

WYROK

z dnia 16 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2019 r. przez wykonawcę

Stowarzyszenie Aeroklub Ziemi Jarosławskiej z siedzibą w Laszkach przy ul. Lądowisko Laszki w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - 41 Bazę Lotnictwa Szkolnego z siedzibą w Dęblinie przy ul. Brygady Pościgowej 5;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Aeroklub Lubelski w Radawcu, Radawiec Duży 272A, 21-030 Motycz, 2. Aeroklub Mielecki im. Braci Działowskich, ul. Lotniskowa 14, 39-300 Mielec, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie pkt 1.9 odwołania.

2. Uwzględnia odwołanie w zakresie wykluczenia z postępowania wykonawcy Stowarzyszenie Aeroklub Ziemi Jarosławskiej z siedzibą w Laszkach przy ul. Lądowisko Laszki i odrzucenia jego oferty a w konsekwencji nakazuje

zamawiającemu - 41 Bazie Lotnictwa Szkolnego z siedzibą w Dęblinie przy ul. Brygady Pościgowej 5:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

b) unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Stowarzyszenie Aeroklub Ziemi Jarosławskiej z siedzibą w Laszkach przy ul. Lądowisko Laszki;

c) unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Stowarzyszenie Aeroklub Ziemi Jarosławskiej z siedzibą w Laszkach przy ul. Lądowisko Laszki;

d) dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - 41 Bazę Lotnictwa Szkolnego z siedzibą w Dęblinie przy ul. Brygady Pościgowej 5 i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę

Stowarzyszenie Aeroklub Ziemi Jarosławskiej z siedzibą w Laszkach przy ul. Lądowisko Laszki tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od zamawiającego - 41 Bazy Lotnictwa Szkolnego z siedzibą w Dęblinie przy ul. Brygady Pościgowej 5 kwotę 11 708 zł 46 gr (słownie: jedenaście tysięcy siedemset osiem złotych czterdzieści sześć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, dojazdu na rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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:

Sygn. akt: KIO 1174/19

UZASADNIENIE

41 Baza Lotnictwa Szkolnego z siedzibą w Dęblinie przy ul. Brygady Pościgowej 5 (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy

z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) - zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przeprowadzenie szkolenia lotniczego dla uczniów Ogólnokształcącego Liceum Lotniczego w Dęblinie będącego na zaopatrzeniu 41 Bazy Lotnictwa Szkolnego w Dęblinie.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 kwietnia 2019 r. pod numerem 535207-N-2019.

W dniu 19 czerwca 2019 r. Zamawiający przesłał wykonawcy - Stowarzyszenie Aeroklub Ziemi Jarosławskiej z siedzibą w Laszkach przy ul. Lądowisko Laszki (dalej: „Odwołujący”) - drogą elektroniczną „zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszych ofert, wykluczeniu wykonawcy oraz odrzuceniu jego oferty” (dalej: „zawiadomienie”) zgodnie, z którą za najkorzystniejszą ofertę uznał ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Aeroklub Lubelski w Radawcu, Radawiec Duży 272A, 21-030 Motycz, 2. Aeroklub Mielecki im. Braci Działowskich, ul. Lotniskowa 14, 39-300 Mielec (dalej: „Przystępujący” lub „Konsorcjum”). W powyższym piśmie Zamawiający poinformował również o wykluczeniu Odwołującego z postępowania w zakresie zadania III, IV, V na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W dniu 24 czerwca 2019 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego, polegających na wykluczeniu Odwołującego z prowadzonego postępowania oraz odrzuceniu jego oferty skutkiem czego było uznanie przez Zamawiającego za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Konsorcjum w zakresie zadania III,

IV i V.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

1. błąd w ustaleniach faktycznych, polegający na przyjęciu, iż Odwołujący w wyniku

lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sytuacji, w której wykonawca według swej najlepszej wiedzy przedstawił wszelkie wymagane przez Zamawiającego informacje, w tym prawdziwą liczbę przeszkolonych osób, kierując się literalnie wskazanymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert;

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp, przez jego niewłaściwe zastosowanie w sytuacji, w której wszystkie podane przez wykonawcę dane odpowiadały prawdzie, a z ostrożności: także poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sytuacji, w której nie można wykonawcy przypisać winy w podaniu danych, tj. danych niezgodnych z oczekiwaniami Zamawiającego.

A z ostrożności także:

3. naruszenie art. 22 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt. 13 w zw. z art. art. 7 ust. 1 Pzp

- polegające na odstępieniu od stosowania określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”) kryteriów, którymi Zamawiający miał się kierować przy wyborze ofert,
- poprzez arbitralne i nieuprawnione uszczegółowienie treści SIWZ na etapie oceny ofert, które wykracza poza granice prawidłowej i literalnej wykładni,
- a z daleko idącej ostrożności, także poprzez arbitralne i nieuprawnione uszczegółowienie treści SIWZ w oparciu o wadliwie wydane opinie biegłych, którzy nie posiadali stosownej wiedzy, doświadczenia i kwalifikacji, a przede wszystkim, stosownej bezstronności pozwalającej na obiektywne odniesienie się do tematu.

4. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum, która nie była - w zakresie zadania III, IV i V, najkorzystniejszą z ofert złożonych w toku postępowaniu;

5. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, przez uznanie za wiarygodne wyjaśnień i dowodów przedłożonych przez Konsorcjum, pomimo, iż podane przez Konsorcjum informacje także były sprzeczne z danymi uzyskanymi z Urzędu Lotnictwa Cywilnego (dalej: „ULC”);

6. naruszenie postanowień motywu 78 Preambuły Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (dalej: „RODO”), przez nieuwzględnienie w przetargu publicznym potrzeby ochrony praw i wolności osób fizycznych, a w konsekwencji ww. naruszenia Zamawiający nie uznał za wiarygodne przedstawionych przez Odwołującego zaświadczeń o odbyciu kursu, jak się wydaje, tylko dlatego, że zostały one zanonimizowane;

7. naruszenie art. 92 ust. 1 Pzp, polegające na niepodaniu w treści przesłanej do Odwołującego informacji o wykluczeniu uzasadnienia faktycznego, dlaczego przedstawione przez niego dokumenty "nie były wystarczające i nie potwierdziły" (w sposób nie budzący wątpliwości) oświadczenia wyrażonego przez wykonawcę w formularzu ofertowym i dlaczego wadliwości dotyczącej faktycznej liczby przeszkolonych osób Zamawiający nie ocenił na zasadzie "spełnia/nie spełnia", pozwalającej na przyznanie odpowiednio niższej liczby punktów w kryterium oceny ofert, a nadto, poprzez niepodanie pełnej podstawy prawnej wykluczenia wykonawcy z prowadzonego postępowania.

