

Sygn. akt XXIII Zs 54/21

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 września 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący: sędzia Anna Żuława

Protokolant: Dominika Borden

po rozpoznaniu w dniu 12 sierpnia 2021 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. oraz (...) z siedzibą w E. (...), Holandia

z udziałem

przeciwnika skargi: (...) w E., Niemcy,

zamawiającego: (...) spółki akcyjnej w G.;

na punkt 1. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2021 r. (sygn. akt KIO 250/21, KIO 252/21)

1. oddala skargę;
2. zasądza od skarżącego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. oraz (...) z siedzibą w E.(...), Holandia na rzecz przeciwnika skargi (...) w E., Niemcy kwotę 12.500,00 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

sędzia Anna Żuława

Sygn. akt XXIII Zs 54/21

## UZASADNIENIE

### **wyroku z dnia 9.09.2021 r.**

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przesyłając w dniu 14 kwietnia 2020 r. do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu, które zostało opublikowane w dniu 15 kwietnia 2020 r. pod numerem (...). W dniu 12 stycznia 2021 r. zamawiający – (...) S.A. w G. poinformował o dokonaniu wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (...) sp. z o.o. w G. oraz (...) w E.(...), w Holandii jako najkorzystniejszej oraz przyznanych punktach dwóm ofertom w postępowaniu: ofercie ww. wykonawców zamawiający przyznał łącznie 86 punktów, ofercie (...) w E., w Niemczech zamawiający przyznał natomiast łącznie 85,56 punktów.

W dniu 22 stycznia 2021 r. (...) w E., w Niemczech wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na wybór oferty (...) sp. z o.o. w G. oraz (...) w E.(...), w Holandii jako najkorzystniejszej, zarzucając zamawiającemu między innymi naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 punkt 2 s.p.z.p. oraz art. 24 ust. 1 punkt 17 s.p.z.p.

Wyrokiem z dnia 23 marca 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza w punkcie 2. uwzględniła odwołanie (...) w E., w Niemczech zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 punkt 2 s.p.z.p., art. 24 ust. 1 punkt 17 s.p.z.p. oraz art. 91 ust. 1 s.p.z.p., dotyczącego nieprawidłowego i niezgodnego ze stanem faktycznym podania danych dotyczących terminu eksploatacji śmigłowca, a w konsekwencji nieprawidłowej oceny oferty w ramach kryteriów oceny ofert, nakazując zamawiającemu (...) S.A. wykluczenie (...) sp. z o.o. w G. oraz (...) w E. (...), w Holandii z postępowania oraz odrzucenie ich oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W punkcie 2. wyroku odwołanie zostało oddalone w pozostałym zakresie.

W uzasadnieniu powyższego rozstrzygnięcia Izba podniosła, że wykonawcy (...) sp. z o.o. w G. oraz (...) w E. (...), w Holandii w formularzu ofertowym oświadczyli, że „Usługi lotnicze będą świadczone przy wykorzystaniu śmigłowca / typ/ (...), serial numer (...), nr rejestracyjny (...) eksploatowanego od roku 2017”. Izba wskazała również - co nie jest sporne - iż w rzeczywistości zaoferowany śmigłowiec został wyprodukowany w 2009 roku, a nie w 2017 i było to wyjaśnione w trakcie postępowania przetargowego oraz postępowania odwoławczego. W zakresie interpretacji „wieku” Izba odwołała się do definicji zawartej na stronie (...) zgodnie z którą wiek to przeciąg czasu od urodzin do danej chwili lub do śmierci człowieka lub zwierzęcia; czas istnienia czegoś, liczba lat przeżytych. W ocenie Izby jedyną wątpliwość istniejąca pomiędzy różnymi fragmentami specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczyła tego, czy należało wpisać rok produkcji śmigłowca czy też rok, od którego śmigłowiec zaczął być pierwszy raz używany. KIO wskazała również, że błąd (...) sp. z o.o. w G. oraz (...) w E. (...), w Holandii nie może być naprawiony ani przez wykonawcę ani przez zamawiającego, oświadczenie to (o wieku śmigłowca) bowiem nie tylko stanowi ściśle tzw. „merytoryczną” treść oferty, ale dotyczy kryteriów oceny ofert, czyli części oferty, która ze względu na swoją wagę wynikającą ze znaczenia dla oferty (podstawa punktacji oferty) związaną z koniecznością zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i ich równego traktowania, a także przejrzystości postępowania, nie może być zmieniana. W ocenie Izby w sprawie możliwość poprawienia oświadczenia o wieku śmigłowca w oparciu o art. 87 ust. 2 punkt 3 s.p.z.p. nie zachodzi. KIO wskazała ponadto - „sam zaś Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zawarł żadnych postanowień, które pozwalałyby na dokonywanie korekty formularza oferty w zakresie tego oświadczenia (właśnie na wypadek, gdyby wykonawca nie wypełnił formularza ofertowego w tym zakresie lub też wypełniłby go nieprawidłowo), co pozwoliłoby zamawiającemu na podjęcie działań przy jednoczesnym zachowaniu przejrzystości postępowania, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - jako usankcjonowanych w postanowieniach SIWZ. Izba uznała również, że nie będzie miał zastosowania przepis art. 26 ust. 6 s.p.z.p., bowiem przepis ten odnosi się do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 s.p.z.p., a nie kryteriów oceny ofert i nie może zostać zastosowany per analogiam. Izba dodała, że nie ma znaczenia wiedza, jaką posiada zamawiający (o wieku śmigłowca), bowiem zamawiający musi dbać o zachowanie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 s.p.z.p. i każda ingerencja w oświadczenie wykonawcy, która prowadziłaby do ingerencji w kryteria oceny ofert prowadziłaby u innych wykonawców do poczucia ich pokrzywdzenia. Izba doszła do wniosku, że oświadczenie o wieku śmigłowca jest informacją nieprawdziwą, w istocie wprowadzającą w błąd zamawiającego i że to kwestia przypadku, czy dani członkowie komisji przetargowej akurat posiadają dane o realizacji wcześniejszych kontraktów, czy też nie.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - (...) Sp. z o. o. oraz (...). (dalej także jako: „skarżący”), w oparciu o przepis art. 579 ust. 1 i następane ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej także jako: „n.p.z.p.”) zaskarżyli wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2021 r. wydany w sprawach połączonych pod sygn. akt KIO 250/21, KIO 252/21, w części: punktu 1. wyroku, zgodnie z którym KIO uwzględniło odwołanie o sygn. akt KIO 250/21 w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczącego nieprawidłowego i niezgodnego ze stanem faktycznym podania danych dotyczących terminu eksploatacji śmigłowca, a w konsekwencji nieprawidłowej oceny oferty w ramach kryteriów oceny ofert i nakazało (...) S.A. wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) Sp. z o.o. oraz (...). oraz odrzucenie oferty tych wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie przepisu art. 581 p.z.p. zaskarżonemu wyrokowi zarzucili naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 punkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych („s.p.z.p.”), polegające na ich nieprawidłowej interpretacji i niewłaściwym zastosowaniu i uznaniu, że skarżący złożył ofertę niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z omyłką, której nie dało się w żaden sposób poprawić wobec faktu, iż omyłka zawarta była w części oferty dotyczącej kryterium oceny ofert - pomimo, że przepisy s.p.z.p. nie rozróżniają możliwości korygowania omyłek w zależności części lub warstwy oferty, a odnoszą się do całości oferty złożonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również pomimo, że omyłka w treści oferty skarżącego nie mogła być uznana jako niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia; naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 24 ust. 1 punkt 17 s.p.z.p., polegające na jego nieprawidłowym zastosowaniu i uznaniu, że skarżący przedstawił nieprawdziwe oświadczenie w zakresie eksploatacji śmigłowca, czym wprowadził w błąd zamawiającego, działając co najmniej lekkomyślnie lub niedbale, podczas gdy wiek śmigłowca był znany zamawiającemu tak w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również przed jego wszczęciem, z uwagi na to, że skarżący zaoferował w postępowaniu ten sam śmigłowiec, którym świadczy usługi na rzecz zamawiającego nieprzerwanie od roku 2017, a ponadto treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie pojęć wieku i eksploatacji nie była jednoznaczna, co wyklucza możliwość przypisania skarżącemu jakiegokolwiek postaci winy - w tym winy nieumyślnej.

W oparciu o powyższe zarzuty, na podstawie przepisu art. 588 ust. 2 p.z.p. skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez przeciwnika skargi w całości oraz o zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu skarżący podniósł, iż zaoferował zamawiającemu w postępowaniu śmigłowiec o numerze seryjnym (...), oraz numerze rejestracyjnym (...). O powyższym bezspornie przesądza oświadczenie złożone w formularzu ofertowym Skarżącego w punkcie 1 b). Skarżący w trakcie postępowania wyjaśnił szczegółowo okoliczności wpisania w pozycji formularza roku „2017”, zamiast „2009”. Pismem z dnia 25 czerwca 2020 r. zamawiający wezwał bowiem skarżącego do złożenia wyjaśnień w zakresie wieku oferowanego śmigłowca. Skarżący pismem z dnia 29 czerwca 2020 r. szczegółowo wyjaśnił omyłkę wskazując na następujące fakty: śmigłowiec jest eksploatowany przez (...), jako właściciela od roku 2017. Na potwierdzenie tego faktu skarżący załączył do wyjaśnień oficjalny dokument pod nazwą (...) (Świadectwo Rejestracji) wraz z tłumaczeniem na język polski, z którego wynika, że: „wyżej wymienione statki powietrzne (...), (...), numer seryjny (...) zostały należycie wpisane do rejestru holenderskich statków powietrznych zgodnie z Konwencją o międzynarodowym lotnictwie cywilnym z dnia 7 grudnia 1944 r. oraz z holenderską ustawą o lotnictwie. Data wystawienia Świadectwa Rejestracji (11 lipca 2017) jest jednocześnie datą, od której śmigłowiec mógł być legalnie eksploatowany/użytkowany przez (...). Do wyjaśnień skarżący załączył również dokument pod nazwą (...) (Oświadczenie o zgodności statku powietrznego) wraz z tłumaczeniem na język polski, z którego w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że data produkcji śmigłowca to 26 czerwca 2009 r. Zamawiający po raz pierwszy powziął wiedzę o dacie produkcji śmigłowca już w roku 2016, w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o identycznym przedmiocie zamówienia, jak obecnie prowadzone postępowanie - to jest w postępowaniu przetargowym o numerze NH-ZP- (...) ( (...)). W trakcie postępowania w 2017 r. skarżący składał wyjaśnienia i uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 4 s.p.z.p. w dniu 3 lipca 2017 roku. W treści wyjaśnień z 2017 r. wykonawca wskazał i podkreślił, że „posiada tabor samolotów i że wskazany helikopter (...), (...), rok produkcji 2009” spełnia wszystkie wymagania zamawiającego wskazane w postępowaniu NH-ZP- (...). Innymi słowy, z dniem złożenia oferty w postępowaniu z 2017, również poprzez składanie wyjaśnień do treści oferty, zamawiający miał wiedzę o śmigłowcu i jego parametrach - w tym w szczególności w zakresie daty produkcji śmigłowca. W wyniku rozstrzygnięcia i zakończenia postępowania z 2017 r. - we wrześniu 2017 r. zamawiający zawarł ze skarżącym umowę o zamówienie publiczne o identycznym przedmiocie, co w obecnym postępowaniu, w ramach której skarżący świadczył usługi tym samym śmigłowcem, co zaoferowany w postępowaniu. W dniu 29 września 2020 r. została zawarta pomiędzy zamawiającym a skarżącym kolejna umowa o zamówienie publiczne o numerze (...) („Umowa z 2020”). Umowa ta zawarta została w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt. 3) s.p.z.p. W ramach tej umowy skarżący kontynuuje usługi

