

Sygn. akt: KIO 143/24

WYROK

Warszawa, dnia 5 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Aneta Młacka

Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2024 r. przez Odwołującego – wykonawcę Enter Air sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – 1 Baza Lotnictwa Transportowego z siedzibą w Warszawie przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy Parasnake A. S. z siedzibą w Kielcach

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. 1 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego Enter Air sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 143/24

Uzasadnienie

Zamawiający: 1 Baza Lotnictwa Transportowego ul. Żwirki i Wigury 1C, 00-909 Warszawa 60 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. "Szkolenie teoretyczne i symulatorowe personelu latającego samolotu B737-800NG/BBJ2-27K w latach: 2024 — 2026", nr sprawy: 30/2023 Numer w Dzienniku Urzędowym UE:2023/S 193-603136

Odwołujący: Enter Air Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od:

1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PARASNAKE A. S. z siedzibą w Kielcach (PARASNAKE) pomimo tego, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5) ustawy Pzp, a to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza;

2) zaniechania czynności odrzucenia oferty PARASNAKE na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp pomimo tego, że oferta jest niezgodna z ustawą, tj. przepisem art. 462 ust. 1 Pzp;

3) zaniechania czynności odrzucenia oferty PARASNAKE na podstawie art. 226 ust. 1

pkt 5 ustawy Pzp pomimo tego, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. Rozdziałem IX ust. 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (swz);

4) zaniechania czynności odrzucenia oferty PARASNAKE na podstawie art. 226 ust. 1

pkt 5) ustawy Pzp pomimo tego, że oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. pkt III ust. 4 i 5 Załącznika nr 1 do SWZ — Opis przedmiotu zamówienia (dalej: "OPZ").

Zamawiającemu zarzuca naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 3) PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty PARASNAKE z

Postępowania pomimo tego, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z art. 462 ust. 1 Pzp;

2) art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PARASNAKE pomimo

tego, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. Rozdziałem IX ust. 1 SWZ;

3) art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp przez zaniechanie odrzucenia PARASNAKE pomimo tego,

że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. pkt III ust. 4 i 5 OPZ.

W związku z powyższym wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty PARASNAKE jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenie oferty PARASNAKE na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) i 5) ustawy Pzp;
- 4) uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

Uwzględnienie odwołania spowoduje, że oferta Odwołującego zostanie uznana za najwyższej ocenioną, a Odwołujący będzie miał szanse na uzyskanie zamówienia.

PARASNAKE opisał, w jaki sposób zamierza wykonać zamówienie oraz w jaki sposób planuje partycypować w wykonaniu usługi szkolenia pilotów. Sposób ten jest niezgodny z warunkami zamówienia oraz materializuje przesłankę odrzucenia oferty. Uprzednio usługa została powierzona PARASNAKE po postępowaniu prowadzonym w trybie ustawy Pzp.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ — Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) przedmiotem zamówienia jest: „Pilot Recurrent I - szkolenie teoretyczne oraz symulatorowe personelu latającego samolotu B737-800NG/BBJ2-27K dla 9 załóg tj. 18 pilotów. Szkolenie symulatorowe ma obejmować procedury LVO i CAT IIIA zgodne z EASA.

„International Procedures - Initia/2 - szkolenie teoretyczne dla 9 załóg, tj. 18 pilotów.

W pkt III ust. 4 i ust. 5 OZP Zamawiający określił wymagania: "Wykonawca przeprowadzi szkolenie na certyfikowanym (zgodnie z wymaganiami EASA) urządzeniu treningowym — symulatorze typu FFS. Przez certyfikowane urządzenie treningowe zamawiający rozumie ośrodek szkoleniowy w którym odbywać się będzie szkolenie."

Z zakresu przedmiotu zamówienia zostały wyłączone wszystkie działania towarzyszące szkoleniu takie jak transport, zakwaterowanie czy "żywienie pilotów (vide pkt III ust. 12 OPZ). Zamawiający wyłączył również z zakresu obowiązku wykonawcy dokonanie po przeprowadzonym szkoleniu wpisu do licencji pilota.