Odwołujący z daleko idącej ostrożności, w przypadku nie podzielenia argumentów wskazanych w pkt 1 - 6 powyżej, zarzucał także:

8. rażące naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, polegające na zaniechaniu unieważnienia postępowania w sytuacji, w której - przy odstępieniu od literalnej (i liberalnej) wykładni postanowień SIWZ:

- złożone oferty są nieporównywalne, albowiem każdy z wykonawców inaczej zinterpretował kryteria oceny ofert (które de facto wyjaśnił powołany przez Zamawiającego po terminie otwarcia ofert biegły),
- postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, albowiem Zamawiający

nie dookreślił, czy dopuszcza sumowanie doświadczenia (liczonego w ramach kryteriów oceny ofert) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,

- postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, albowiem Zamawiający nie określił, jakich dokumentów żądać będzie od wykonawców celem potwierdzenia ilości wykonanych usług.

Odwołujący w pierwszej kolejności wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum,
- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem Oferty Odwołującego.

Ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę wszystkich przedstawionych poniżej zarzutów dotyczących posiadania przez Odwołującego stosownego doświadczenia, wpływającego na ranking ofert Odwołujący wnosił o zobowiązanie Zamawiającego:

- do wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w przedmiocie zakresu wykonanych w ramach doświadczenia szkoleń, w terminie umożliwiającym ich złożenie, względnie
- do unieważnienia postępowania, z uwagi na nieporównywalność ofert.

W treści uzasadnienia Odwołujący wyjaśniał m. in., że Zamawiający poinformował Odwołującego, iż postanowił zweryfikować liczbę przedszkolnych osób w okresie od 2 stycznia 2017 r. do dnia 31 marca 2019 r., ponieważ podana przez wykonawcę liczba 809 osób (znacznie wyższa niż liczba osób przeszkolonych przez drugiego z oferentów, który wskazał na 178 osób), wydawała się bowiem Zamawiającemu wygórowana. W tym celu Zamawiający zwrócił się z zapytaniem do ULC z prośbą o potwierdzenie ilości wykonanych szkoleń - tak przez Odwołującego, jak i przez Przystępującego. ULC potwierdził, iż Aeroklub Ziemi Jarosławskiej "zgłosił 20 osób", Aeroklub Lubelski - 123 osoby, zaś Aeroklub Mielecki - 8 osób. Powyższe wartości różniły się w sposób istotny od danych zadeklarowanych tak przez Odwołującego, jak i przez Konsorcjum. Obaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia co do różnic w ww. ilościach, wskazując, iż ULC podane wyłącznie informacje o osobach zgłoszonych. Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazywał, że na wezwanie przestawił wyciąg z systemu komputerowego, zawierający rejestr prowadzonych lotów. Dodatkowo, Odwołujący przedstawił kserokopie zanonimizowanych zaświadczeń wydanych kursantom. Z uwagi na wdrożone w Stowarzyszeniu regulacje RODO nie było możliwe przesłanie kompletnych dokumentów (wraz z danymi osób które odbyły szkolenie) bez narażenia się na złamanie przepisów prawa. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie uznał ww. wyjaśnień i dowodów za wiarygodne, w związku z czym wykluczył Odwołującego z prowadzonego postępowania. W ocenie Zamawiającego, "Wykonawca podał w ofercie uczestników szkolenia, którzy dopiero rozpoczęli szkolenie (byli szkoleni zgodnie z Programem Szkolenia zatwierdzonym przez ULC, a nie, jak to wynikało z opisu kryterium oceny ofert - zostali przeszkoleni). Uczestnicy nie ukończyli żadnego z ćwiczeń wskazywanego w Programie Szkolenia realizowanym przez wykonawcę, tj. Aeroklub Ziemi Jarosławskiej", co uzasadniało jego wykluczenie z postępowania.

1. Błąd w ustaleniach faktycznych.

Odwołujący podnosił, że jego zdaniem uwzględniając opis postawionego kryterium Zamawiający wymagał przeprowadzenia JAKIEGOKOLWIEK szkolenia, które zgodne byłoby z ww. programem szkolenia, i które zostałyby ukończone do dnia 31 marca 2019 r. Wykonawca takie szkolenia, we wskazanym okresie, zorganizował dla 809 osób. Po każdym z przeprowadzonych szkoleń zostało wystawione przez wykonawcę zaświadczenie potwierdzające nabyte podczas szkolenia umiejętności. Z przedstawionych przez wykonawcę wydruków jego zdaniem wynika, że szkolenia te obejmowały m.in, lecz nie wyłącznie: naukę startu za wyciągarką, lot po kręgu nadlotniskowym i lądowania, wstępne loty zapoznawcze i działanie układu sterowania, naukę lotu prostego i zakrętów, loty sprawdzające przed lotami samodzielnymi, doskonalenie lądowania, pierwsze loty samodzielne.

Odwołujący wyjaśniał, że wszystkie z ww. szkoleń prowadzone były zgodnie z przyjętym i obowiązującym u wykonawcy Programem Szkolenia, który został zatwierdzony przez ULC. Odpis powyższego programu, wraz z pieczęciami Urzędu, został przedstawiony Zamawiającemu w toku postępowania. Obok dokumentów przedłożonych w formie analogowej, wszystkie rejestry oraz skany zaświadczeń zostały udostępnione Zamawiającemu w wersji elektronicznej pod określonymi adresami. Waga ww. dokumentów była zbyt duża, by można było je dołączyć do przesyłanej wiadomości e-mail. Niezależnie od powyższego, kopia wszystkich dokumentów w wersji papierowej została dostarczona Zamawiającemu przesyłkami listownymi.