na rzecz zamawiającego z wykorzystaniem tego samego śmigłowca, który był zaoferowany w postępowaniu z 2017 r., oraz w obecnym postępowaniu. Zdaniem skarżącego nie może zatem ulegać wątpliwości, że śmigłowiec, który został zaoferowany w toczącym się postępowaniu, to dokładnie ten sam śmigłowiec, którym są świadczone usługi dla zamawiającego zgodnie z umową z 2017 r. oraz umową z 2020 r.. Należy też podkreślić, że w ramach kryteriów oceny ofert - podkryterium „wiek śmigłowca” - skarżący otrzymał 7 punktów, na 15 możliwych do uzyskania. Reasumując, skarżący świadczy na rzecz zamawiającego usługi przewozu lotniczego na platformy tym samym śmigłowcem o numerach rejestracyjnych (...), (...); numer rejestracyjny statku powietrznego od czasu produkcji nie ulega zmianie i nie jest możliwa sytuacja, w której kilka statków powietrznych posiadałoby ten sam numer rejestracyjny - a co za tym idzie, że można twierdzić, że istnieje różna data produkcji dla statku powietrznego zarejestrowanego pod danym numerem; zamawiający co najmniej od roku 2017 posiada wiedzę o śmigłowcu oraz dacie jego produkcji, wynikającym z oświadczenia o zgodności statku powietrznego wystawione przez E. (obecnie A.), gdzie wskazana jest data produkcji 26 czerwca 2009 r.; kwestia wieku śmigłowca była już przedmiotem wyjaśnień w postępowaniu z 2017 r. o tożsamym przedmiocie zamówienia, które zostało zakończone zawarciem umowy z 2017 r.; badanie treści złożonej oferty pod kątem jej zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia odbywa się zawsze w oparciu o oświadczenia zawarte w ofercie, z uwzględnieniem informacji dostępnych dla zamawiających istniejących w dniu dokonywania oceny oferty. Skarżący wskazał, że na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 punkt 2) s.p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Aby w ogóle można było zastosować normę wynikającą z powyższego przepisu, należy zdaniem skarżącego zdefiniować dwa pojęcia, które porównawszy ze sobą, nie będą spójne, jedno nie będzie odpowiadało drugiemu - co w konsekwencji wprowadzi do stanu niezgodności. Pierwszym z pojęć jest „treść oferty”, przez którą należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z żądaniami zamawiającego. W tym zakresie skarżący jasno zadeklarował, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego - nie wprowadził żadnych zastrzeżeń do złożonego oświadczenia woli, nie zadeklarował, że wykona zamówienie w odmienny sposób, niż wskazywał to zamawiający w treści SIWZ, czy też wykona je w sposób sprzeczny z postanowieniami przyszłej umowy - przykładowo nie realizując wymaganej ilości lotów. Drugie pojęcie to „treść SIWZ”, przez które należy rozumieć tylko tę treść, która odnosi się do ukształtowanego przyszłego świadczenia - przedmiotu umowy, a nie jakiegokolwiek wymagania. Stąd każdorazowo należy oceniać, jakie wymagania postawił zamawiający w dokumentacji postępowania, które nie zostały przez wykonawcę spełnione w zakresie, w jakim zakres oferowanego przedmiotu zamówienia nie odpowiada wymaganiom opisanym przez zamawiającego w SIWZ. Powyższe rozumienia odzwierciedlone są również w licznych orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Tytułem przykładu, niezgodność „treści oferty” z „treścią SIWZ” w analizowanym przypadku zachodziłaby tylko w takich przypadkach, kiedy skarżący zaoferowałby realizację zamówienia na rzecz zamawiającego śmigłowcem, który nie spełnia warunków brzegowych do realizacji zamówienia wprost wskazanych w SIWZ - na przykład możliwość zabrania na pokład określonej ilości pasażerów o określonej wadze; śmigłowcem, który z uwagi na techniczne możliwości nie jest w stanie wykonać lotu na określoną odległość wskazaną w treści SIWZ; zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia przy pomocy innego środka transportu, niż śmigłowiec (np. statek morski). Kwestia wieku śmigłowca stanowiła przedmiot oceny w ramach kryteriów oceny ofert, co polegało na tym, że wykonawca, który dysponuje młodszym śmigłowcem otrzyma większą ilość punktów w jednym z kryteriów, przy czym zamawiający dopuszczał taką możliwość, że powyżej określonego wieku śmigłowca, wykonawca otrzyma „0” punktów. Wiek śmigłowca nie jest zatem objęty przedmiotem zamówienia, a ma jedynie na celu uzyskanie benefitu w postaci większej ilości punktów, analogicznie jak ma to miejsce w przypadku doświadczenia pilotów i wykonanych przez nich godzin nalołów w danym okresie. Nie stanowi, zdaniem skarżącego, w żadnej mierze jednak o sposobie czy zasadach wykonania przedmiotu zamówienia określonych w treści SIWZ, dlatego też w ocenie skarżącego nie można mówić o niezgodności treści oferty skarżącego z treścią SIWZ. Nie ma bowiem absolutnie żadnego znaczenia, czy przedmiot umowy będzie wykonywany śmigłowcem 2 letnim, 5 letnim czy starszym - o ile umowa będzie wykonywana zgodnie z jej treścią i o ile śmigłowiec spełnia parametry oczekiwane przez zamawiającego, które nie dotyczyły wieku. Niezależnie od powyższego, jeśli hipotetycznie przyjąć, że faktycznie kwestia wieku śmigłowca i omyłek w tym zakresie może mieścić się w pojęciach „treści oferty” i „treści SIWZ” w kontekście niezgodności obydwu pojęć i zastosowania sankcji wynikającej z treści przepisu art. 89 ust. 1 punkt 2) s.p.z.p., to skarżący nie zgadza się z KIO w zakresie, w jakim