W Rozdziale X ust. 2 pkt 4 SWZ wskazano warunki zdolności technicznej lub zawodowej: Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że dysponuje co najmniej jednym certyfikowanym symulatorem FFS B737-800 (urządzeniem treningowym) zgodnym z wymaganiami EASA."

W Rozdziale IX ust. 1 SWZ: "Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (podwykonawcom)."

Oferty złożyło (2) dwóch wykonawców: (i) Odwołujący oraz (ii) PARASNAKE.

PARASNAKE zadeklarował w ofercie udział Global Training Aviation S.L. z siedzibą w Madrycie (Podwykonawca lub GTA) w wykonaniu zamówienia w zakresie "szkolenia teoretycznego oraz symulatorowego personelu latającego samolotu B737800NG/BBJ2-27K". Jego udział w wartości zamówienia został określony na poziomie 60%.

Jednocześnie dołączono zobowiązanie do udostępnienia zasobów — GTA w postaci certyfikowanego symulatora. Wskazano, że przedmiotem udostępnienia w ramach zamówienia będzie: Centrum szkoleniowe sześciu (6) pełnych symulatorów lotu (poziom D) Pełny symulator lotu Boeing 737-800, Ponad 50 pracowników i 50 wykwalifikowanych instruktorów B737, Centrum szkoleniowe zatwierdzone przez EASA.

Z zobowiązania wynika, że GTA zrealizuje program "Szkolenie pilota 8737" teoretycznego i symulatorowego oraz będzie brać udział w świadczeniu usługi w całym okresie obowiązywania umowy z Zamawiającym.

Od czynności wyboru oferty Parasnake odwołujący wniósł 15 grudnia 2023 odwołanie z uwagi na powierzenie podwykonawcy wykonanie całości zamówienia. Z dokumentów wynikało, że GTA samodzielnie wykona całą usługę szkoleniową, co jest niezgodne z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp oraz Rozdziałem IX ust. 1 SWZ (w aktach KIO 3764/23) Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz przystąpił do ponownego badania i oceny oferty PARASNAKE. Zamawiający poinformował, że stoi na stanowisku, że takie czynności jak koordynacja i organizowanie pobytu w ośrodku szkolenia, kwestie księgowe czy odpowiedzialność za ewentualne uchybienia stanowią neutralne elementy realizacji umowy zawartej przez strony i świadczą o udziale wykonawcy w realizacji zamówienia. Zamawiający przedstawił stanowisko, że ustawa Pzp nie zabrania powierzania podwykonawcom całości zamówienia. (odpowiedź z 21 grudnia 2023 r. — KIO 3764/23) PARASNAKE 28 grudnia 2023 r. przekazał stronom postępowania odwoławczego pismo, w którym opisał w jaki sposób planuje zrealizować zamówienie oraz jaki będzie faktyczny udział PARASNAKE w świadczeniu usługi szkoleniowej.

Zamawiający 4 stycznia 2024 r. poinformował o ponownym wyborze oferty PARASNAKE. Odwołujący podtrzymuje swoje stanowisko że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz ustawą Pzp, powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz 5 pzp, jako że PARASNAKE zamierza zlecić GTA wykonanie całej usługi

szkoleniowej, co jest niezgodne z art. 462 ust. 1, jak i Rozdziałem IX ust. 1 SWZ.

Wykonanie zamówienia w sposób, jaki został określony przez PARASNAKE jest niezgodny z wymaganiami EASA, a to powoduje niezgodność oferty OPZ oraz stanowi podstawę do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Odwolujący jest podmiotem wyspecjalizowanym w świadczeniu usługi szkolenia pilotów, posiada zezwolenie Urzędu Lotnictwa Cywilnego oraz dysponuje zatwierdzonym ośrodkiem szkoleniowym (ATO). W interesie Zamawiającego winno być powierzenie wykonania usługi szkoleniowej podmiotowi, który daje gwarancję jej należytego wykonania..