Zdaniem Odwołującego nie podlega zatem na prawdzie twierdzenie Zamawiającego, jako wykonawca przedstawił liczbę osób, "które było szkolonych zgodnie z Programem Szkolenia zatwierdzonym przez ULC, a nie, jak to wynikało z opisu kryterium oceny ofert - "zostało przeszkolonych". Na każde z ww. szkoleń została zawarta pisemna umowa, której treść (a w szczególności zakres szkolenia - „Szkolenie Podstawowe” w wymiarze jednego lotu z oferty Odwołującego znajdującej się w Cenniku na stronie internetowej www.aeroklubiaroslaw.pl) była podpisywana przez kursantów w oświadczeniu wg załączonego wzoru. Zdaniem Odwołującego istotnym, że Zamawiający znał treść ww. dokumentu co najmniej od 2018 r., gdyż zarzucił w poprzednim postępowaniu przetargowym, prowadzonym w 2018 r., zarzucił wykonawcy, że „Aeroklub Ziemi Jarosławskiej przedstawił oświadczenia osób, które były przeszkolone w zakresie teoretycznym o zamiarze odbycia szkolenia praktycznego, z oświadczeń tych jednoznacznie nie wynikało, że wszystkie te osoby odbyły przedmiotowe szkolenie.” Kwestionowany był wówczas zatem nie fakt odbycia szkolenia, lecz jego zakres. Odwołujący twierdził, że skoro umowy na szkolenie zostały zrealizowane, a szkolenie w ustalonym zakresie zostało zakończone, to nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, że kursanci nie zostali „przeszkoleni”. Każde z ww. szkoleń zostało ukończonych, na dowód czego wykonawca przedłożył stosowne dowody.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nie wymagał w treści SIWZ, aby wykonawca przedstawił jedynie informacje o liczbie szkoleń "wymaganych do licencji spl", czyli szkoleń kompleksowych, których ukończenie pozwala na uzyskanie licencji, ani też - jak to przedstawił Zamawiający w treści uzasadnienia zawiadomienia - szkoleń obejmujących cały moduł/panel z przyjętego w Aeroklubie programu szkolenia. Na taki wymóg wskazał powołany przez Zamawiającego biegły W. Ch., który uznał, iż "Wykonawca powinien powoływać się tylko na osoby które zostały przeszkolone w jakimś module, w zakresie programu szkolenia".

Odwołujący podnosił, że powyższe zapisy nie znalazły się jednak w SIWZ dlatego też każdy z oferentów miał prawo przyjąć, iż chodzi o jakiekolwiek szkolenie, które było prowadzone zgodnie z przyjętym programem, i które zostało przeprowadzone i ukończone w wymaganym okresie.

Z daleko idącej ostrożności wykonawca wskazywał, iż wątpliwości Zamawiającego co do sensu zredagowanych przez niego zapisów SIWZ w toku postępowania przetargowego wyjaśniało dwóch biegłych. Na skutek powyższego, Zamawiający, odstępując od wykładni literalnej, zaakceptował jedynie niektóre szkolenia, które - jak się wydaje, obejmowały co najmniej dwa loty i dotyczyły szerszego zakresu niż zwyczajowo organizowane szkolenia jednostkowe. Wykonawca nie mógł przewidzieć takiego obrotu zdarzeń, dlatego nie można mu przypisać winy - nawet nieumyślnej - w podaniu danych innych niż oczekiwane przez Zamawiającego.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

W tym też kontekście Odwołujący zarzucał naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp przez ich niewłaściwe zastosowanie w sytuacji, w której wszystkie podane przez wykonawcę dane dotyczące liczby przeprowadzonych szkoleń (jednostkowych) odpowiadały prawdzie, i co najważniejsze, zgodne były z literalną treścią SIWZ.

Odwołujący twierdził, że w niniejszej sprawie ani zakres danych nie jest jednoznaczny bowiem co do rzeczywistej treści SIWZ wypowiadało się však dwóch biegłych, ani też nie można ww. "działania" przypisać wyłącznie wykonawcy. Na dowód powyższego Odwołujący wskazywał, iż zakres pojęcia "szkolenie lotnicze" był sporny nie tylko pomiędzy nim a Zamawiającym, lecz także pomiędzy wykonawcami a ULC, który w sprawie przedstawił zupełnie odmienne dane co do obu oferentów. Przyczyną podania danych niezgodnych z wymaganiami Zamawiającego była zatem nieprecyzyjna treść SIWZ, która zdaniem Odwołującego została doprecyzowana po terminie otwarcia ofert.

3. Zarzutu naruszenie przez Zamawiającego art. 22 ust. 1. art. 36 ust. 1 pkt. 13 w zw. z art.

art. 7 ust. 1 Pzp

W ocenie Odwołującego nieuprawnione i niezasadne odwołanie się do opinii biegłych celem wyjaśnienia wskazanych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający zaniechał weryfikacji doświadczenia wykonawcy w kontekście opisanych w treści SIWZ wymagań, całkowicie bagatelizując treść zapisów, które sam wprowadził do kryteriów oceny ofert.

Zdaniem Odwołującego użyte przez Zamawiającego sformułowanie w sposób wyraźny wskazuje, że każdy z Oferentów powinien legitymować się, jakimkolwiek doświadczeniem w wykonaniu "szkolenia" zgodnego z "programem szkolenia szybowcowego". Zamawiający nawet pośrednio nie wskazywał, aby wymagał przeprowadzenia określonego typu bądź by w ramach szkolenia kursant powinien odbyć co najmniej dwa loty. Wymagania takie nie wynikają także ani z treści wyżej powołanego programu szkoleń, ani z obowiązujących przepisów prawa.

W ocenie Odwołującego, dla oceny kryterium oceny ofert należy przyjąć, że pod pojęciem "liczba przeszkolonych osób", Zamawiający rozumiał każde szkolenie, które odwołuje się do ww. programu. Przyjęcie przeciwnego toku myślenia prowadziło do nadania pojęciu „szkolenie” węższego znaczenia niż wynikające z treści SIWZ, a to z kolei godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zaakceptowanie przyjętej przez

Zamawiającego argumentacji doprowadziłoby nadto do nieuprawnionego uszczegółowienia, czy nawet korekty, treści SIWZ, na etapie oceny ofert, w sposób dla wykonawcy niekorzystny, co z kolei skutkowałoby naruszeniem ugruntowanej w orzecznictwie zasady interpretacji wątpliwości co do treści SIWZ na korzyść Oferenta.

Odwołujący wyjaśniał, że każdy z oferentów posiada indywidualny, zatwierdzony dla siebie przez ULC Program Szkolenia Szybowcowego do Licencji SPL. Zamawiający nie wymagał ukończenia pełnego szkolenia do licencji SPL wg tego programu, tylko jego części, nazwanej w SIWZ samodzielnie "szkoleniem". Nie zakwestionowano bowiem w toku postępowania liczby przeszkolonych podanej przez Konsorcjum, pomimo, iż wskazane przez Konsorcjum osoby ukończyły jedynie "część programu".