KIO interpretuje przepis art. 87 ust. 2 punkt 3 s.p.z.p. w sposób, który uniemożliwia dokonywania poprawek treści oferty. W żadnej części powyższego przepisu taki zakaz nie funkcjonuje, a Izba wydaje się dokonywać interpretacji zawężającej przepisu o charakterze wyjątku w stosunku do przepisów, które statuują niezmiennosc oferty od czasu jej złożenia do czasu wyboru. Ponadto treść normy wywodzonej z treści art. 89 ust. 1 punkt 2 s.p.z.p. jest zupełnie inna, niż ta wynikająca z treści art. 87 ust. 2 punkt 3 s.p.z.p. W ocenie Skarżącego ustawodawca celowo w treści przepisu art. 87 odszedł od użycia sformułowania „treść oferty” na rzecz „niezgodność oferty”, co ma ten skutek, że każda niezgodność oferty, również nie mieszcząca się w sferze merytorycznej, czy też deklarowanego sposobu wykonania przedmiotu zamówienia - tak jak ma to miejsce w przypadku art. 89 ust. 1 punkt 2 s.p.z.p. - stanowi podstawę i zarazem uprawnienie do dokonania poprawki - o ile taka niezgodność w którejkolwiek części oferty odbiega od SIWZ. Innymi słowy, dyspozycja art. 87 ust. 2 punkt 3 s.p.z.p., o ile funkcjonalnie związania z treścią przepisu art. 89 ust. 1 punkt 2 s.p.z.p., stanowi samodzielne narzędzie dla zamawiających umożliwiające im dokonywanie korekt w całości oferty - również w części dotyczącej kryteriów oceny ofert. Skarżący zaznaczył, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 s.p.z.p. nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy, zdaniem skarżącego kwantyfikator "istotnych zmian" należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Celem wprowadzenia do s.p.z.p. powyższej regulacji, było dążenie do ograniczenia sytuacji, w których korzystne cenowo oferty podlegały odrzuceniu z uwagi na fakt, iż pojawiały się w nich mało znaczące błędy, niemożliwe do poprawienia na mocy innych określonych ustawowo zasad. Rozwiązanie miało przyczynić się do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert, jak również do ograniczenia liczby unieważnianych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Cechą omyłki jest to, że ma charakter niezamierzony i to bez względu na to, czy ma charakter zawiniony, czy niezawiniony. Według skarżącego popełniona przez niego omyłka nie wpływa w żaden sposób na ważność jego oferty. Omyłka nie ma charakteru istotnego, gdyż w wyniku tej zmiany doszło do modyfikacji jedynie niewielkiego fragmentu oferty, a nie całej jej treści, który to fragment nie miał wpływu na całość oferty skarżącego. Ponadto skarżący uzyskał mniejszą ilość punktów (7) w ramach kryteriów oceny ofert, niż maksymalne (15), co oznacza, że zmiana nie prowadziła do faworyzacji skarżącego w postępowaniu, a wręcz odwrotnie - pogorszyła jego sytuację. Mając na uwadze powyższe oraz fakt, iż celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, zamawiający poprawnie potraktował niniejszą omyłkę jako „inną omyłkę”, która nie zmienia istotnie całości oferty skarżącego, a jedynie wpływa na jej pewne postanowienia, które nie kształtują zobowiązań związanych z prawidłowym wykonaniem umowy o zamówienie publiczne. Dokonanie korekty omyłkowo wpisanego roku produkcji w niniejszej sprawie było możliwe również dlatego, że jak już wykazano, zamawiający posiadał wiedzę co najmniej od 2017 roku o dacie produkcji śmigłowca, którym nieprzerwanie są świadczone usługi na rzecz zamawiającego. Skarżący nie zgodził się również z oceną KIO, jakoby to kwestia przypadku decydowała o tym, czy zamawiający (lub komisja przetargowa) miała wiedzę o dacie produkcji śmigłowca. W tym przypadku mamy do czynienia z tożsamością śmigłowca, wykonawcy zamówienia publicznego oraz zamawiającego. Abstrahując w tym miejscu od tego, że wiedza zamawiającego o wieku śmigłowca sama w sobie wyklucza wprowadzenie w błąd, to w ocenie skarżącego badania i ocena ofert w postępowaniu (każdym) odbywa się po pierwsze w oparciu o dokumenty i oświadczenia. To, co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Skarżący nie zgodził się również z wyrokiem w zakresie, w jakim Izba stwierdza, że zaszyły przesłanki zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 punkt 17) s.p.z.p. w stosunku do skarżącego - z następujących powodów: wiek śmigłowca był znany zamawiającemu od 2017 r. w ramach postępowania z 2017 r. a następnie umowy z 2020, a obecne postępowanie jest jedynie kontynuacją usług świadczonych na rzecz zamawiającego dokładnie tym samym śmigłowcem. Nie ma żadnego logicznego uzasadnienia, dlaczego skarżący miałby wprowadzić zamawiającego w błąd przy świadczeniu usług nieprzerwanie od ponad 3 lat tym samym śmigłowcem; skarżący wskazał model, numer rejestracyjny śmigłowca w formularzu ofertowym - co pozwala na jednoznaczny identyfikację każdemu - nie tylko zamawiającemu - co jest przedmiotem oferty, czyli jakim śmigłowcem skarżący zamierza świadczyć usługi na rzecz zamawiającego w ramach umowy; postanowienie SIWZ w zakresie podania wieku śmigłowca oraz czasu eksploatacji nie były ze sobą spójne i mogły wprowadzać w błąd wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Ponadto zamawiający używa konsekwentnie zwrotu „eksploatacja”

również w innych dokumentach, niż treść SIWZ. Takim dokumentem jest informacja z otwarcia ofert zamieszczona na platformie przetargowej z dnia 3 czerwca 2020 r., gdzie w ostatniej kolumnie informacji zamawiający wskazuje dla poszczególnych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu „Eksploatacja śmigłowca od”. (...) wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 s.p.z.p. jest zrozumiały i jednoznaczny opis wymagań zawartych w SIWZ. Jeśli postanowienia SIWZ mogą być wykładane w różny sposób, nie można przypisać winy wykonawcy, który działając z należytą starannością opiera się na jednej z interpretacji. Skoro po myśli art. 24 ust. 1 pkt 17 s.p.z.p. wykluczeniu miałyby podlegać wykonawca, któremu nie można przypisać rażącego niedbalstwa, to podanie nieprawdziwej informacji w wyniku niedbalstwa lub lekkomyślności, nie może być oceniane surowiej, niż podanie takiej informacji w warunkach umyślności lub rażącego niedbalstwa, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 s.p.z.p. Normę zawartą w pkt 17 należy zatem odczytywać w taki sposób, że podobnie jak w pkt. 16. konieczne jest, by nieprawdziwa informacja rzeczywiście mogła wprowadzić w błąd zamawiającego, a nadto rzeczywiście mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Aby można było mówić o istotnym wpływie informacji wprowadzających w błąd na decyzje zamawiającego w postępowaniu, konieczne jest wykazanie, że zamawiający podjąłby na podstawie informacji niewprowadzających w błąd inną decyzję niż na podstawie informacji wprowadzających w błąd. Żadna z powyższych okoliczności, zdaniem skarżącego, nie zmaterializowała się w postępowaniu. W ofercie skarżącego wyraźnie jest wskazany model śmigłowca wraz z numerem rejestracyjnym, co pozwala na bezproblemową identyfikację wieku śmigłowca; treść SIWZ w zakresie konieczności wskazywania parametrów śmigłowca nie była jednoznaczna i pozwalała na kilka możliwych interpretacji, a skarżący nie może ponosić negatywnych konsekwencji użytych sformułowań przez gospodarza postępowania, jakim jest zamawiający.

Zamawiający (...) S.A. w odpowiedzi na skargę uznał wniesioną skargę przez wykonawców (...) sp. z o.o. w G. oraz (...) w E. (...), w Holandii oraz wniósł o jej uwzględnienie skargi, a w związku z tym zmianę zaskarżonego wyroku KIO poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez przeciwnika skargi, tj. (...). W uzasadnieniu podniósł w szczególności, iż wyrokiem z dnia 23 marca 2021 roku KIO uwzględniła częściowo odwołanie przeciwnika skargi, tj. w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) p.z.p., art. 24 ust. 1 pkt 17) p.z.p. oraz art. 91 ust. 1 p.z.p. nakazując zamawiającemu wykluczenie skarżącego z postępowania oraz odrzucenie oferty skarżącego. Odnosząc się do motywów KIO uzasadniających częściowe uwzględnienie odwołania, aktualnie zamawiający w pełni podtrzymał argumenty wskazane w treści odpowiedzi na odwołanie przeciwnika skargi, w tym w szczególności odnoszące się do kwestii formularza ofertowego w zakresie wieku śmigłowca. Zamawiający konsekwentnie uznaje, że zarzut (...) w tym zakresie był całkowicie bezzasadny, co oznacza, że: po pierwsze, w ocenie odwołującego KIO bezzasadnie uwzględniła zarzuty odnoszące się do kwestii formularza cenowego w zakresie wieku śmigłowca; po drugie odwołanie wniesione przez (...) powinno zostać oddalone w całości (a zatem również w zakresie uwzględnionego przez KIO zarzutu odnoszącego się do wieku śmigłowca); po trzecie, w związku z powyższym zamawiający w pełni podziela oraz uznaje skargę wniesioną przez Konsorcjum wykonawców. Zgodnie z pkt 6.4. b) SIWZ określono wymagania wobec śmigłowca przeznaczonego do realizacji usługi na rzecz zamawiającego, m.in. wiek śmigłowca - nie starszy niż 15 lat na dzień składania ofert. Zamawiający w kryterium „Dodatkowe wymogi bezpieczeństwa” mógł przyznać maksymalnie 30 punktów. Jeśli chodzi o wiek śmigłowca punktacja została podzielona na trzy kategorie (pkt 14.2.2. SIWZ): 8 lat i mniej -&gt; 15 pkt, 8 do 13 lat -&gt; 7 pkt, ponad 13 lat -&gt; 0 pkt. Wykonawca zobowiązany był zawrzeć odpowiednie oświadczenie w Formularzu Ofertowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ. Innymi słowy, w zależności od jego wieku zamawiający mógł przyznać 0, 7 bądź 15 punktów. Jednocześnie, zgodnie z pkt 14.2.2. SIWZ na potrzeby tego kryterium wykonawca zobowiązany był zawrzeć odpowiednie oświadczenie w formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ. Formularz stanowił zatem ściśle określony załącznik do SIWZ, o ściśle określonej treści. Zamawiający przyznaje, że w formularzu ofertowym o ściśle określonej treści na stronie 1. formularza (załącznika nr 1 do SIWZ) zawarte zostało sformułowanie, iż „Usługi lotnicze będą świadczone przy wykorzystaniu śmigłowca/typ/... eksploatowanego od roku.....”. Zatem, po pierwsze zamawiający w formularzu ofertowym posłużył się niejasnym pojęciem „eksploatacji” śmigłowca. To oznacza, że na tej podstawie potencjalni oferenci mogli zasadnie przypuszczać, że konieczne/możliwe jest wskazanie daty, od której śmigłowiec jest eksploatowany przez oferenta, a nie daty produkcji śmigłowca. Należy bowiem zwrócić uwagę, że w potocznym rozumieniu pojęcie „eksploatacji” oznacza użytkowanie czegoś i przeciętny odbiorca zasadnie może rozumieć te pojęcie jako powinność określenia daty, począwszy od której użytkuje dany