Przedmiotem zamówienia nie jest "zwykłe" szkolenie, ale szkolenie pilotów samolotów. Działalność szkoleniowa w tym zakresie jest działalnością regulowaną, wymagającą posiadania zezwolenia, a szkolenie odbywa się według ściśle określonych zasad opisanych w przepisach prawa międzynarodowego. PARASNAKE składając ofertę w ogóle nie uwzględnił tych okoliczności pomimo tego, że Zamawiający w pkt III ust. 4 i ust. 5 OPZ wprost określili taki obowiązek.

Powierzenie GTA całości zamówienia jest przesłanką odrzucenia PARASNAKE na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) i pkt 5) ustawy Pzp

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 i pkt 5 ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy oraz, gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia

Art. 462 ust. 1 Pzp stanowi, że: "Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Analogiczne regulacje są w R IX ust. 1 SWZ: "Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (podwykonawcom).

Wskazano orzecznictwo KIO 1492/23, KIO 539/23, wyrok SO w Warszawie z 5 maja 2021 r., XXIII Zs 11/21 i inne.

Odwolujący wskazuje na art. 7 pkt 27 ustawy Pzp, gdzie zdefiniowano umowę o podwykonawstwo.

Jednym z atrybutów umowy o podwykonawstwo jest wykonanie jedynie części zamówienia. Uzasadnienie nowelizacji ustawy Pzp z 2004 r. wprowadzające w 2013 r. do porządku prawnego przepis art. 36a, który jako pierwszy uregulował kwestię zlecenia podwykonawcy części zamówienia brzmiało: (...) Proponuje się utrzymać zasadę, zgodnie z którą wykonawca posiada swobodę w powierzeniu podwykonawcom wykonania części zamówienia". (obecnie art. 462 ust. 1). Nie wskazano możliwości powierzenia

podwykonawcy całości zamówienia.

UZP w odpowiedzi na pytanie do ustawy Pzp z 2020 r. na stronie Urzędu potwierdził: "W świetle art. 462 ust. 1 nowej ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części:

Z zobowiązania do udostępnienia zasobów przez GTA wynika, że PARASNAKE zamierza powierzyć wykonanie całego zamówienia GTA. Dokonując zestawienia informacji zawartych w dokumentach dostrzega się, że zakres udziału GTA w realizacji zamówienia wyczerpuje w całości zakres prac i czynności, przewidzianych do wykonania w ramach zamówienia.

PARASNAKE zadeklarował 60% udziału GTA w wykonaniu zamówienia. W rzeczywistości udział będzie wynosił 100%, ponieważ GTA udostępni certyfikowany (zatwierdzony) ośrodek szkoleniowy, certyfikowany symulator oraz instruktorów, co stanowi istotę obowiązków wynikających z opisu przedmiotu zamówienia, a po stronie PARASNAKE będzie wyłącznie zakres rozliczania wynagrodzenia oraz jego koordynacja.

GTA wykona całe zamówienie, a rola PARASNAKE będzie ograniczać się zapewne jedynie do pośrednictwa na linii GTA — Zamawiający oraz dokonywania rozliczeń pomiędzy stronami. Czynności koordynacyjne, nawet jeśli będą związane z wykonywaniem zamówienia nie wchodzą w zakres przedmiotu zamówienia.

Przedstawiono zestawienie prac wymaganych wzorem umowy, z którego wynika że to GTA, a nie PARASNAKE je wykona. Rozporządzenie EASA określa szczegółowe wymagania dotyczące np. obowiązku otrzymania zatwierdzenia dla danego ośrodka szkoleniowego, wydawania certyfikatów na urządzenia symulatorowe, wymagań dotyczących kompetencji instruktorów czy też zasad wydawania certyfikatów i zaświadczeń uczestnikom szkolenia. Dany ośrodek szkoleniowy, aby prowadzić działalność szkoleniową zgodną z wymaganiami EASA musi uzyskać właściwe pozwolenie (zatwierdzenie) do prowadzenia działalności w tym

zakresie. PARASNAKE takiego zatwierdzenia dla ośrodka szkoleniowego nie posiada. Zatem przeprowadzenie szkolenia teoretycznego będzie musiało zostać podzleczone GTA.