Odwołujący podkreślał, że Konsorcjum także nie wskazało na osoby które ukończyły pełny program Szkolenia Szybowcowego do Licencji SPL, a jedynie jego fragment. Równe traktowanie wszystkich oferentów wymaga przyjęcia, że zapisy SIWZ dotyczą przeszkolenia w jakimkolwiek zakresie części zatwierzonego programu (względnie - wymaga wykluczenia obu oferentów). Odwołujący zauważał, iż Zamawiający nie jest w stanie określić ani przyjąć bezstronnych założeń w momencie publikacji SIWZ, co do treści i formuły zatwierdzonych dla przyszłych oferentów Programów Szkolenia (w tym w szczególności, jakie moduły/ćwiczenia/zadania należy przyjąć za spełniające zapisy SIWZ w kontekście uznania prowadzonych Szkoleń za „przeszkolenie”). Program szkoleń dla każdej jednostki ustalany jest indywidualnie. Różny bowiem może być zakres szkoleń jednostkowych. Różna może być także, co widać powyżej, przyjęta przez każdego z wykonawców nomenklatura. Zdaniem Odwołującego zaakceptowanie zaproponowanej przez Zamawiającego interpretacji SIWZ już zatem na starcie rodziłoby problemy w zdefiniowaniu spornego kryterium.

4. Naruszenie postanowień motywu 78 Preambuły RODO

Odwołujący twierdził, że Zamawiający nie był uprawniony do żądania od wykonawcy pełnych danych osobowych uczestników przeprowadzanych szkoleń. W Ocenie Odwołującego dane te nie były niezbędne dla poprawnego przeprowadzenia postępowania. Odwołujący wskazywał na motyw (78) Preambuły RODO. Z powyższego wykonawca wywodził, że postawiony przez Zamawiającego wymóg przedstawienia niezanonimizowanych dokumentów szkoleniowych 809 osób (te zanonimizowane nie zostały zaakceptowane), był nieuzasadniony, nieproporcjonalny i całkowicie nierozsądny. Obligowałby bowiem wykonawcę do informowania 809 osób fizycznych, iż ich dane osobowe zostały przekazane osobie trzeciej celem udokumentowania doświadczenia wykonawcy w innym postępowaniu, i uzyskania ich zgody na transfer danych. Zamawiający w toku postępowania w ogóle nie uwzględnił zatem potrzeby ochrony danych (w tym - minimalizacji przetwarzania danych osobowych) uczestników szkoleń zrealizowanych przez oferentów).

W zakresie pozostałych zarzutów Odwołujący wyjaśniał, że działanie Zamawiającego pozostaje dla niego całkowicie niezrozumiałe, a treść uzasadnienia decyzji o wykluczeniu - niespójna i nielogiczna. Zwłaszcza w sytuacji, w której w przypadku nieudowodnienia rzeczywistej liczby kursantów, Zamawiający uprawniony był do przyznania "0" punktów w kwestionowanym kryterium oceny ofert. Odwołujący również podnosił, że Zamawiający był też uprawniony do wezwania wykonawcy do podania liczby osób, które ukończyły określony moduł szkolenia, z wyłączeniem osób, które odbyły jedynie "pojedyncze" kursy, nieakceptowane przez Zamawiającego (tj. wezwanie do "segregacji" i kategoryzacji przekazanych Zamawiającemu danych"). Powyższe pozwoliłoby na przyznaniu Odwołującemu stosownej liczby punktów w ramach spornego kryterium, z wyłączeniem pozostałego doświadczenia, które Zamawiający mógłby uznać jako niezgodny z SIWZ. Z nieznanymi wykonawcy przyczyn Zamawiający zaniechał kompromisowego rozwiązania, z góry zakładając, iż wykonawca celowo wprowadził go w błąd. Zdaniem Odwołującego jest to o tyle krzywdzące, iż także drugi z oferentów podał "nieprawdziwe" dane, tj. niepotwierdzone przez ULC, które jednak zostały przez Zamawiającego zaakceptowane.

Ponadto Odwołujący zauważał, że odstąpienie przez Zamawiającego od literalnej wykładni SIWZ pozwala jemu na dowolne żonglowanie punktami w ramach spornego kryterium oceny ofert, i przyznawanie punktów jedynie za takie szkolenie, które on, bądź powołani przez niego biegli, uznają za stosowne. W tym kontekście, w przypadku nieuwzględnienia stawianych przez Odwołującego zarzutów, należałoby rozważyć, czy postępowanie nie podlega unieważnieniu z uwagi na jego wadę, która na tym etapie postępowania nie może być konwalidowana. Zwłaszcza, iż Zamawiający nie określił, czy doświadczenie konsorcjantów może być sumowane.

W dniu 8 lipca 2019 r. do Izby w formie elektronicznej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania w calosci.

W uzasadnieniu Zamawiający wyjaśniał, że zarzuty Odwołującego są bezzasadne, bowiem działania kwestionowane przez Odwołującego zostały dokonane przez Zamawiającego zgodnie z przepisami prawa. Zamawiający twierdził, że użycie w SIWZ frazy „zgodnie z „Programem szkolenia szybowcowego SPL” (Sailing Pilot Licence) zatwierdzonym przez Urząd Lotnictwa Cywilnego” oznacza ściśle powiązanie z tymże programem, dodatkowo użycie czasu przeszłego jednoznacznie wskazuje na zakończenie jakiegoś etapu wskazanego w programie szkolenia, nie zaś tak jak twierdzi odwołujący „JAKIEGOLKOWIEK” szkolenia. Postanowienia omawianego SIWZ są jasne i zrozumiałe w świetle wykładni językowej, która ma zawsze pierwszeństwo podczas dokonywania interpretacji norm prawnych. Regulacje zawarte w SIWZ są językowo jednoznaczne i nie budzące wątpliwości, a więc nie ma podstaw by przy ich interpretacji odwoływać się do innych reguł, niż reguły językowe. Zamawiający podnosił, że odwołanie się w SIWZ do „Programu szkolenia szybowcowego SPL” (Sailing Pilot Licence) zatwierdzonym przez ULC nie można uznać za przypadkowe i pozbawione jakiegokolwiek donośności. Tożsama argumentacja dotyczy użycia słowa „przeszkolonych”, czyli osób, które zamknęły, zakończyły jakąś część szkolenia, którą wskazuje „Program szkolenia szybowcowego SPL” (Sailing Pilot Licence) zatwierdzony przez ULC.

