jest wola wykonawcy (i producenta samolotu) do wykonania samolotu według wskazań Zamawiającego zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stan ten można przyrównać do cech dostawy w rozumieniu art. 605 Kodeksu cywilnego, w której dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy, czy też umowy

o dzieło (art. 627 Kodeksu cywilnego), w której przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania danego dzieła – gdzie więc zobowiązanie wykonawcy dotyczy przedmiotu, który powstanie dopiero w przyszłości i dopiero w przyszłości będzie miał dane cechy.

Co do zarzutu dotyczącego zaoferowanego przez Konsorcjum JB i Konsorcjum GB radaru SeaSpray 5000E marki Leonardo Izba stwierdziła, że podstawą zarzutu jest stwierdzenie, iż radar ten nie będzie w przyszłości produkowany i tym samym nie będzie mógł zostać dostarczony wraz z samolotem. Na dowód tego podczas rozprawy przedstawiono korespondencję mailową z pracownikiem firmy Leonardo.

Jednak należy zwrócić uwagę, że jest to jedynie korespondencja prowadzona w danych okolicznościach z danym podmiotem, a nie oficjalne stanowisko firmy o wycofaniu radaru z produkcji. Przede wszystkim zaś brak oficjalnego oświadczenia producenta, że ze względu na wycofanie radaru z produkcji nie dostarczy on radarów, których wykonanie zaoferował wcześniej (zgodnie z doświadczeniem życiowym należy bowiem założyć, że przed złożeniem ofert wykonawcy lub ich podwykonawcy takie oferty od firmy Leonardo uzyskali, choćby z powodu konieczności wyceny radaru). Po drugie – jak wynika choćby ze stanowisk przedstawianych podczas rozprawy dotyczących koncesji na obrót tego typu radarami – są to przedmioty również wykonywane jednostkowo, na indywidualne zamówienie, nie powinno być więc przeszkody technicznej i finansowej w postaci konieczności dostosowania masowej linii produkcyjnej do wyprodukowania dwóch radarów. Po trzecie – nie było sporne, że radary (ewentualnie) mają być wycofane z produkcji w czasie prowadzenia korespondencji lub później, czyli kilka miesięcy po upływie terminu składania ofert, a były dostępne w chwili przygotowywania i złożenia ofert, przy czym nie podnoszono, że już wtedy informacja o zamiarze wycofania radaru była znana.

Po czwarte zaś należy uznać, że pomimo ewentualnego wycofania radaru z produkcji i pomimo braku stosownego postanowienia umowy odnoszącego się wprost do takiej sytuacji, realizacja zamówienia nie będzie niemożliwa, trzeba zaś będzie rozważyć możliwość zmiany zawartej umowy w aspekcie spełnienia przesłanek art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 144 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszcza się zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty m.in. w sytuacji, w której zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 1e tego artykułu albo kiedy łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na dostawy.

Zmiana taka jest możliwa niezależnie od interpretacji udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie jego braku intencji

dokonywania zmian umowy. Oczywiście, w zależności od okoliczności faktycznych, zmiana taka w przyszłości może nastąpić również pomimo odmiennego wcześniejszego zamiaru, często z powodów niezależnych od stron tej umowy.

Podczas rozprawy nie wykazano także, że sporna odpowiedź Zamawiającego wpłynęła w jakikolwiek sposób na oferty wykonawców, którzy, wiedząc o planowanym zaprzestaniu produkcji tego radaru, nie zaoferowali radaru SeaSpray 5000E, lecz np. Osprey 30, stawiając ich w sytuacji konieczności zaproponowania droższego radaru, co wpłynęło na gorszą pozycję ich ofert w rankingu. Tym samym nie wykazano wpływu tej sytuacji na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak odrzucenia oferty Konsorcjum JB z uwagi na niewyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą odnosił się do sytuacji, w której wykonawca, na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w pierwszej kolejności złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz wniósł żądane wadium, a następnie złożył oświadczenie o odmiennej treści, tj. braku chęci o pozostaniu związanym złożoną ofertą.

Z dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą.

Art. 85 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią, że wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie dłuższego niż wynikający z przepisu ust. 1, jednak samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie reguluje samodzielnie – poza kilkoma detalami – zagadnień dotyczących pojęcia oświadczeń, sposobu ich składania, wad oświadczeń woli itd. Mają więc tu zastosowanie ogólne regulacje prawa cywilnego, w tym art. 60 i 61 Kodeksu cywilnego.

Zgodnie z art. 60 Kodeksu cywilnego, z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli). Art. 61 zaś wskazuje, że oświadczenie

woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej (§ 1). Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią (§ 2).

W razie błędu co do treści czynności prawnej można uchylić się od skutków prawnych swego oświadczenia woli. Jeżeli jednak oświadczenie woli było złożone innej osobie, uchylenie się od jego skutków prawnych dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy błąd został wywołany przez tę osobę, chociażby bez jej winy, albo gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć; ograniczenie to nie dotyczy czynności prawnej nieodpłatnej. Można powoływać się tylko na błąd uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści (błąd istotny) – art. 84 Kodeksu cywilnego.

Jak wynika więc z art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego, oświadczenie woli składane innej osobie (zamawiającemu), 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.

Konsorcjum JB żądane oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą złożyło Zamawiającemu 6 września 2018 r. (oświadczenie z 4 września) i tego 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.

W oświadczeniach – w szczególności w pierwszym z nich – nie stwierdzono żadnej z kodeksowych wad oświadczenia woli, w szczególności błędu w rozumieniu art. 84, sam zaś składający na działanie pod wpływem istotnego błędu się nie powoływał. Niezdecydowanie osoby składającej oświadczenie, wyrażane *post factum*, również nie stanowi okoliczności istotnej prawnie dla losów przedmiotowego oświadczenia.

