

Sygn. akt: KIO 438/20

**WYROK**  
**z dnia 25 maja 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lutego 2020 r. przez **P. C., prowadzącego działalność gospodarczą pn. P. C. Management z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez **Lotniczą Akademię Wojskową z siedzibą w Dęblinie**.

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 21.02.2020r. w zadaniach 3, 4 i 5 oraz nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.**
2. kosztami postępowania obciąża **Lotniczą Akademię Wojskową z siedzibą w Dęblinie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **P. C., prowadzącego działalność gospodarczą pn. P. C. Management z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. zasądza od **Lotniczej Akademii Wojskowej z siedzibą w Dęblinie** na rzecz **P. C., prowadzącego działalność gospodarczą pn. P. C. Management z siedzibą w Gdańsku** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania .

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od

dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Lotnicza Akademia Wojskowa w Dęblinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na wynajem samolotów Cessna 150 Da-20 lub równoważnych z podziałem na 6 części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 24 grudnia 2019r. nr 614905-2019- PL.

W dniu 29 lutego 2020r. Odwołujący – P. C., prowadzący działalność gospodarczą pn. P. C. MANAGEMENT - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1. czynności Zamawiającego z dnia 21.02.2020r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie zadań 3,4 i 5, której zarzucił naruszenie:
  - art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wymogu dokładności i jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia poprzez niejednoznaczne sformułowanie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
  - art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści złożonej oferty w okoliczności niejednoznaczności SIWZ,
  - art. 91 ust.1 ustawy Pzp
2. zaniechania przez Zamawiającego obowiązku określonego w art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i pkt 6.8 SIWZ tj. naruszenie art. 91 ustawy Pzp.
3. zaniechania odrzucenia oferty GA System Sp. z o.o. pomimo, iż została ona złożona na zmodyfikowanym formularzu oferty, a więc niezgodnie z SIWZ, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1, pkt 2 ustawy Pzp.
- 4.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i: unieważnienie czynności Zamawiającego w postaci odrzucenia jego oferty w zakresie zadań 3, 4 i 5; przeprowadzenie czynności wyjaśnienia treści złożonych oferty w okoliczności niejednoznaczności SIWZ na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp; odrzucenie oferty GA System Sp. z o.o. jako niespełniającej warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego.

Odwołujący, nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego z dnia 21.02.2020r. o odrzuceniu swojej oferty z uwagi na brak podania znaków rejestracyjnych oferowanych samolotów, powołując się na postanowienia formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 podniósł, że Zamawiający ograniczył katalog parametrów, które powinni podać wykonawcy tylko do dwóch szczegółowo nazwanych (nazwa – ty samolotu i oznaczenie fabryczne),

wykluczając możliwość wskazania innych, w tym znaków rejestracyjnych samolotów. Parametr ten jest odrębnym w Świadectwie rejestracji każdego samolotu (patrz załączony przykład) i nie mieści się w zastosowanym katalogu. Argument ten nabiera dodatkowego znaczenia w kontekście precyzyjnego zastrzeżenia Zamawiającego, iż puste pola należy „Wypełnić zgodnie z świadectwem rejestracji”. Jako dowód Odwołujący przedstawił formularz ofertowy -załącznik nr 1 do SIWZ oraz kopię Świadectwa Rejestracji samolotu SP-FEZ. Odwołujący zwrócił uwagę na rozbieżność pomiędzy treścią formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SIWZ), a opisem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do SIWZ). W opisach przedmiotu zamówienia, załącznik nr 3 do SIWZ, dla zadań 1-6, w punktach 6 wskazano, iż „... Przy składaniu ofert Wykonawca zobowiązany jest do podania znaków rejestracyjnych oferowanego samolotu, oraz znaków rejestracyjnych ewentualnego samolotu zastępczego ...”. Natomiast treść formularza ofertowego nie daje Wykonawcy możliwości podania takich danych. Zdaniem Odwołującego powstała rozbieżność stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp tj. wymogu dokładności i jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia poprzez niejednoznaczne sformułowanie SIWZ. Odwołujący podkreślił, że jeśli Zamawiający zamierzał nadać charakter wiążący znakom rejestracyjnym samolotów winien to przewidzieć wprost w formularzu oferty oraz wzorze umowy. Odrzucenie oferty jest możliwie jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta nie zapewnia realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu. Odrzucenie oferty winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień. Na wypadek nie uznania przez Izbę, że doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp Odwołujący podniósł, że jeżeli informacja o znakach rejestracyjnych samolotów mogła być podana w formie innego dokumentu, niż przygotowany przez Zamawiającego formularz oferty -jak w uzasadnieniu odrzucenia oferty P. C. MANAGEMENT wskazał Zamawiający - to w takim przypadku należy uznać, iż jest to informacja, którą uzupełnić można w trybie art. 26 ust. 3 i 4, oraz art. 87 ust. 2, pkt 3, tj. „- inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”. Brak tej informacji nie miał bowiem wpływu na ocenę oferty przy przyjętych kryteriach, a Wykonawca przekazał brakujące informacje Zamawiającemu w dniu 25.02.2020. Odwołujący zwrócił także uwagę, że w treści informacji o odrzuceniu oferty P. C. MANAGEMENT z dnia 21.02.2020 Zamawiający powołuje się na opis przedmiotu zamówienia dotyczącego zadania nr 1, a tymczasem Wykonawca nie składał oferty na wykonanie zadania nr 1, a jedynie zadań nr 3,4,5 i 6. Podniósł, że aby wypełniła się przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp musi dojść do niezgodności w sferze merytorycznego zobowiązania określonego w SIWZ z tym, co w swojej ofercie zaoferował wykonawca. Zamawiający ma obowiązek precyzyjnie wskazać tę niezgodność. Informacja o znakach rejestracyjnych statków powietrznych nie ma znaczenia w kontekście kryteriów wyboru oferty określonych w SIWZ oraz treści umowy,

stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ, a więc nie powoduje istotnych zmian w treści oferty i jej brak jest możliwy do usunięcia w trybie art. 26 ust. 3 i ust 4 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Znaki rejestracyjne samolotu mają takie samo znaczenie dla realizacji zlecenia następującego po rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania, jak jego pozostałe cechy - na przykład kolor -nie mają związku z przyjętymi kryteriami oceny ofert i realizacją zlecenia. Zwrócił także uwagę na to, że Zamawiający nie przewidział konieczności wskazania numerów rejestracyjnych we wzorze umowy na realizację zamówienia. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający nie wskazał, jaki związek mają znaki rejestracyjne samolotów z realizacją usługi polegającej na wynajęciu samolotów do realizacji szkolenia i treningów prowadzonych przez Zamawiającego. W zaistniałym przypadku można ewentualnie mówić o braku pewnych informacji, które nie są istotne dla przedmiotu zamówienia, a które można uzupełnić w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający ma obligatoryjny obowiązek zastosowania art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

W odniesieniu do oferty GA System Sp. z o.o., Odwołujący podniósł, że wykonawca ten przygotowując ofertę zmodyfikował formularz oferty w sposób niezgodny z pkt 10. 2 SIWZ, podając znaki rejestracyjne samolotów. We wskazanym pkt 10.2 SIWZ Zamawiający określił konieczność zastosowania przez wykonawców przygotowanego formularza ofertowego. Zdaniem Odwołującego Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty GA System Sp. z o.o., mimo, że została złożona ona na zmodyfikowanym formularzu oferty, a więc niezgodnie z SIWZ. Odrzucenie oferty Odwołującego, przy zachowaniu oferty GA System Sp. z o.o. powoduje wybór Wykonawcy zadań 3,5 i 6 który zaproponował gorsze parametry pod względem kryteriów przyjętych w sposobie oceny ofert, którymi były: cena ofertowa brutto, nalot samolotu i termin naprawy samolotu, co stanowi naruszenie art. 91 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający, pismem z dnia 11.03.2020r, wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania i zasądzenie od odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Zamawiający podał, że w formularzu ofertowym wykonawcy zobowiązani byli podać cenę, nalot płatowca, nazwę – typ samolotu oraz oznaczenie fabryczne samolot. Zgodnie z pkt 6 OPZ, załącznik nr 3 do SIWZ, Zamawiający wymagał: „Przy składaniu ofert wykonawca zobowiązany jest do podania znaków rejestracyjnych oferowanego samolotu oraz znaków rejestracyjnych ewentualnego samolotu zastępczego”. Dane dotyczące znaków rejestracyjnych statków powietrznych miały służyć identyfikacji konkretnego egzemplarza