Zamawiający podnosił, że program szkolenia Odwołującego zatwierdzony przez ULC stanowił, iż nie można uznać za przeszkoloną osobę, która wykonała jeden lot wg ćwiczenia SPL/I-1, gdyż ćwiczenie to jest dopiero wstępem do szkolenia (zadania SPL/I), które zawiera dwa loty z instruktorem. W przypadku, gdy uczeń wykonał jeden lot wg ćwiczenia SPL/I-1 jest osobą szkoloną, a nie przeszkoloną i nie wykonał on żadnego modułu, części, która określał program szkolenia. Gdyby wolą Zamawiającego było, aby za kryterium służyło jakiejkolwiek szkolenie wtedy kryterium brzmiałoby: „Ilości osób szkolonych przez wykonawcę w zakresie praktycznego szkolenia szybowcowego” a nie „Ilości osób przeszkolonych przez wykonawcę w wyniku praktycznego szkolenia szybowcowego przeprowadzonego zgodnie z „Programem szkolenia szybowcowego SPL” (Sailing Pilot Licence) zatwierdzonym przez Urząd Lotnictwa Cywilnego”

Zamawiający wskazywał, że idąc tokiem rozumowania Odwołującego za spełniające kryterium Zamawiającego należałoby uznać samo praktyczne szkolenie np. w zakresie wsiadania do szybowca, bez dokonywania jakichkolwiek dalszych czynności przez kursanta, bo to też jakiś fragment programu szkolenia. Zamawiający stwierdził, że poprzez analogię można podać wymóg Zamawiających co do ilości osób przeszkolonych w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 27 lipca 2004 r. w sprawie szkolenia w dziedzinie bezpieczeństwa i higieny pracy. Wiadomym jest, iż za takie osoby uznamy te które zakończyły szkolenie i to wg wymagań cytowanego wyżej rozporządzenia, a nie osoby, którym przekazano cokolwiek z zakresu bezpieczeństwa pracy bez jakiegokolwiek odniesienia do rozporządzenia.

Zamawiający wyjaśniał, że wykonawca ma obowiązek zweryfikować prawdziwość

wszelkich podawanych przez siebie informacji i temu między innymi służy czas na przygotowanie i złożenie oferty. Zawsze niedochowanie staranności w tym zakresie musi być traktowane jako rażące niedbalstwo. W szczególności jeżeli informację tę dotyczącą wykonawcy to podanie informacji nieprawdziwych jest równoznaczne z lekkomyślnością lub niedbalstwem. W przedmiotowym przypadku wykonawca mając wiedzę, iż dane osoby wykonały tylko połowę jednego ćwiczenia tj. jeden lot zamiast dwóch nie mógł wskazywać tych osób jako przeszkolonych, w szczególności mając na uwadze program szkolenia szybowcowego zatwierdzonego przez ULC. Wykonawca lekkomyślnie zaliczył te osoby do kategorii przeszkolonych zgodnie z Programem szkolenia szybowcowego SPL” (Sailing Pilot Licence) zatwierdzonym przez ULC, zaś te osoby nie zostały przeszkolone ani w zakresie zadania, ani nawet jednego ćwiczenia wg tego programu. Zdaniem Zamawiającego niedbalstwo wykonawcy wynikało z braku zestawienia informacji na temat co wykonały poszczególne osoby w ramach szkolenia z programem szkolenia, który określał poszczególne moduły przeszkoleń. Gdyby Wykonawca zachowując minimalną staranność porównał, jakie czynności wykonał dany kursant ze swoim programem szkolenia zatwierdzonym przez ULC wtedy nie wskazałby tych osób jako przeszkolonych zgodnie z tym programem.

Zamawiający dodawał, iż pomocnicze zasięgnięcie opinii biegłego miało na celu wypełnienie zadań jakie miał biegły w tej komisji oraz uzyskanie całkowitej pewności Zamawiającego do prawidłowości czynności podejmowanych w toku postępowania.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego wyrażone w pismach procesowych i złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Na wstępie Izba odniosła się do zarzutu z pkt 1.9 odwołania, tj. rażącego naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, polegającego na zaniechaniu unieważnienia postępowania w sytuacji, w której, przy odstępieniu od literalnej (i liberalnej) wykładni postanowień SIWZ:

- złożone oferty są nieporównywalne, albowiem każdy z wykonawców inaczej zinterpretował kryteria oceny ofert (które de facto wyjaśnił powołany przez Zamawiającego po terminie otwarcia ofert biegły),
- postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, albowiem Zamawiający nie dookreślił, czy dopuszcza sumowanie doświadczenia (liczonego w ramach kryteriów oceny ofert) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,
- postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, albowiem Zamawiający nie określił, jakich dokumentów żądać będzie od Wykonawców celem potwierdzenia ilości wykonanych usług.

Izba wskazuje, że w omawianym zakresie kluczowym jest to, że szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W takim przypadku, zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp, odwołanie przysługuje wykonawcy wyłącznie wobec czynności:

1. wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
2. określenia warunków udziału w postępowaniu;
3. wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;

4. odrzucenia oferty odwołującego;
5. opisu przedmiotu zamówienia;
6. wyboru najkorzystniejszej oferty.

Na kanwie powołanego przepisu Izba stoi na stanowisku, że czynność unieważnienia postępowania, której domagał się Odwołujący w treści zarzutu nr 1.9 bez wątpienia nie mieści się w katalogu czynności podlegających możliwości zaskarżenia przez wykonawcę. W związku z tym Izba odrzuciła postawiony przez wykonawcę zarzut polegający na zaniechaniu unieważnienia postępowania.

Po dokonaniu oceny dalszych zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

1. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy

Po przeprowadzeniu analizy zgłoszonego zarzutu Izba doszła do przekonania, że czynność Zamawiającego, polegająca na wykluczeniu Odwołującego z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp a następnie uznanie jego oferty za odrzuconą należy uznać za nieuzasadnioną i nieprawidłową.

W toku rozprawy zostały złożone następujące dowody:

1. Pismo ULC z dnia 20 kwietnia 2018 r. dotyczące informacji o liczbie szkolonych w Aeroklubie Ziemi Jarosławskiej.
2. Pismo ULC z dnia 16 maja 2018 r. stanowiące odpowiedź na pismo dowódcy 41 BLSz w sprawie przetargu nieograniczonego na prowadzenie szkolenia lotniczego uczniów OLL.
3. Opinia z dnia 12 czerwca 2019 r. wydana przez Dyrektora Aeroklubu „Orląt” w Dęblinie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ określił następujące kryteria oceny ofert:

1. Cena brutto oferty za przeprowadzenie praktycznego szkolenia szybowcowego dla maks. 16 uczniów Ogólnokształcącego Liceum Lotniczego w Dęblinie” - 60%
2. Ilość osób przeszkolonych przez wykonawcę w wyniku praktycznego szkolenia szybowcowego przeprowadzonego zgodnie z Programem Szkolenia szybowcowego SPL (Sailing Pilot Licence) zatwierdzonym przez Urząd Lotnictwa Cywilnego - 40%.