obiekt. Tym bardziej, że bardzo często „wiek” nie jest tożsamy z faktycznym okresem „eksploatacji”. Przykładowo możliwe byłoby wyprodukowanie śmigłowca w 2009 roku, a następnie jego eksploatacja począwszy od 2010 lub nawet 2011 roku. Nawet w takim globalnym ujęciu wiek śmigłowca nie jest tożsamy z pojęciem jego eksploatacji. Śmigłowiec może zostać wprowadzony do użytku/eksploatacji kilka/kilkanaście miesięcy od daty jego produkcji. Zamawiający przyznał, że w formularzu ofertowym zawarte zostało pojęcie, które nie odzwierciedlało treści SIWZ lub - co najmniej - mogło rodzić niejasności lub wątpliwości w tym zakresie. Jeżeli tak się stało, to i tak wszelkie wątpliwości w tym zakresie powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy (w tym przypadku konsorcjum wykonawców (...) Sp. z o. o. oraz (...)). Powyższe znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Nie można obciążać wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia odpowiedzialnością za błędy i niedopatrzenia zamawiającego. Tym samym, jeżeli w treści formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ pojawił się błąd lub nieścisłość/niejednoznaczność, to nie może być ona interpretowana na niekorzyść wykonawcy. Ponadto według zamawiającego Konsorcjum wykonawców (...) Sp. z o. o. oraz (...), wykazało dalej idącą staranność, bowiem w treści swojej oferty (na stronie 2.) oferenci wskazali: „Usługi lotnicze będą świadczone przy wykorzystaniu śmigłowca/typ/: (...), seria (...), nr rejestracyjny (...). eksploatowanego od roku: 2017”. Tym samym wykonawcy wskazali poza datą również numer seryjny oraz nr rejestracyjny śmigłowca (serial (...), nr rejestracyjny (...)), a zatem zdecydowanie więcej aniżeli wymagał zamawiający zgodnie z treścią SIWZ. To oznacza, że już na tej podstawie wyraźnie określono o jaki dokładnie, konkretny śmigłowiec chodzi. Ponadto już na tej tylko podstawie możliwe było dokonanie kwalifikacji daty produkcji tego śmigłowca z uwagi na wskazanie numeru seryjnego i numeru rejestracyjnego. Gdyby rzeczywistą intencją wykonawcy było wprowadzenie zamawiającego w błąd lub działanie wbrew treści SIWZ (w celu uzyskania większej liczby punktów), to wykonawca nie podawałaby dodatkowych, niewymaganych na gruncie SIWZ danych umożliwiających identyfikację śmigłowca oraz daty jego produkcji/wieku. Kwestia wieku śmigłowca stanowiła również przedmiot szczegółowych wyjaśnień ze strony konsorcjum wykonawców. Zamawiający, z uwagi na powzięte wątpliwości, pismem z dnia 25 czerwca 2020 roku zwrócił się do konsorcjum wykonawców o złożenie wyjaśnień w związku z punktem 14.2.2. SIWZ oraz treścią formularza ofertowego przygotowanego przez konsorcjantów. W wezwaniu zamawiający wskazał: „Wątpliwości Zamawiającego budzi deklarowany wiek śmigłowca. Zamawiający na podstawie typu śmigłowca serial number oraz numeru rejestracyjnego powziął informacje, iż deklarowany przez Państwa śmigłowiec nie został wyprodukowany w roku 2017. Według wiedzy zamawiającego rok produkcji tego śmigłowca może przypadać na lata 2007/2008”. Powyższe wezwanie wyraźnie dowodzi, że już na pierwszy rzut oka, na podstawie wiedzy zamawiającego, możliwe było zweryfikowanie przez zamawiającego, że rok 2017 nie stanowi daty produkcji śmigłowca. Typ śmigłowca, serial number oraz nr rejestracyjny umożliwiły zweryfikowanie daty produkcji. Oferta złożona przez wykonawców nie może być zatem odczytywana jako wprowadzająca w błąd zamawiającego oraz jako niezgodna z treścią SIWZ. W wyjaśnieniach z dnia 29 czerwca 2020 roku konsorcjum wykonawców potwierdziło, że zaoferowano śmigłowiec A. (...), o numerze seryjnym (...) oraz numerze rejestracyjnym (...). Wykonawca w pozycji sformułowanej przez zamawiającego jako „eksploatowanego od roku” wpisał rok 2017. Wyjaśniono, zgodnie z prawdą, że śmigłowiec jest eksploatowany przez (...) jako właściciela od roku 2017, co potwierdza oficjalny dokument „Certyfikat rejestracji”. Data wystawienia Certyfikatu rejestracji (11 lipca 2017 roku) jest jednocześnie datą, od której śmigłowiec mógł być legalnie eksploatowany/użytkowany przez (...). Jednocześnie konsorcjum wyraźnie wskazało, że śmigłowiec został wyprodukowany w roku 2009, co potwierdza „Oświadczenie o zgodności statku powietrznego” wystawione przez E. (obecnie A.), które również załączono do wyjaśnień. Tym samym treść wyjaśnień wykonawcy, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, nie pozostawia żadnych wątpliwości odnośnie do wieku/daty produkcji śmigłowca. Podkreślenia ponadto wymaga, co wynika również z ww. wyjaśnień konsorcjum, że zamawiający i tak miał już wiedzę na temat wieku i daty produkcji śmigłowca. Zaoferowany w toczącym się postępowaniu śmigłowiec stanowi dokładnie ten sam śmigłowiec, którym były i obecnie są świadczone usługi dla zamawiającego zgodnie z umowami zawartymi z zamawiającym w wyniku poprzednich postępowań o udzielenie zamówień publicznych. W trakcie jednego z poprzednich postępowań, wykonawca również składał wyjaśnienia i uzupełnienia w dniu 3 lipca 2017 roku, w których wyraźnie wskazał: „posiada tabor samolotów i że wskazany helikopter A. (...), (...), rok produkcji 2009” spełnia wszystkie wymagania zamawiającego wskazane w postępowaniu NH-ZP- (...). Wyjaśnienia z dnia 3 lipca 2017 roku zostały przez konsorcjum załączone również do wyjaśnień z dnia 29 czerwca 2020 roku złożonych w ramach przedmiotowego postępowania. Powyższe oznacza, że analizując złożone wyjaśnienia oraz przedłożone w toku wyjaśnień dokumenty w zakresie wieku śmigłowca zamawiający nie miał żadnych wątpliwości odnośnie do

jego wieku, tym bardziej, że konsorcjum wskazało ten sam typ śmigłowca, którym obecnie świadczy usługi na rzecz zamawiającego. Niezależnie od tego wiedzę w zakresie wieku śmigłowca zamawiający mógł bez żadnego problemu powziąć na podstawie dodatkowych, wskazanych w formularzu ofertowym danych: typ śmigłowca, serial number oraz nr rejestracyjny. Zamawiający stwierdził, iż nie dopuścił się w toku badania oferty w zakresie dodatkowych wymogów bezpieczeństwa żadnego uchybienia. Zamawiający przyjął rok 2009 jako datę produkcji i zgodnie z kryteriami oceny ofert przyznał wykonawcy 7 punktów. Podsumowując, w zakresie wieku śmigłowca nie może być mowy o jakimkolwiek wprowadzeniu w błąd zamawiającego bądź działaniu mającym na celu naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Wykonawca działał w oparciu o udostępniony przez zamawiającego formularz ofertowy, w którym zawarte zostało sformułowanie odnoszące się do „eksploatacji” śmigłowca, a nie literalnie jego wieku. Jakikolwiek wątpliwości lub nieścisłości w zakresie treści formularza ofertowego nie mogą obciążać wykonawcy. Jednocześnie konsorcjum wskazało wyraźnie na numer seryjny i numer rejestracyjny, jak również na typ śmigłowca. Zamawiający bez żadnych problemów był w stanie zidentyfikować wiek śmigłowca, w tym również na podstawie realizowanych dotychczas umów. Usługi są świadczone z wykorzystaniem tego samego typu śmigłowca. Mając na względzie przedstawione powyżej okoliczności, zdaniem zamawiającego całkowicie nieuprawnione było zastosowanie przez KIO podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2) p.z.p. Dodatkowo podkreślenia wymaga, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 lub 3 p.z.p. byłoby dopuszczalne wyłącznie w przypadku prostej i oczywistej niezgodności z treścią SIWZ oraz oczywistego i celowego działania wykonawcy mającego na celu "ukrycie" wieku śmigłowca lub wprowadzenie w błąd zamawiającego. W stanie faktycznym sprawy nie mamy do czynienia z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, skoro zarówno dla zamawiającego jak i skarżącego Konsorcjum wiek śmigłowca był od początku znany, a sam skarżący wskazał zdecydowanie więcej danych pozwalających na identyfikację wieku śmigłowca, jak również w swoich wyjaśnieniach wskazał wprost, że rok 2017 to data początku jego eksploatacji przez Konsorcjum, zaś wiek (czyli data produkcji) to rok 2009.

W odpowiedzi na skargę przeciwnik skargi – (...) wniósł o oddalenie skargi w całości oraz o zasądzenie od skarżącego na rzecz (...) kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm prawem przepisanych. Wyrok KIO, zdaniem przeciwnika skargi, jest prawidłowy, odpowiada prawu, jest spójny, kompletny, a treść uzasadnienia wskazuje, że KIO dokonało prawidłowej oceny stanu faktycznego sprawy i prawidłowo oceniło zgromadzone dowody (głównie dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i ofertę Skarżącego). Skarżący uważa, że prawidłowym działaniem w niniejszej sprawie byłoby nakazanie zamawiającemu zastosowania procedury poprawiania omyłek w ofercie wykonawców, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 s.p.z.p. Nie sposób jednak, zdaniem przeciwnika skargi, zgodzić się z takim postawieniem sprawy. Oferta skarżącego była niezgodna z treścią SIWZ, a jego oświadczenie nie może być poprawione w trybie poprawiania omyłki w ofercie, ani w żadnym innym trybie. Oświadczeniem, które złożył w ofercie skarżący, a które powodowało niezgodność oferty z treścią SIWZ, było oświadczenie o wieku oferowanego śmigłowca. Oświadczenie o wieku śmigłowca było składane na potrzeby jednego z podkryteriów w ramach kryterium oceny ofert „Dodatkowe wymogi bezpieczeństwa”. Fakt, że chodzi właśnie o wiek śmigłowca, a nie o jakikolwiek inny parametr, jest jednoznacznie potwierdzony w instrukcji wypełnienia formularza oferty zawartej w pkt 14.2.2 SIWZ. W punkcie tym czytamy m.in.: „Na potrzeby niniejszego kryterium Wykonawca zobowiązany jest zawrzeć odpowiednie oświadczenie w Formularzu Ofertowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ”. Z kolei, zgodnie z pozycją 2. tabeli zawartej w tym samym punkcie SIWZ, oświadczenie, za które przyznawano punkty, miało być złożone na okoliczność „Wiek śmigłowca przeznaczonego do zabezpieczenia L. P. na dzień składania Ofert”. 1.3. Zgodnie z definicją językową podawaną przez internetowy słownik Wydawnictwa Naukowego PWN ( (...) termin „wiek” powinno rozumieć się jako „długość życia człowieka od urodzenia do danej chwili; też: długość życia rośliny lub zwierzęcia lub czas istnienia czegoś”. Pojęcie to jest jasne już w oparciu o powyższą definicję językową i nie wymaga dalszej wykładni, która mogłaby prowadzić do wniosków sprzecznych ze słownikiem języka polskiego. Dodatkowo, przy uwzględnieniu instrukcji dotyczącej wypełnienia formularza oferty zawartej w pkt 14.2.2 SIWZ, należy przyjąć, że zamawiającemu chodziło o wskazanie całkowitego okresu istnienia oferowanego śmigłowca od momentu jego wyprodukowania do dnia składania ofert w postępowaniu. Takie rozumienie pojęcia „wiek” śmigłowca ma swoje uzasadnienie również z punktu widzenia celowościowego. Podkryterium „wiek” było bowiem elementem szerszego kryterium „Dodatkowe wymogi bezpieczeństwa”. Podkryterium „wiek” ma więc jakikolwiek sens jedynie przy przyjęciu, że przy jego wyznaczeniu należy uwzględnić datę produkcji śmigłowca, a