samolotu i jego nalotu. Podanie znaków rejestracyjnych pozwala w sposób jednoznaczny określić jaki konkretnie samolot wykonawca oferuje. Znaki rejestracyjne są niezbędne w związku z wprowadzeniem samolotu do jego floty, ze względu na wymagania Urzędu Lotnictwa Cywilnego, co wynika ze wskazanych przez Zamawiającego przepisów prawa. Brak podania znaków rejestracyjnych powoduje, że treść oferty nie spełnia oczekiwań Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego nie było podstaw do uzupełnienia tego braku przez wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Procedura wyjaśnienia nie może skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty, wyjaśnienia muszą ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać czy też zmieniać dokumentu. Wykonawca uzupełnił samodzielnie znaki rejestracyjne samolotów w zadaniach 3, 4 i 5 w dniu 25 lutego 2020r., czyli po terminie składania ofert. Zdaniem Zamawiającego w sprawie nie wystąpiła także inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, którą można uzupełnić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający powołał orzeczenia KIO z dnia 21.03.2017r. Sygn. akt KIO 401/17 oraz z dnia 29 grudnia 2016r. Sygn. akt KIO 2360/16 i podkreślił, że celem instytucji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest usunięcie wątpliwości dotyczących treści oferty, zinterpretowanie nieprecyzyjnego oświadczenia w niej zawartego, potwierdzenie niejasno wyrażonych intencji, nie zaś zmiana oferty. Brakujących numerów rejestracyjnych zaoferowanych samolotów nie można też uzupełnić w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem dotyczy on jedynie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego po złożeniu oferty nie może on i nie ma prawa żądać do wykonawcy danych, których nie zawarł w żadnej postaci w ofercie, a które stanowią wprost to, co konkretnie oferuje wykonawca. W przeciwnym razie dopuściłby do negocjacji oferty już po terminie jej składania. Znaki rejestracyjne samolotu miały służyć tylko i wyłącznie identyfikacji oferowanego samolotu, a nie miały służyć potwierdzeniu czy oferowane samoloty spełniają wymogi postawione przez Zamawiającego w SIWZ.

Zamawiający nie zgodził się także z zarzutem niejednoznaczności sformułowań w SIWZ dotyczących podania znaków rejestracyjnych. Zapis jest jednoznaczny i nie jest sprzeczny czy wykluczający się z innymi zapisami SIWZ a tylko, gdyby zachodziły takie okoliczności można mówić o niejednoznaczności zapisów SIWZ. Skoro Zamawiający nie przewidział na podanie znaków rejestracyjnych miejsca w formularzu oferty to wykonawca mógł dane dotyczące znaków rejestracyjnych podać w każdy inny sposób, byleby z ofertą np. dołączając kopię świadectwa rejestracji. Odwołujący nie wskazuje z odwołaniu, którego zadania dotyczy zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, co powoduje, że Zamawiający nie może się do niego odnieść. Wykonawca nie wskazuje także którego zadania dotyczy pkt 3 odwołania, Odwołujący wnioskuje o odrzucenie oferty GA System sp.

z o.o. ale nie wnioskuję o unieważnienie czynności w postaci jego odrzucenia jego odwołania. Wykonawca GA System Sp. z o.o. złożył oferty na zadania nr 3, 5 i 6, stąd zdaniem Zamawiającego zachodzi niezrozumiałość i brak konsekwencji zarzutów i wniosków wykonawcy składającego odwołania. Zamawiający wskazał, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty GA System sp. z o.o., bowiem wykonawca ten podał znaki rejestracyjne, które jak wskazał wcześniej Zamawiający wykonawca mógł podać w każdy sposób byleby z ofertą.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest wynajęcie samolotów tłokowych Cessna 150 i DA-20 lub równoważne, dwumiejscowych do realizacji szkolenia i treningów prowadzonych przez ACSL LAW (bez załogi), z podziałem na 6 zadań.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w załączniku nr 3 do SIWZ. W formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ wykonawcy zobowiązani byli podać cenę, nalot płatowca, nazwę - typ samolotu oraz oznaczenie fabryczne samolotu. Zgodnie z pkt 6 OPZ załącznik nr 3 do SIWZ Zamawiający wymagał: „Przy składaniu ofert wykonawca zobowiązany jest do podania znaków rejestracyjnych oferowanego samolotu oraz znaków rejestracyjnych ewentualnego samolotu zastępczego”.