Powyższą informację należało podać w Formularzu ofertowym, sporządzonym na podstawie wzoru stanowiącego załącznik do SIWZ. Odwołujący w złożonej ofercie w formularzu ofertowym, odrębnie dla każdego z zadań nr, III, IV, V, zadeklarował, że w terminie 02 stycznia

2017 roku do 31 marca 2019 roku przeszkolił 809 osób w zakresie praktycznym - szkolenie

szybowcowe zgodnie z Programem Szkolenia szybowcowego SPL (Sailing Pilot Licence) zatwierdzonym przez ULC.

Powyższe dane były podstawą wyjaśnień Zamawiającego, który kierował w tym zakresie do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień. W składanych wyjaśnieniach wykonawca konsekwentnie wyjaśniał, że przeszkolił 809 w zakresie praktycznym - szkolenie szybowcowe zgodnie z Programem Szkolenia szybowcowego SPL (Sailing Pilot Licence) zatwierdzonym przez Urząd Lotnictwa Cywilnego.

Zamawiający nie uznał wyjaśnień Odwołującego i odrzucił ofertę Odwołującego w związku z tym, że wykonawca 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.

W zawiadomieniu Zamawiający podał m. in.: „(...) Wykonawca Aeroklub Ziemi Jarosławskiej, Ładowisko Laszki, 37-543 Laszki w odpowiedzi na pismo nr 3411/19 złożył wyjaśnienie (pismo z dnia 10 maja 2019 r.) i oświadczył, że potwierdza, że zadeklarowana w Formularzu ofertowym liczba 809 osób jest prawdziwa i dotyczy wymaganego przez zamawiającego w kryterium oceny ofert okresu tj. od 2 stycznia 2017 r. do 31 marca 2019 r. (pismo wykonawcy znajduje się w dokumentacji przetargowej). Wykonawca załączył również przykładowe zaświadczenie o odbyciu szkolenia oraz pokwitowanie odbioru zaświadczeń TSK oraz certyfikatu ukończenia szkolenia szybowcowego. (...) W związku z rozbieżnościami wynikającymi ze stanowiska wyrażonego przez ULC oraz oświadczeniami wykonawców, którzy złożyli oferty komisja przetargowa postanowiła ponownie wezwać Wykonawcę - Aeroklub Ziemi Jarosławskiej, Ładowisko Laszki, 37-543 Laszki, do złożenia wyjaśnień (pismo nr 3645/19 z dnia 09.05.2019 r.). W odpowiedzi - Wykonawca Aeroklub Ziemi Jarosławskiej, Ładowisko Laszki, 37-543 Laszki podtrzymał stanowisko wyrażone w poprzedniej korespondencji i potwierdził, że zadeklarowana przez niego liczba 809 osób dotyczy osób przeszkolonych przez wykonawcę w wyniku praktycznego szkolenia szybowcowego przeprowadzonego zgodnie z „Programem szkolenia szybowcowego SPL” (Sailing Pilot Licence) zatwierdzonym przez Urząd Lotnictwa Cywilnego w okresie od 02 stycznia 2017 do 31 marca 2019 roku jest zgodna z

16

prawdą oraz powołując się na RODO nie ujawnił wszystkich wymaganych przez Zamawiającego danych (dokumenty stanowią część dokumentacji przetargowej). W związku z powyższym, Zamawiający wystosował kolejne pismo (pismo Nr 3646/19 z dnia 09.05.2019 r.) dotyczące doprecyzowania i potwierdzenia deklaracji wykonawcy złożonej w ofercie dotyczącej liczby przeszkolonych 809 osób. W odpowiedzi Wykonawca Aeroklub Ziemi Jarosławskiej, Ładowisko Laszki, 37-543 Laszki (pismo z dnia 14.05.2019r.) załączył wyciąg ze swojego systemu komputerowego, który zdaniem wykonawcy stanowi dowód przeszkolenia w zakresie praktycznym 809 osób zgodnie z wymaganiami zawartymi w siwz. W związku z faktem, że wyjaśnienia przedstawione przez Wykonawcę (pismo z dnia 14.05.2019 r.) nie były wystarczające i nie potwierdzały (w sposób nie budzący wątpliwości) oświadczenia wyrażonego przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym Zamawiający wystosował kolejne pisma wzywające wykonawcę do złożenia wyjaśnień oraz dowodów potwierdzających złożone wyjaśnienia - pismo Nr 3912/19 z dnia 17. 05.2019 oraz pismo Nr 3927/19 z dnia 17.05.2019 r. (pisma znajdują się w dokumentacji przetargowej). Wykonawca Aeroklub Ziemi Jarosławskiej, Ładowisko Laszki, 37-543 Laszki pismem z dnia 23.05.2019 r. przedstawił stosowne wyjaśnienia oraz zanonimizowane kopie wydanych zaświadczeń dotyczące przeprowadzonych szkoleń. Wykonawca nie przedstawił wszystkich 809 zaświadczeń. Jednocześnie Wykonawca poprosił o dodatkowy czas - 7 dni na złożenie kompletnych dokumentów. (...) Członkowie komisji przetargowej zapoznali się z wyjaśnieniami oraz dokumentami złożonymi przez wykonawców. Osoby merytorycznie przygotowane w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz biegły powołany do komisji po dokonaniu szczegółowej analizy wyjaśnień składanych przez wykonawców w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp (.), dotyczących treści złożonego oświadczenia (zadeklarowanej liczby przeszkolonych osób (zgodnie z opisem kryterium oceny ofert) oraz na podstawie weryfikacji dokumentów potwierdzających przedmiotowe wyjaśnienia stwierdzili, że nie można uznać za przeszkoloną osobę, która wykonała jeden lot wg ćwiczenia SPL/I-1. Ćwiczenie to według programu szkolenia szybowcowego SPL zatwierdzonego przez ULC i realizowanego przez Aeroklub Ziemi Jarosławskiej zawiera dwa loty z instruktorem. W przypadku gdy uczeń wykonał jeden lot wg ćwiczenia SPL/I-1 jest osobą szkoloną, a nie przeszkoloną. W opinii biegłego oraz osób merytorycznych w zakresie opisu przedmiotu zamówienia osobą przeszkoloną zgodnie z ustanowionym kryterium oceny ofert jest uczeń, który ukończył przynajmniej całe ćwiczenie np. SPL/I -1. (...). W związku z rozbieżnościami przy interpretacji pojęcia „liczba przeszkolonych wg programu szkolenia szybowcowego zatwierdzonego przez ULC” (alternatywna możliwość zaliczania do tej kategorii tylko osób po