nie dzień rozpoczęcia eksploatacji przez określonego wykonawcę (np. dzień nabycia i włączenia do floty w przypadku używanych śmigłowców). Trudno byłoby uzasadnić z jakiego powodu okres eksploatacji śmigłowca przez wykonawcę (a nie okres jego istnienia od daty produkcji) miałby być oceniany przez zamawiającego w ramach kryterium dotyczącego bezpieczeństwa. Gdyby przyjąć w tym zakresie okres eksploatacji śmigłowca, to rezultat byłby absurdalny. W takim przypadku na przykład fakt niedawnego nabycia przez wykonawcę używanego, bardzo dawno wyprodukowanego śmigłowca byłby dla zamawiającego bardziej istotny z punktu widzenia bezpieczeństwa, niż nieco dłuższy okres eksploatacji młodszego śmigłowca. Pojęcie „wieku” zgodnie z powyższym jego rozumieniem potwierdza również pkt 6.4 lit. b) SIWZ, wprowadzający warunek brzegowy dla śmigłowca, zgodnie z którym śmigłowiec powinien być „nie starszy niż 15 lat na dzień składania Ofert”. Warunek brzegowy dla wieku śmigłowca powinien być analizowany łącznie z podkryterium „wieku” z pkt 14.2.2, ponieważ są to zagadnienia komplementarne. Pojęcie „nie starszy niż” trudno rozumieć inaczej, niż jednoznacznie odnoszące się do daty produkcji śmigłowca. Podsumowując, instrukcja wypełnienia formularza oferty z pkt 14.2.2 SIWZ, w świetle pozostałych postanowień SIWZ i całokształtu okoliczności, była jasna i jednoznacznie z niej wynikało, że chodziło o datę produkcji śmigłowca, a nie rozpoczęcie jego eksploatacji przez wykonawcę. Tymczasem skarżący wskazał w ofercie „wiek” rozumiany jako okres zaczynający swój bieg od dnia rozpoczęcia eksploatacji śmigłowca przez skarżącego w 2017 r. Powyższy fakt został zresztą potwierdzony przez samego skarżącego w korespondencji z zamawiającym - tj. w piśmie skarżącego do zamawiającego w trybie wyjaśnień z dnia 29 czerwca 2020 r., do którego załączono m.in. oświadczenie o zgodności statku powietrznego dla oferowanego śmigłowca wydane w 2009 r. A więc to właśnie wtedy, czyli w 2009 r., a nie w 2017 r., zaferowany przez Skarżącego śmigłowiec A. (...) o numerze rejestracyjnym (...), został wyprodukowany - co sam skarżący potwierdził. W związku z tym, że skarżący wpisał w ofercie, w ramach składania oświadczenia dotyczącego wieku śmigłowca datę początku jego eksploatacji (2017 r.), a nie datę jego produkcji (2009 r.), należy uznać, że Konsorcjum wypełniło formularz oferty nieprawidłowo, niezgodnie z treścią SIWZ. Oferta wypełniona w sposób niezgodny z instrukcją zawartą w SIWZ jest ofertą, której treść nie odpowiada treści SIWZ, co sprawia, że zamawiający ma obowiązek jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 s.p.z.p. Odnosząc się do argumentacji, że oświadczenie dotyczące „wieku” śmigłowca zostało sformułowane w formularzu ofertowym w odniesieniu do jego „eksploatacji” oraz dotyczącej rzekomej niejasności SIWZ w tym zakresie, z całokształtu postanowień SIWZ oraz okoliczności sprawy wynika, że zamawiającemu chodziło o wiek liczony od daty produkcji. Sformułowanie „eksploatacja” śmigłowca w formularzu ofertowym jest niesprzeczne z pozostałymi fragmentami SIWZ. (...) rozumiana prawidłowo, tj. przez pryzmat zasad z pkt 14.2.2 SIWZ oraz przy uwzględnieniu okoliczności, że chodzi o kryterium „Dodatkowe wymogi bezpieczeństwa”, powinna być interpretowana jako „całkowity okres eksploatacji od daty produkcji”, a nie jako „okres eksploatacji przez aktualnego wykonawcę”. SIWZ należy w tym przypadku czytać jako jeden spójny dokument i nie można powoływać się na wyrwane z kontekstu fragmenty formularza ofertowego mówiące o „eksploatacji” śmigłowca. Wpisanie w formularz ofertowy nieprawidłowego parametru nie powinno wpływać jedynie na punktację. W sprawie nie chodzi wyłącznie o to, ile punktów otrzyma oferta, ale o fundamentalną kwestię w zakresie tego, jaki parametr należy wpisać w formularz ofertowy i czy wpisany parametr jest zgodny z żądaniem SIWZ, czy nie. Z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania niezmiernie istotne jest zdaniem przeciwnika skargi, aby wykonawcy wpisywali w formularz ofertowy dokładnie ten parametr, o który są pytani przez zamawiającego w SIWZ. Gdyby dopuścić wpisywanie innego parametru, to równie dobrze można przyjąć, że w formularzu ofertowym można było wpisać np. datę ostatniego serwisowania śmigłowca albo jakąkolwiek inną datę. Wpisywanie w ofertę dowolnego parametru może mieć daleko idące konsekwencje już chociażby z tego powodu, że wiek śmigłowca powyżej 15 lat powodował odrzucenie oferty zgodnie z pkt 6.4 lit. b) SIWZ. W sprawie nie chodziło zatem wyłącznie o przyznanie punktów ofercie. Instrukcja wypełnienia formularza oferty w zakresie kryterium „Dodatkowe wymogi bezpieczeństwa” była precyzyjna i skarżący nie postąpił zgodnie z tą instrukcją. Z uwagi na doniosłość tego zagadnienia skutkiem prawnym powinno być odrzucenie oferty ze względu na jej niezgodność z SIWZ. Skarżący w skardze próbuje wykazać, że oświadczenie dotyczące wieku śmigłowca nie stanowi treści oferty, ponieważ nie jest tak, że usługi muszą być świadczone przy wykorzystaniu tego konkretnego śmigłowca, którego wiek podawany jest w ofercie (np. pkt 3.18 Skargi). Stanowisko to, według przeciwnika skargi, jest błędne. Po pierwsze, zgodnie z art. 91 ust. 2 s.p.z.p. kryteria oceny ofert muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia, którym w tym przypadku było świadczenie usług transportu śmigłowcowego. SIWZ jest również komplementarny w tym znaczeniu, że wiek śmigłowca służącego do świadczenia usług wynoszący powyżej 15 lat powodował, zgodnie z wymogami opisu przedmiotu zamówienia, odrzucenie oferty