W dniu 27.01.2020 roku Odwołujący – P. C. MANAGEMENT złożył ofertę na zadania nr 3, 4, 5 i 6. W dniu 13.02.2020 roku Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez P. C. MANAGEMENT w zakresie zadań 3, 4, 5 i 6. W dniu 20.02.2020 Zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty, zaś dnia 21.02.2010 poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie zadań 3, 4, 5 i 6, powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i wskazując, że Wykonawca nie podał znaków rejestracyjnych oferowanych samolotów.

W toku rozprawy strony podtrzymały swoje pisemne stanowiska.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający w pkt 6 Opisu Przedmiotu Zamówienia Załącznik nr 3 do SIWZ, wskazał, że „przy składaniu ofert” wykonawca jest zobowiązany do podania znaków rejestracyjnych oferowanego samolotu oraz znaków rejestracyjnych ewentualnego samolotu zastępczego. Jednocześnie zauważyć należy, że Zamawiający nie wskazał żadnego miejsca w przygotowanej przez siebie dokumentacji, w którym należy podać

informację o znakach rejestracyjnych samolotów. W treści formularza ofertowego wymagał podania jedynie nazwy, typu samolotu, oznaczenia fabrycznego, nalotu płatowca i ceny. Wymaganie Zamawiającego typu podać informację „przy składaniu ofert”, zawarte w OPZ Izba oceniła jako niejednoznaczne i mogące budzić wątpliwości wykonawców co do miejsca i sposobu podania wymaganych informacji dotyczących znaków rejestracyjnych.

W ocenie Izby wymagania Zamawiającego co do zakresu informacji i dokumentów, jakie mają być zawarte w składanych ofertach winny być jednoznaczne i nie mogą budzić żadnych wątpliwości a każde wymaganie Zamawiającego winno znajdować swoje odzwierciedlenie w treści przygotowywanej dokumentacji. Innymi słowy, Zamawiający winien wskazać w jaki sposób, w jakim miejscu oferty, za pomocą jakich dokumentów lub oświadczeń zostaną potwierdzone/ podane określone przez niego wymagania. Z ugruntowanego orzecznictwa KIO wynika, że wszelkie niejasności w treści przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji nie mogą wywoływać negatywnych skutków po stronie wykonawców, którzy przygotowują oferty działając w dobrej wierze i zaufaniu do treści formularzy przygotowanych przez samego Zamawiającego. Analizowane wymaganie co do podania znaków rejestracyjnych samolotów zostało zawarte w Załączniku nr 3, stanowiącym Opis Przedmiotu Zamówienia, nie zostało określone w wymaganiach odnoszących się do przedmiotu zamówienia, nadto nie wskazano miejsca w formularzu ofertowym czy też innego sposobu podania tych informacji np. przez złożenie świadectwa rejestracji.

Zdaniem Izby, brak podania w treści oferty znaków rejestracyjnych samolotu, nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią wymagań określonych w SIWZ i nie skutkuje koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie mamy tu bowiem do czynienia z niezgodnością w sensie merytorycznym, ale z brakiem podania pewnych informacji, które mogą być wyjaśnione z wykonawcą w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że numery rejestracyjne były niezbędne do identyfikacji samolotów. Dane przedstawione w ofercie tj. nazwa, typu samolotu, oznaczenie fabryczne, nalot płatowca w sposób wystarczający identyfikują samolot i określają spełnienie wymagań technicznych, które Zamawiający określił jako istotne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia. Numer rejestracyjny samolotu był jedynie dodatkową informacją. Z tych też względów uzupełnienie tych informacji, nawet po terminie składania ofert, nie zmienia oferowanego przedmiotu zamówienia, nie prowadzi na zmiany treści złożonej oferty czy jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp jest na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia zarzutem spóźnionym. Kwestionowanie niejednoznaczności sporządzenia



dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne może mieć miejsce wyłącznie w ustawowym terminie, przed upływem terminu składania ofert.

Za niezasadny Izba uznała zarzut zaniechania odrzucenia oferty GA System Sp. z o.o. z uwagi na złożenie oferty na zmodyfikowanym formularzu ofertowym. Wykonawca podał w ofercie wszelkie niezbędne informacje, w tym także numery rejestracyjne samolotów, zatem nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

**Przewodniczący:** .....