zakończonym zadaniu, osób po zakończonym ćwiczeniu, czy też nawet osób po odbyciu połowy ćwiczenia) i liczną dokumentacją złożoną przez Wykonawcę zasadne i celowe było zwrócenie się z tą wątpliwością do osób merytorycznie przygotowanych w zakresie szkoleń szybowcowych wg programu zatwierdzonego przez ULC, w tym w szczególności do biegłego będącego członkiem komisji przetargowej. (...) Analiza opinii biegłego por. J. K. oraz opinii osoby merytorycznie przygotowanej w zakresie opisu przedmiotu zamówienia - pana W. Ch. jednoznacznie wskazuje, iż odwołanie się w SIWZ (kryterium oceny ofert) do Programu szkolenia szybowcowego zatwierdzonego przez ULC i użycie przez Zamawiającego pojęcia „osoba przeszkolona” a nie szkolona oznacza, iż Wykonawca winien powoływać się tylko na osoby które zostały przeszkolone w jakimś module, zakresie programu szkolenia, gdyż w innym przypadku odwołanie się do tego programu byłoby bezcelowe i nic nie wnoszące. (...) W przedmiotowym przypadku Wykonawca mając wiedzę, iż dane osoby wykonały tylko połowę

jednego ćwiczenia tj. jeden lot zamiast dwóch nie mógł wskazywać tych osób jako przeszkolonych, w szczególności mając na uwadze program szkolenia szybowcowego zatwierdzonego przez ULC. Wykonawca lekkomyślnie zaliczył te osoby do kategorii przeszkolonych, zaś te osoby nie zostały przeszkolone ani w zakresie zadania, ani nawet jednego ćwiczenia. Niedbalstwo wykonawcy wynikało z braku zestawienia informacji na temat co wykonały poszczególne osoby w ramach szkolenia z programem szkolenia, który określał poszczególne moduły przeszkoleń. (...) W związku z wyżej przedstawioną argumentacją, opinią biegłego oraz opinią osób merytorycznie przygotowanych w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wyraża stanowisko, że wykonawca Aeroklub Ziemi Jarosławskiej Łądowisko Laszki. 37-543 Laszki, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił w swojej ofercie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ Wykonawca podał informacje, które nie były w sposób wystarczający i rzetelny zgodne z realizowanym przez niego Programem szkolenia zatwierdzonym przez ULC (wymóg wynikający z kryterium oceny ofert). Wykonawca podał w ofercie uczestników szkolenia, którzy dopiero rozpoczęli szkolenie (byli szkoleni zgodnie z Programem szkolenia zatwierdzonym przez ULC, a nie tak, jak to wynikało opisu kryterium oceny ofert - zostali przeszkoleni). Uczestnicy nie ukończyli żadnego z ćwiczeń wskazanego w Programie szkolenia realizowanym przez Wykonawcę tj. Aeroklub Ziemi Jarosławskiej Łądowisko Laszki. 37-543 Laszki. (...).

W toku rozprawy Zamawiający oświadczył, że na podstawie uzyskanych od wykonawcy wyjaśnień oraz dokumentów nie miał problemu aby ustalić ilość osób, które jego zdaniem

18

zostały przeszkolone zakresie praktycznym - szkolenie szybowcowe zgodnie z Programem Szkolenia szybowcowego SPL (Sailing Pilot Licence) zatwierdzonym przez ULC, tzn. zakończyły w całości co najmniej jedno ćwiczenie. Ponadto Zamawiający potwierdził, że podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania nie było przedstawienie przez niego, w odpowiedzi na wezwanie, odpowiednich dokumentów w formie zanonimizowanej.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp 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.

Według art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania należy uznać za odrzuconą.

Natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert.

Wobec treści powyższego przepisu dla skutecznego wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp niezbędne jest wykazanie, że łącznie zostały spełnione trzy przesłanki:

- przedstawione przez wykonawcę informacje wprowadzają zamawiającego w błąd,
- informacje wprowadzające w błąd mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego,
- przedstawienie informacji wprowadzających w błąd nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

Po przeprowadzeniu analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że nie doszło do kumulatywnego ziszczenia się ww. przesłanek.

Izba stwierdziła należy, że Odwołujący w złożonej ofercie w formularzu ofertowym, odrębnie dla każdego z zadań nr, III, IV, V, zadeklarował, że w terminie 02 stycznia 2017 roku do 31 marca 2019 roku przeszkolił 809 osób w zakresie praktycznym - szkolenie szybowcowe zgodnie z Programem Szkolenia szybowcowego SPL (Sailing Pilot Licence) zatwierdzonym przez ULC. Podkreślenia wymaga, że stanowisko Odwołującego było konsekwentne i niezmiennie, poparte przedkładanymi przez niego wraz z wyjaśnieniami dowodami.

W zakresie rozpoznawanego zarzutu rozstrzygnięcia wymaga kwestia związana z tym, czy Odwołujący przedstawił Zamawiającemu w zakresie ilości przeszkolonych osób, w odniesieniu do zadań III, IV i V, informacje nieprawdziwe, wprowadzające Zamawiającego w błąd. W tym celu niezbędne jest odwołanie się do treści postanowień specyfikacji w zakresie kryteriów oceny ofert, która powinna stanowić dla Zamawiającego podstawę badania w zakresie ustalenia, czy wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a jeżeli tak, to wówczas jego ofertę zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp Zamawiający powinien uznać za odrzuconą.

Izba wskazuje, że podana przez Zamawiającego podstawa prawna odrzucenia oferty Odwołującego, tj. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp jest błędna, bowiem w rozpoznawanej sprawie zastosowanie znajduje art. 24 ust. 4 Pzp. Nie mniej jednak powyższe pozostaje bez wpływu na wynik z uwagi na to, że nie buri żadnych wątpliwości Izby, iż oferta Odwołującego została uznana przez Zamawiającego za odrzuconą.

Izba jedynie dodatkowo wyjaśnia, że przepis z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp dotyczy możliwości odrzucenia oferty w postępowaniu wieloetapowym, gdzie prowadzi się odrębnie ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i odrębnie ocenę ofert złożonych przez wykonawców zaproszonych do złożenia ofert. W takim postępowaniu wykonawca, który podlega wykluczeniu z postępowania nie zostaje zaproszony do składania ofert, a gdyby mimo to ofertę złożył to taka oferta podlega na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp odrzuceniu. Dlatego też przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp należy stosować do wykonawcy niezaproszonego do składania oferty w postępowaniu wieloetapowym (np. w trybie przetargu ograniczonego).