(był to warunek brzegowy), natomiast każdy niższy wiek był punktowany. Zdaniem przeciwnika skargi należy w pełni podzielić stanowisko KIO zaprezentowane w uzasadnieniu wyroku, zgodnie z którym wpisanie przez skarżącego nieprawidłowego parametru w ofercie nie może być naprawione w żadnym trybie ani przez zamawiającego, ani wykonawcę. Oświadczenie o wieku śmigłowca stanowi nie tylko merytoryczną treść oferty, ale co więcej, dotyczy również kryteriów oceny ofert, czyli tej części oferty, która ze względu na swoją wagę wynikającą ze znaczenia z punktu widzenia postępowania (podstawa punktacji oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej) i konieczność zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania, nie może w ogóle być zmieniona. Zdaniem przeciwnika skargi oświadczenia skarżącego w zakresie wieku śmigłowca nie można poprawić tak w trybie pytań i odpowiedzi (pytania zamawiającego dot. treści oferty), jak i poprawy omyłek w ofercie. Stanowisko skarżącego, jakoby tę treść można było poprawić w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 s.p.z.p. jest, zdaniem przeciwnika skargi, nieprawidłowe. Przede wszystkim działanie skarżącego nie jest bowiem w ogóle omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 s.p.z.p. Oświadczenie nie zostało dokonane przez skarżącego przypadkiem, niechcący, czy w sposób niezamierzony (omyłkowo). Orzecznictwo KIO potwierdza, że „[przede wszystkim omyłka nie może być wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy”(wyrok KIO z 29 stycznia 2018 r., KIO 2746/17)]. Przy czym, jak wskazuje powyżej zacytowany wyrok, aby uznać działanie wykonawcy za omyłkę, niezgodność oferty z SIWZ musi mieć taki charakter, by pozwalała na ustalenie pierwotnego, zamierzonego oświadczenia wykonawcy. I to takiego, które niewątpliwie było zamierzone przez wykonawcę. W niniejszej sprawie nie można w sposób niewątpliwy odtworzyć oryginalnego zamierzenia skarżącego, które byłoby zgodne z SIWZ. Nie jest możliwe wykazanie przez skarżącego, że z całą pewnością zamierzał on wpisać w ofertę prawidłowy parametr, czyli rok produkcji śmigłowca (2009). W innym wyroku KIO stwierdziła, że „Zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 s.p.z.p. jest możliwe, gdy mamy do czynienia z «omyłką», a zatem działaniem niezamierzonym, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty”(wyrok KIO z 24 maja 2019 r., KIO 854/19). Taka sytuacja w niniejszej sprawie nie zachodzi. Poprawienie przez zamawiającego „innej omyłki”, tak jakby chciał to widzieć skarżący, powodowałoby bowiem istotną zmianę w treści oferty. Gdyby hipotetycznie przyjąć, że oferta skarżącego nie podlega odrzuceniu, ale powinna być oceniona zgodnie z prawidłowym wiekiem śmigłowca (z czym się nie zgadzamy), to miałoby to bardzo duży wpływ na punktację oferty. Taka zmiana dotyczyłaby kryterium oceny ofert, w związku z czym KIO prawidłowo wskazała na niemożliwość jej przeprowadzenia. KIO prawidłowo wskazała również w uzasadnieniu wyroku, że SIWZ nie zawierała instrukcji co do ewentualnego sposobu poprawienia omyłek w przypadku, na który powołuje się skarżący. Nie sposób jest więc dokonać poprawki w sposób przejrzysty, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W kontekście poprawienia omyłki nie ma również znaczenia okoliczność, na którą powołuje się skarżący, jakoby zamawiający znał od lat śmigłowiec, którym ma być świadczona usługa. Po pierwsze, należy zgodzić się z KIO, że jest to wyłącznie kwestia przypadku, że zamawiający (a ściśle rzecz ujmując komisja przetargowa w sprawie sprzed kilku lat; w każdej sprawie komisja przetargowa może mieć inny skład - a więc nie można automatycznie na tej podstawie zakładać wiedzy całego zamawiającego) w jakiejś części swojej organizacji miał wiedzę o dacie produkcji śmigłowca. Nawet jeśli tak było, nie oznacza to jednak, że zamawiający mógł (musiał) gromadzić wiedzę dotyczącą oferowanego śmigłowca ze źródeł innych, niż oferta, albo prowadzić wewnętrznie „dochodzenie” co do tego, czy skarżącemu chodzi o ten sam śmigłowiec, którym świadczona jest od lat usługa, czy inny. Z całą pewnością ewentualna wiedza, która mogła być gdzieś w organizacji zamawiającego (jednak nie musiała być konieczna w tej samej komisji przetargowej, która decydowała o aktualnym postępowaniu), nie pozwala również na poprawienie rzekomej omyłki zgodnie z pierwotnym zamierzeniem skarżącego co do wpisania w ofercie prawidłowego wieku śmigłowca (czyli zgodnie z wymogami art. 87 ust. 2 pkt 3 s.p.z.p.) - takiego zamierzenia nie da się bowiem po stronie skarżącego wyinterpretować, ani wykazać. Wyrok jest również prawidłowy w zakresie nakazania zamawiającemu wykluczenia skarżącego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 s.p.z.p., tj. dlatego, że skarżący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Już na podstawie samego SIWZ, skarżący będąc podmiotem profesjonalnym, powinien wiedzieć, że zamawiającemu chodzi o podanie w ofercie „wieku” śmigłowca liczonego od daty produkcji. Tymczasem skarżący złożył w ofercie oświadczenie znacznie korzystniejsze dla siebie. Skarżący przedstawił „wiek” w śmigłowca w sposób, który był niezgodny z SIWZ, ale przy odrobinie nieuwagi ze strony zamawiającego mógł zapewnić skarżącemu lepszą pozycję w postępowaniu. Takie działanie z całą pewnością nie zasługuje na ochronę prawną. Na uwagę zasługuje również fakt, że oświadczenie dotyczące wieku śmigłowca nie było

jedynym, w którym skarżący na swój sposób „naginał rzeczywistość” i prezentował w ofercie dane dużo korzystniej, niż w rzeczywistości (np. również dane dotyczące liczby lotów na platformy zamawiającego - co było również przedmiotem postępowania przed KIO). Skarżący podał więc w ofercie korzystniejsze dla siebie dane (w zakresie „wieku” śmigłowca), które mogły wprowadzić zamawiającego w błąd. Istotność wpływu tego działania na decyzje zamawiającego polegała na tym, że zamawiający dokonał badania oceny ofert w sposób nieprawidłowy w oparciu o nieprawdziwe dane podane przez Konsorcjum, co zostało potwierdzone przez KIO w wyroku. Podając jakiegokolwiek dane zamawiającemu wykonawca jest obowiązany działać z należytą starannością. Miernik należytej staranności został określony w Kodeksie cywilnym, przy czym skarżącego, jako profesjonalistę, obowiązuje podwyższony standard należytej staranności zgodny z art. 355 § 2 kc (staranność profesjonalna). Ten standard nie został dochowany przede wszystkim przy okazji podania przez skarżącego „wieku” śmigłowca. Przede wszystkim Skarżący powinien już na podstawie analizy SIWZ (pkt 14.2.2., pkt 6.4 lit. b) zauważyć, że w formularzu ofertowym należy podać „wiek” śmigłowca liczony od daty jego produkcji. Świadczy o tym również fakt, że w tej sprawie chodziło o kryterium oceny ofert nazwane „Dodatkowe wymogi bezpieczeństwa”. Było to jasne i jednoznaczne. Jeżeli Skarżący nie miał jasności w tym zakresie, to jako profesjonalista działający z należytą starannością powinien był zadać zamawiającemu pytanie do SIWZ dotyczące odnośnego kryterium - czego jednak skarżący nie uczynił. Podsumowując, skarżący nie dochował standardu staranności wymaganego od podmiotu profesjonalnego - co jest jednoznaczne co najmniej z przyjęciem winy nieumyślnej (lekkomyślności lub niedbalstwa). Podsumowując powyższe przeciwnik skargi podniósł, że w związku z tym, że skarżący co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, skarżący powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 s.p.z.p. - i KIO prawidłowo nakazało wykluczenie skarżącego w oparciu o w/w przepis. Z uwagi na naturę tego naruszenia w niniejszej sprawie przed wykluczeniem skarżącego nie sposób jest zastosować procedurę samooczyszczenia z art. 24 ust. 8 s.p.z.p. Trudno jest sobie wyobrazić, jakie działania mogłyby wykazać rzetelność skarżącego, powodującą możliwość pozostania w postępowaniu. Również nie ma żadnego znaczenia ewentualna znajomość śmigłowca przez zamawiającego (a raczej jego znajomość przez niektóre osoby w jego organizacji, bo nie sposób zakładać, że ta wiedza była wszędzie, w tym w komisji przetargowej powołanej do niniejszego postępowania). Zamawiający nie ma przecież obowiązku prowadzenia „dochodzenia” co do tego, co zaoferował skarżący, a miał prawo (a wręcz powinien) oprzeć się na danych przedstawionych mu w ofercie. Gdyby przyjąć inaczej, to cały przetarg nie ma sensu, ponieważ można założyć, że przecież zamawiający zna skarżącego, jego śmigłowca, a nawet ceny świadczonych przez skarżącego usług (aktualnie przecież analogiczna usługa jest świadczona przez skarżącego zamawiającemu). Nie oznacza to jednak, że w zakresie kolejnego okresu świadczenia usług zamawiający nie powinien przeprowadzić rzetelnego postępowania przetargowego, które nie będzie naruszało zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

### **Sąd Okręgowy – Sąd Zamówień Publicznych ustalił i zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż stosownie do treści przepisów wprowadzających ustawę Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) w art. 89 traci moc ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, natomiast do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe (art. 90). W myśl art. 92 ust. 1 z kolei ww. ustawy do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 92, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Według ust. 2 art. 92 do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się dotychczasowe przepisy ustawy.

Przenosząc przytoczone wyżej przepisy na grunt sprawy niniejszej stwierdzić należy, iż postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 kwietnia 2020 roku pod numerem (...) przez zamawiającego – (...) S.A. w G.. Jego

przedmiotem jest: usługa lotniczego transportu osób wraz z bagażem podręcznym o wadze do 10 kg oraz okazjonalnie towarów na platformy morskie położone w polskiej wyłącznej strefie ekonomicznej Rzeczypospolitej Polskiej. Usługa ma obejmować poza przewozem, wszystkie niezbędne czynności z nim związane, od momentu wejścia pasażerów do terminalu lotniska. W szczególności wykonawca ma zorganizować i zapewnić sprawny przebieg odprawy na lotnisku, zapewnić transport pasażerów pomiędzy śmigłowcem a miejscem odprawy na lotnisku, zapewnić na lotnisku wydzielone miejsce do przebrania się pasażerów w i z kombinezonów ochronnych i przeprowadzić instruktaż w języku polskim dotyczący zasad bezpieczeństwa przed każdym lotem. Postępowanie zostało wszczęte przez zamawiającego w kwietniu 2020 r., zatem przed dniem 1 stycznia 2021 r. W konsekwencji do ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znajdują zastosowanie przepisy ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej także jako: „s.p.z.p.”), natomiast w zakresie postępowania skargowego zainicjowanego przed tutejszym Sądem – przepisy ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (dalej także jako: „n.p.z.p.”).

Dodatkowo w odniesieniu do zagadnień proceduralnych należy wskazać, iż przedmiotowa sprawa została rozpoznana, stosownie do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 28 maja 2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, w składzie jednoosobowym (art. 4 pkt 4 ww. ustawy).

Stan faktyczny w przedmiotowej sprawie pozostaje w zasadzie poza sporem. Zgodnie z rozdziałem 14. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) kryteriami oceny ofert są: najniższa cena z wagą 60%, dotatkowe wymogi bezpieczeństwa z wagą 30% oraz dodatkowe możliwości śmigłowca z wagą 10%. Z punktu 14.2.2. SIWZ wynika natomiast, że w celu oceny ww. kryterium: „dotatkowe wymogi bezpieczeństwa” wykonawca zobowiązany był zawrzeć oświadczenie w formularzu ofertowym przygotowanym przez zamawiającego jako załącznik do SIWZ. Kryterium „dotatkowe wymogi bezpieczeństwa” składało się z dwóch podkryteriów, w tym wieku śmigłowca, przy założeniu że przy wieku 8 lat i mniej przyznawano 15 punktów, 8 do 13 lat – 7 punktów, ponad 13 lat – 0 punktów. W formularzu ofertowym wykonawcy mieli wypełnić między innymi następujące oświadczenie: **„na potrzeby kryterium oceny ofert – dotatkowe wymogi bezpieczeństwa – informujemy, iż usługi lotnicze będą świadczone przy wykorzystaniu śmigłowca /typ/ eksploatowanego od roku...”**.