Tym samym, na gruncie przepisu art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego – oraz w braku odmiennych regulacji – 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 bezskuteczne, co wynika bezpośrednio z treści art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego.

W związku z powyższym Konsorcjum JB skutecznie i w terminie przedłużyło termin związania ofertą zgodnie z żądaniem Zamawiającego i nie zachodzi przesłanka odrzucenia oferty wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wykluczenia z postępowania Konsorcjum JB i Konsorcjum GB z uwagi na zawarte pomiędzy tymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia Odwołujący oparł na następujących okolicznościach:

- 1) fakcie, iż oba konsorcja zaoferowały identyczne wyposażenie dodatkowe (radar, głowicę obserwacyjną, system identyfikacji jednostek nawodnych i telefon satelitarny),
- 2) powiązaniach kapitałowych pomiędzy podwykonawcą Konsorcjum JB – spółką Optimare Systems GmbH oraz spółką Aerodata AG – członkiem Konsorcjum GB, przynależących do jednej grupy kapitałowej – Aerodata Group,
- 3) powiązaniach osobowych dotyczących p. S. będącego jednocześnie osobą reprezentującą spółkę Optimare Systems GmbH oraz prezesem spółki Aerodata AG,
- 4) powiązaniach rodzinnych pomiędzy prezesem JB INVESTMENTS Sp. z o.o. i jego córką a prezesem GB Aircraft Sp. z o.o.

Przywołany art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że 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.

W zakresie zaś grupy kapitałowej – wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Ustawodawca wyraźnie więc określił ramy wykluczenia w przypadku grupy kapitałowej – dotyczą one jedynie powiązania pomiędzy samymi spółkami 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.

Podobnie w przypadku podstawy wykluczenia opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych zakłócenie konkurencji między wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu, jak też samo istnienie porozumienia mającego taki cel, należy wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. W przypadku podjęcia decyzji o wykluczeniu powinien to zrobić zamawiający, w przypadku odwołania – podmiot stawiający taki zarzut. Należy się zgodzić ze stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie, zgodnie z którym podstawa faktyczna domniemania zmowy przetargowej musi uprawniać do wniosku, że 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 wyprowadzonych z udowodnionych okoliczności.

Można prezentować różne poglądy na temat tego, jak silny musi być taki dowód, czy też nawet uprawdopodobnienie – jednak w przypadku niniejszego postępowania odwoławczego będzie to jedynie dyskusja teoretyczna, ponieważ w ogóle nie wskazano żadnych konkretnych okoliczności faktycznych wskazujących na istnienie takiego porozumienia. Same zaś twierdzenia i „wątpliwości”, jakie można powziąć w danym stanie faktycznym, żadnego środka dowodowego nie stanowią.

Jak wskazał Zamawiający, oferty wykonawców złożone w niniejszym postępowaniu częściowo pokrywały się w zakresie oferowanego sprzętu. Poza tym w dużej mierze jest to sprzęt mający umiarkowany krąg odbiorców – a zatem i krąg producentów oraz oferowanych modeli nie jest wielki. Biorąc zaś pod uwagę konkretne wymagania Zamawiającego co do parametrów sprzętu oraz czynnik cenowy, grupa ta również się zmniejsza. Analogiczna sytuacja dotyczy również podmiotów zajmujących się tym rodzajem działalności – skoro krąg odbiorców jest ograniczony, ograniczony jest też krąg dostawców i usługodawców. Zawarte porozumienie nie jest więc jedynym logicznym i najbardziej prawdopodobnym wyjaśnieniem zaistniałej sytuacji.

Podobnie trudno wyrazić wpływ pana S. na ofertę sporządzoną przez Konsorcjum JB, a tym bardziej to, że jego sytuacja w obu spółkach 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, ogólnie nie wskazano korzyści, jakie którekolwiek z konsorcjów lub konsorcjantów miałyby odnieść (w tym przypadku osiągnięcie porozumienia co od zasady nie jest celem samym w sobie) – w szczególności biorąc pod uwagę fakt, że cena oferty Konsorcjum GB jest niższa niż cena oferty Konsorcjum JB, więc odpada najbardziej oczywisty czynnik.

Odwołujący nie wskazał również, na czym miałyby polegać korzyści „osobiste” pomiędzy członkami rodziny. Nie przywołał również żadnych okoliczności, które świadczyłyby

o rozmowach pomiędzy panem B. i jego zięciem, czy też córką pana B. (pracownicą spółki JB INVESTMENTS Sp. z o.o.) i jej mężem na temat odbywającego się przetargu, a także tego, że potencjalne rozmowy nie byłyby zwykłą prywatną konwersacją, lecz prowadzoną w imieniu spółek i w celu zawarcia porozumienia. Co więcej, nawet z samego faktu istnienia stosunków rodzinnych i wzajemnych spotkań nie można przyjąć za pewnik, że jakiegokolwiek rozmowy na ten temat pomiędzy członkami rodziny się w ogóle odbyły – w standardowych stosunkach rodzinnych członkowie rodziny najczęściej bowiem nie rozmawiają o szczegółach życia zawodowego i konkretnych zagadnieniach, z którymi właśnie mają do czynienia, w szczególności, gdy jest to sprawa poufna czy objęta tajemnicą służbową.

W związku z powyższym zrozumiałe jest, że Zamawiający, nawet jeśli odnotował niektóre z tych okoliczności i wzbudziły one jego wątpliwości, którym dał wyraz w zapytaniach do Konsorcjum JB i Konsorcjum GB, uznał, że nie zostały spełnione przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności – że nie jest w stanie ich poprzeć dowodami.

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:

.....