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nie stosuje się do postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, gdyż jest to postępowanie jednoetapowe i tutaj wykluczenie wykonawcy powoduje z mocy prawa na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp uznanie oferty za odrzuconą. Tym samym w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w przypadku zaistnienia podstaw do wykluczenia z postępowania, Zamawiający wyklucza wykonawcę z postępowania i nie odrzuca oferty wykonawcy (z wyjątkiem sytuacji, w której zaistnieją samodzielne podstawy do odrzucenia oferty), bowiem jego ofertę uznaje się za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

Powracając na grunt rozpoznawanej sprawy dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający ukształtował postanowienia specyfikacji w ten sposób, że wymagał podania przez wykonawcę

liczby przeszkolonych przez niego osób w wyniku praktycznego szkolenia szybowcowego przeprowadzonego zgodnie z Programem Szkolenia szybowcowego SPL (Sailing Pilot Licence) zatwierdzonym przez ULC. Zamawiający w treści SIWZ nie zdefiniował co należy rozumieć przez pojęcie „przeszkolenie”. Co istotne, w tak sformułowanym kryterium brak jest treści do których odwoływał się Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 19 czerwca 2019 r., jak również w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy. Zamawiający, opierając się na opinii powołanych przez siebie biegłych, twierdził, że za przeszkoloną w oparciu o powyższe kryterium należy uznać osobę, która ukończyła co najmniej całe ćwiczenie SPL/I-1. Wobec tego Zamawiający uznawał za przeszkolone jedynie osoby przeszkolone w „jakimś” module, zakresie programu szkolenia. Na podstawie takiego stanowiska Zamawiający uznał, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił w swojej ofercie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, ponieważ wykonawca podał informacje, które nie były w sposób wystarczający i rzetelny zgodnie z realizowanym przez niego programem szkolenia zatwierdzonym przez ULC. Zamawiający wskazywał, że wykonawca podał w swojej ofercie uczestników szkolenia, którzy nie wykonali żadnego z ćwiczeń wskazanych w programie realizowanym przez wykonawcę, który został zatwierdzony przez ULC.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego w zakresie przedstawienia Zamawiającemu przez Odwołującego w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji nieprawdziwych, wprowadzających w błąd. W tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający konstruując w SIWZ powołane kryterium nie zawarł w jego treści wymogów na które obecnie się powołuje. Zamawiający nie określił w opisie ww. kryterium, jakie elementy, tj. ćwiczenie, moduł czy zadanie ma uwzględnić wykonawca podając w ofercie liczbę przeszkolonych osób. Dopiero na etapie badania i oceny ofert Zamawiający, podpierając się opinią powołanych przez siebie biegłych wskazał, że Odwołujący powinien w złożonej ofercie w formularzu ofertowym w miejscu podania liczby osób przeszkolonych wskazać osoby, które ukończyły chociaż jedno ćwiczenie, np. SPL/I-1. Izba stoi na stanowisku, że wskazany powyżej brak w treści kryterium dotyczący uszczegółowienia tego, że Zamawiający uzna za przeszkoloną osobę, która zakończyła przynajmniej jedno całe szkolenie, powoduje, że nie można mówić o tym, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu informacje nieprawdziwe w zakresie przeszkolonych osób. Tym samym nie można mówić w tym przypadku o lekkomyślności czy też niedbalstwie ze

strony Odwołującego, polegającym na tym, że „nie odczytał” on prawidłowo intencji Zamawiającego w zakresie definicji „przeszkolenia”, która powinna obejmować ukończenie w całości przynajmniej ćwiczenia (np. SPL/I-1), modułu lub zadania. W tym miejscu podkreślenia

wymaga, że Odwołujący od początku konsekwentnie twierdził, że złożone przez niego informacje są prawdziwe, jednocześnie popierając je składanymi dokumentami w postaci: zaświadczeń o odbyciu szkolenia, pokwitowań odbioru TSK oraz certyfikatu ukończenia szkolenia szybowcowego, wyciągu z posiadanego systemu komputerowego. Potwierdzeniem powyższego jest to, że w toku rozprawy Zamawiający oświadczył, że na podstawie uzyskanych od wykonawcy wyjaśnień oraz dokumentów nie miał problemu aby ustalić ilości osób, które nie zakończyły lub też ukończyły w całości co najmniej jedno ćwiczenie.

Nie sposób również pominąć tego, że w zawiadomieniu Zamawiający kilkakrotnie wskazywał na rozbieżności występujące w zakresie prezentowanych stanowisk w odniesieniu do liczby przeszkolonych osób, występujące pomiędzy ULC a Odwołującym, czy też pomiędzy ULC a Przystępującym. Ponadto, sam Zamawiający wskazywał na rozbieżność w interpretacji pojęcia „liczba przeszkolonych osób wg programu szkolenia szybowcowego zatwierdzonego przez ULC” występującą pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym rodzącą konieczność zwrócenia się do biegłych celem rozwiania występujących wątpliwości.

Wobec powyższego Izba uznała, że z punktu widzenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w omawianym stanie faktycznym nie można mówić o tym, aby wykonawca w złożonej ofercie przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje względem wymagań Zamawiającemu wskazanych w SIWZ w zakresie omawianego kryterium punktowego. W kontekście powyższego Izba nie stwierdziła również, aby działania wykonawcy cechowała lekkomyślność czy też niedbalstwo, które są jedną z przesłanek wymaganych do kumulatywnego ziszczenia się normy wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W związku z tym Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw do tego, aby wykluczyć wykonawcę z postępowania, a w konsekwencji uznać jego ofertę za odrzuconą.

Odnosząc się do dowodów złożonych w toku rozprawy, dotyczących możliwości zaliczenia w poczet szkolenia lotów zapoznawczych to Izba wskazuje, że w treści uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz uznania za odrzuconą jego oferty, które zostało zawarte w zawiadomieniu z dnia 19 czerwca 2019 r., brak jest wskazania, że Zamawiający dokonał ww. czynności z uwagi na niemożliwość zaliczenia na poczet szkolenia lotów zapoznawczych. Również w treści odwołania brak jest zarzutów opierających się o ww. argumentację. W kontekście powyższego Izba nie rozpoznawała zarzutów przy uwzględnieniu ww. argumentacji.

Jeśli chodzi o pozostałe zarzuty to należy uznać je za pochodne względem tych uwzględnionych przez Izbę, bowiem obejmują one czynności Zamawiającego związane z przyznaniem punktów ofercie Odwołującego. W rozpoznawanym stanie faktycznym Izba stwierdziła naruszenie przepisów ustawy, które skutkowało koniecznością uwzględnienia odwołania w zakresie wykluczenia Odwołującego z postępowania i nakazania Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz czynności odrzucenia jego oferty, czego konsekwencją będzie w przyszłości dokonanie przez Zamawiającego ponownego badania i oceny ofert.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).