Skarżący w formularzu ofertowym oświadczył, że na potrzeby kryterium oceny ofert – dotatkowe wymogi bezpieczeństwa – usługi lotnicze będą świadczone przy wykorzystaniu śmigłowca /typ/ (...), serial numer (...), nr rejestracyjny (...) eksploatowanego od roku: 2017”. Zaoferowany przez skarżącego śmigłowiec został wyprodukowany w 2009 r., nie zaś w 2017 r., co pozostaje poza sporem. Skarżący w trakcie postępowania – na skutek wezwania zamawiającego – wyjaśnił okoliczności wpisania w pozycji formularza roku „2017”, zamiast „2009”. Pismem z dnia 25 czerwca 2020 r. zamawiający wezwał bowiem skarżącego do złożenia wyjaśnień w zakresie wieku oferowanego śmigłowca (w tym miejscu wymaga zaznaczenia, iż zamawiający miał wiedzę na temat zaoferowanego w przedmiotowym postępowaniu śmigłowca, gdyż jest to ten sam śmigłowiec, którym były i obecnie są świadczone usługi dla zamawiającego zgodnie z umowami zawartymi z zamawiającym w wyniku poprzednich postępowań o udzielenie zamówień publicznych). Skarżący pismem z dnia 29 czerwca 2020 r. wyjaśnił okoliczności wpisania nieprawidłowych danych w zakresie wieku śmigłowca, wskazując na następujące fakty: śmigłowiec jest eksploatowany przez (...), jako właściciela, od roku 2017. Na potwierdzenie tego faktu skarżący załączył do wyjaśnień oficjalny dokument pod nazwą (...) (Certyfikat Rejestracji) wraz z tłumaczeniem na język polski, z którego wynika, że: „wyżej wymienione statki powietrzne (...), (...), numer seryjny (...) zostały należycie wpisane do rejestru holenderskich statków powietrznych zgodnie z Konwencją o międzynarodowym lotnictwie cywilnym z dnia 7 grudnia 1944 r. oraz z holenderską ustawą o lotnictwie. Data wystawienia Świadectwa Rejestracji (11 lipca 2017) jest jednocześnie datą, od której śmigłowiec mógł być legalnie eksploatowany/użytkowany przez (...). Do wyjaśnień skarżący załączył również dokument pod nazwą (...) (Oświadczenie o zgodności statku powietrznego) wraz z tłumaczeniem na język polski, z którego wynika, że data produkcji śmigłowca to 26 czerwca 2009 r. Po uzyskaniu powyższych wyjaśnień od skarżącego zamawiający przyjął rok 2009 jako datę produkcji (w ramach wymaganego oświadczenia na potrzeby kryterium oceny ofert – dotatkowe wymogi bezpieczeństwa) śmigłowca i zgodnie z kryteriami oceny ofert przyznał wykonawcy 7 punktów oraz zaniechał odrzucenia oferty skarżącego.

Spór pomiędzy uczestnikami przedmiotowego postępowania sprowadza się generalnie do tego, że skarżący, zamawiający i przeciwnik skargi prezentują odmienne stanowiska w kwestii zasadności potraktowania oferty skarżącego jako zgodnej z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (według skarżącego bowiem omyłka w treści jego oferty nie mogła być uznana jako niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia) oraz odmiennej interpretacji art. 87 ust. 2 pkt 3 s.p.z.p. Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku uznała bowiem, iż ww. przepis należy interpretować w taki sposób, który uniemożliwia dokonywanie poprawek treści oferty w zakresie oświadczeń złożonych w ramach kryteriów oceny ofert.

W odniesieniu do użytego sformułowania „eksploatowanego” w załączonym do oferty oświadczeniu, zgodnie z którym: „na potrzeby kryterium oceny ofert – dodatkowe wymogi bezpieczeństwa – informujemy, iż usługi lotnicze będą świadczone przy wykorzystaniu śmigłowca /typ/ **eksploatowanego od roku...**”, Sąd Okręgowy podzieliła ocenę Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którą przez „wiek” (zgodnie definicjami zawartymi na stronie (...) należy rozumieć przeciąg czasu od urodzin do danej chwili lub śmierci człowieka lub zwierzęcia, zaś w odniesieniu do rzeczy – czas istnienia czegoś. Pojęcie „eksploatować” oznacza natomiast użytkować urządzenie lub maszyny. Słusznie także Izba odwołała się do treści art. 65 § 1 kc, zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Kierując się treścią ww. przepisu oraz biorąc pod uwagę instrukcję dotyczącą wypełnienia formularza oferty zawartej w pkt 14.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należy przyjąć, że zamawiającemu chodziło o wskazanie całkowitego okresu istnienia oferowanego śmigłowca od momentu jego wyprodukowania (względnie pierwszego użycia zaraz po dacie wyprodukowania) do dnia składania ofert w postępowaniu. Takie rozumienie pojęcia „eksploatacja” śmigłowca znajduje uzasadnienie również z punktu widzenia celowościowego. Podkryterium „wieku” było bowiem elementem szerszego kryterium „Dodatkowe wymogi bezpieczeństwa”. W konsekwencji, gdyby uznać, że zamawiającemu chodziło o czas eksploatacji, rozumianej jako użytkowanie śmigłowca przez konkretnego wykonawcę, a nie okres jego istnienia od daty produkcji, to nie sposób uzasadnić, dlaczego wymóg ten miałby być oceniany przez zamawiającego w ramach kryterium dotyczącego bezpieczeństwa. Pojęcie „eksploatacji” zgodnie z powyższym jego rozumieniem potwierdza również pkt 6.4 lit. b) SIWZ, wprowadzający warunek brzegowy dla śmigłowca, zgodnie z którym śmigłowiec powinien być „nie starszy niż 15 lat na dzień składania Ofert”. Warunek brzegowy dla wieku śmigłowca powinien być analizowany łącznie z podkryterium „wieku” z pkt 14.2.2, ponieważ są to zagadnienia komplementarne. Pojęcie „nie starszy niż” nie można rozumieć inaczej, niż jednoznacznie odnoszące się do daty produkcji śmigłowca. Reasumując, instrukcja wypełnienia formularza oferty z pkt. 14.2.2 SIWZ, w świetle pozostałych postanowień SIWZ była jasna i zdaniem Sądu Okręgowego jednoznacznie z niej wynikało, że pod pojęciem eksploatacji chodziło o okres od daty produkcji śmigłowca, a nie rozpoczęcie jego użytkowania przez konkretnego wykonawcę. Zresztą, co wymaga podkreślenia, zamawiający wzywając skarżącego do wyjaśnień oraz poprawiając jego ofertę i uznając dla oceny powyższego kryterium jako prawidłowy rok 2009, kierował się właśnie taką interpretacją. Należy także zauważyć, że jeśli by przyjąć za zasadną argumentację skarżącego, według której treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie pojęcia wieku nie była jednoznaczna, co wyklucza możliwość przypisania mu jakiegokolwiek postaci winy w popełnionej omyłce, to skarżący winien był skorzystać z art. 38 ust. 1 s.p.z.p., zgodnie z którym wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jest to tym bardziej uzasadnione, że skarżący brał już uprzednio udział w postępowaniach o udzielenie zamówienie publicznego z udziałem tego samego zamawiającego i tego samego śmigłowca. Tymczasem skarżący nie skorzystał z tego uprawnienia i wskazał w ofercie, w oświadczeniu składanym na potrzeby kryterium oceny ofert – dodatkowe wymogi bezpieczeństwa „wiek” rozumiany jako okres zaczynający swój bieg od dnia rozpoczęcia eksploatacji śmigłowca przez skarżącego, tj. 2017 r. Powyższy fakt został zresztą potwierdzony przez samego skarżącego w korespondencji z zamawiającym, tj. w piśmie skarżącego do zamawiającego w trybie wyjaśnień (składanych zamawiającemu, który powziął wątpliwość co do wskazanego roku 2017) z dnia 29 czerwca 2020 r., do którego załączono m.in. oświadczenie o zgodności statku powietrznego dla oferowanego śmigłowca wydane w 2009 r. Ostatecznie, także sam skarżący nie wskazywał odmiennej interpretacji użytego w oświadczeniu – składanego na potrzeby kryterium oceny ofert – dodatkowe wymogi bezpieczeństwa – pojęcia, ale tłumaczył to podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą jako omyłkę (protokół k. 137).

Bezsporny w przedmiotowej sprawie pozostaje fakt, iż zgodnie z rozdziałem 14. specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriami oceny ofert były: najniższa cena z wagą 60%, dodatkowe wymogi bezpieczeństwa z wagą 30% oraz dodatkowe możliwości śmigłowca z wagą 10%. Z punktu 14.2.2. SIWZ w celu oceny w kryterium: „dodatkowe wymogi bezpieczeństwa” wykonawca zobowiązany był zawrzeć oświadczenie w formularzu ofertowym przygotowanym przez zamawiającego jako załącznik do SIWZ. Kryterium „dodatkowe wymogi bezpieczeństwa” składało się z 2. podkryteriów, w tym wieku śmigłowca, przy założeniu że przy wieku 8 lat i mniej przyznawano 15 punktów, 8 do 13 lat – 7 punktów, ponad 13 lat – 0 punktów. W tym miejscu wskazać należy, że nie można podzielić interpretacji skarżącego, iż śmigłowiec starszy niż 15 letni otrzymywał zero punktów. Otóż 15-letni wiek śmigłowca był warunkiem granicznym i wynikał z pkt. 6.4. lit. b SIWZ, zatem w przypadku przekroczenia tego progu, oferta taka podlegała odrzuceniu. Wbrew twierdzeniu skarżącego wiek śmigłowca nie tylko decydował więc o ilości przyznanych punktów, ale także o tym, czy oferta w ogóle spełnia warunki określone w SIWZ, bowiem przedmiot zamówienia nie mógł być zostać zrealizowany przy użyciu śmigłowca starszego niż 15-letni (w takim przypadku oferta podlegała odrzuceniu). Z tego względu nie można zgodzić się ze skarżącym, że w odniesieniu do wieku śmigłowca nie należy dokonywać oceny pod kątem niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Sama okoliczność podania nieprawdziwej informacji (niezależnie od przyczyny) na temat wieku śmigłowca przez skarżącego pozostaje poza sporem. Skarżący wskazał bowiem datę, od której użytkowany był przez niego śmigłowiec (rok 2017), zamiast rzeczywistego jego wieku/lat istnienia, tłumacząc to omyłką. Sporne jest natomiast to, czy – jak podnosił skarżący – wskazanie numeru seryjnego oraz rejestracyjnego, zatem danych pozwalających zamawiającemu ustalić rzeczywisty wiek śmigłowca (zdaniem skarżącego nawet w szerszym zakresie niż wynikało to z SIWZ), jak również dalsze jego wyjaśnienia, pozwalały na sprostowanie przez zamawiającego omyłki popełnionej przez skarżącego i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 s.p.z.p. w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Według ust. 2. art. 87 s.p.z.p. zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Bez wątpienia nieprawdziwe oświadczenie skarżącego odnoszące się do wieku śmigłowca nie może być potraktowanej ani jako omyłka pisarska ani omyłka rachunkowa. Nie można potraktować go jako omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian, a to z następujących przyczyn. Określenie wieku śmigłowca stanowi merytoryczną treść oferty w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia (z przyczyn, o których była wyżej mowa). Co więcej, oświadczenie odnoszące się do wieku śmigłowca dotyczy kryteriów oceny ofert, czyli części oferty będącej podstawą punktacji ofert (a nawet w przypadku przekroczenia progu 15 lat – odrzucenia oferty). Zastosowanie w tym stanie faktycznym ww. przepisu prowadziłoby zatem do istotnej zmiany w treści oferty. Powyższy pogląd został już zresztą ugruntowany nie tylko w orzecznictwie KIO, ale także Sądu Okręgowego w Warszawie – tytułem przykładu należy wskazać wyrok z dnia 29 czerwca 2020 r. w sprawie o sygn. XXIII Ga 1367/19. Podkreślić w tym miejscu należy, iż aby zachować uczciwą konkurencję między wykonawcami, zapewnić ich równe traktowanie i transparentność postępowania, merytoryczna treść oferty nie może być zmieniana. Zatem nieodrzućenie oferty, która nie spełnia opisanego w SIWZ wymogu wskazania wieku śmigłowca (nie można przy tym uznać za wystarczające wskazanie danych pozwalających ustalić ten wiek, jak stara się to wykazać skarżący), stanowi naruszenie przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców i

uczciwej konkurencji. Zgodzić się bowiem należy z oceną Izby, iż każda ingerencja w oświadczenie wykonawcy, która prowadziłaby do ingerencji w kryteria oceny ofert prowadziłaby u innych wykonawców do poczucia pokrzywdzenia. W przedmiotowym postępowaniu jest to szczególnie widoczne albowiem zamawiający przyznał, iż znał śmigłowiec oferowany przez skarżącego, gdyż skarżący wskazał w ofercie ten sam śmigłowiec, którym obecnie świadczy usługi na rzecz zamawiającego (w oparciu o wcześniej zawartą umowę). Tym samym pozycja skarżącego była uprzywilejowana, a podana przez niego nieprawdziwa informacja została skorygowana tylko dlatego, że na skutek zbiegu okoliczności komisja przetargowa знаła przedmiotowy śmigłowiec. Gdyby bowiem chodziło o innego wykonawcę i zaoferowany przez niego śmigłowiec (nieznany dotąd zamawiającemu z poprzednich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego) z dużym prawdopodobieństwem nie mógłby on liczyć na wiedzę zamawiającego na temat oferowanego śmigłowca i jego oferta zostałaby odrzucona. W ocenie Sądu Okręgowego sposób wypełnienia formularza ofertowego skarżącego nie może zatem podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy s.p.z.p.

W tym miejscu należy dodać, że okoliczność posiadania wiedzy na temat oferowanego śmigłowca przez zamawiającego z uwagi na dotychczasową współpracę i korzystanie przez zamawiającego z przedmiotowego śmigłowca oraz powoływanie się na tą wiedzę po pierwsze pozostaje bez znaczenia albowiem jak słusznie wywiodła Izba o powyższym zdecydowała kwestia przypadku (zbieżność osób zasiadających w komisji przetargowej). Po drugie, należy zgodzić się z przeciwnikiem skargi, że gdyby przyjąć taką narrację zamawiającego za trafną, to cały przetarg byłby pozbawiony sensu, ponieważ można byłoby z góry założyć, że przecież zamawiający zna skarżącego, jego śmigłowiec, a nawet ceny świadczonych przez skarżącego usług (aktualnie analogiczna usługa jest świadczona przez skarżącego zamawiającemu). Z powyższym nie można się jednak zgodzić, gdyż przepis art. 7 ust. 1 s.p.z.p. obliguje zamawiającego do zapewnienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W zakresie kolejnego okresu świadczenia usług zamawiający powinien zatem przeprowadzić rzetelne i transparentne postępowanie przetargowe, które nie będzie naruszało zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co jednak w omawianej sprawie nie miało miejsca.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 s.p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt s.p.z.p. W świetle powyższych rozważań zasadnym było zatem nakazanie zamawiającemu (...) S.A. odrzucenie oferty skarżącego.

Niezależnie od przyczyn złożenia przez skarżącego oświadczenia, iż oferowany przez niego śmigłowiec jest eksploatowany od roku 2017, jest to informacja nieprawdziwa. Śmigłowiec jest bowiem eksploatowany od 2009 r. Skoro podana informacja, była nieprawdziwa, to tym samym wprowadzała zamawiającego w błąd. Nie można bowiem przyjąć za zasadną argumentacji, iż zamawiający znał przedmiotowy śmigłowiec, przez co nie mógł zostać wprowadzony w błąd. Okoliczność posiadania wiedzy na temat śmigłowca z innych postępowań była bowiem przypadkowa, o czym była już mowa wcześniej i nie może być traktowana jako usprawiedliwiająca brak szczególnej staranności wymaganej od wykonawcy przy składaniu oferty. Oświadczenie w zakresie wieku śmigłowca miało zaś wpływ na ocenę oferty. Samo zachowanie skarżącego, który nie dołożył starań dokonując interpretacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia (o czym również była już mowa wcześniej), należało w istocie ocenić jako co najmniej lekkomyślne. O lekkomyślności można mówić wówczas, gdy wykonawca przedstawia informacje, przewidując możliwość wprowadzenia w błąd zamawiającego, ale bezpodstawnie zakłada, że skutku tego uniknie, łamiąc zasady ostrożności. Natomiast podanie wprowadzających w błąd informacji odnoszących się do elementów podlegających ocenie w ramach kryteriów selekcji lub kryteriów oceny ofert może wywrzeć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, gdyby w przypadku przedstawienia poprawnych informacji wykonawca uzyskał odpowiednio niższą ocenę spełniania kryteriów selekcji lub niższą ocenę oferty (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. H. Nowaka i M. Winiarza, str. 413-414). Powyższe przesłanki niewątpliwie zaistniały w przedmiotowej sprawie. Skarżący twierdzi bowiem, że treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia była według niego niespójna w kwestii wieku śmigłowca, ostatecznie przyznając, że podane przez niego nieprawdziwe oświadczenie było wynikiem omyłki. Przedstawił także argumentację o nieprawidłowym tłumaczeniu dokumentów. Wszystkie te twierdzenia pokazują, że skarżący przewidywał możliwość wprowadzenia w błąd zamawiającego, nie wyjaśnił jednak wątpliwości związanych z treścią SIWZ i podał informację na temat wieku śmigłowca niezgodną z rzeczywistym stanem rzeczy. Podana

informacja miała także niewątpliwie istotny wpływ na decyzje zamawiającego – decydowała bowiem o ocenie oferty skarżącego i gdyby nie przypadkowa wiedza zamawiającego na temat rzeczywistego wieku śmigłowca, skarżący uzyskałby więcej punktów niż powinien. Zasadne zatem było zastosowanie przez Izbę art. 24 ust. 1 pkt 17 s.p.z.p., w myśl którego z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji nakazanie zamawiającemu wykluczenie skarżącego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W świetle powyższego Sąd Okręgowy uznał, iż rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w punkcie 1. wyroku z dnia 23 marca 2021 r. było zasadne i oddalił skargę na podstawie art. 588 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r.

O kosztach orzeczono zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania zasądzając je od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi, zgodnie art. 589 ust. 1 pzp. Na koszty te składa się wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie ustalonej w oparciu o wartość przedmiotu sporu (12.500 zł), na podstawie § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych. Inicjatorem postępowania odwoławczego przed KIO był przeciwnik skargi w przedmiotowym postępowaniu. Skargę od nieprawomocnego wyroku KIO wniósł przystępujący po stronie zamawiającego w postępowaniu odwoławczym – (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. oraz (...). z siedzibą w E.(...), Holandia i to odwołujący w postępowaniu przed KIO jest przeciwnikiem postępowania toczącego się przed Sądem Okręgowym, a nie zamawiający (k. 210v). Na marginesie wskazać należy, iż stanowisko przeciwnika skargi, który z jednej strony wnosi o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania skargowego (k. 226v), z drugiej zaś podnosi, iż nie jest przeciwnikiem skargi, jest niespójne i nie znajduje uzasadnienia. Należy także wyjaśnić w tym miejscu, że zamawiający zawsze jest stroną postępowania toczącego się w trybie prawa zamówień publicznych. Nie oznacza to jednak, że jest przeciwnikiem skargi i z tego powodu obowiązany jest ponosić koszty postępowania skargowego i tak też było w przedmiotowym postępowaniu. Zatem to skarżącego należało w całości obciążyć kosztami postępowania.

Sędzia Anna Żuława