W konsekwencji jedyna rola PARASNAKE sprowadza się do funkcji pośrednika.

PARASNAKE nie ma możliwości wykonać go w inny sposób niż poprzez podzlecenie przeprowadzenia w całości szkoleń innemu podmiotowi. Oferta zakładająca taki model współpracy z Zamawiającym jest sprzeczna z ustawą PZP oraz warunkami Postępowania. Jak wynika z dostępnej korespondencji na gruncie poprzednio realizowanej umowy na szkolenie teoretyczne i symulatorowe pilotów (ten sam zakres zamówienia) PARASNAKE również polegał na zasobach GTA w zakresie doświadczenia oraz sprzętu, a następnie zaangażował GTA do realizacji usługi szkoleniowej. GTA w całości przeprowadził samodzielnie szkolenie, wydał certyfikaty / zaświadczenia, kontaktował się z Urzędem Lotnictwa

Cywilnego, informował o dostępnych terminach szkoleń etc. PARASNAKE jedynie przekazywał mailowo informacje na linii GTA — PARASNAKE. Tego rodzaju czynności nie wchodziły w zakres przedmiotu zamówienia, ale realizowane są w ramach działalności operacyjnej spółki (podobnie jak wystawianie faktur). Z korespondencji wynikało, że to GTA przeprowadziło szkolenie i "dało imienne zaświadczenia o jego przeprowadzeniu".

O tym, że PARASNAKE nie będzie brał żadnego udziału w realizacji zamówienia świadczy bezpośrednio pismo procesowe z dnia 28 grudnia 2023 r., które zostało przesłane w ramach postępowania 3764/23. PARASNAKE wskazuje, że jego udział będzie polegał na tłumaczeniu (ust. 5 i ust. 28 pkt 1) pisma. Odwołujący pragnie wskazać, że standardem międzynarodowym jest prowadzenie szkolenia w języku angielskim, tak również w umowie. PARASNAKE określa swój udział w realizacji zamówienia jako kontakt ze szkolonymi pilotami. Z pisma procesowego nie sposób wywieść na czym kontakt miałby polegać, i w jakim zakresie obejmuje on przedmiot zamówienia. Z OPZ wynika, że za transport, wyżywienie i nocleg odpowiada Zamawiający. Z korespondencji poprzednio realizowanego zamówienia wynika, że PARASNAKE nie skontaktował się z żadnym z pilotów bezpośrednio (vide korespondencja dołączona do odwołania). Nawet w przypadku np. przekazania certyfikatów i zaświadczeń PARASNAKE kontaktował się, ale z Zamawiającym i to Zamawiający przekazywał dokumenty dalej do uczestników szkolenia. Twierdzenia PARASNAKE są zatem niewiarygodne.

W ust. 28 pkt 3) pisma PARASNAKE określa swój udział w realizacji zamówienia jako pomoc w organizacji noclegu (preferencyjna stawka). Zamawiający w OPZ wyłączył organizację noclegu z opz: "Zakwaterowanie, wyżywienie oraz transport do ośrodka szkolenia zapewnia Zamawiający." Planowany zakres udziału PARASNAKE w realizacji zamówienia wykracza poza zakres wymagań Zamawiającego. Nawet jeśli PARASNAKE będzie pomagał w organizacji noclegu to będzie to robił w ramach swojej dobrej woli oraz podtrzymania

kontaktów z Zamawiającym — nie będzie to jednakże wchodziło w zakres czynności związanych z przeprowadzaną w ramach umowy usługą szkoleniową.

W ust. 28 pkt 4) pisma PARASNAKE określa swój udział w realizacji zamówienia jako fakturowanie oraz przygotowanie protokołów oraz certyfikatów. Fakturowanie oraz przygotowywanie protokołów nie zostało ujęte w opisie przedmiotu zamówienia. Działania te mają walor organizacyjny — finansowy i wiążą się z bieżącą i operacyjną działalnością każdej firmy. Przyjęcie, że czynności te wchodziły w zakres przedmiotu zamówienia czyniłoby przepis art. 462 ust. 1 ustawy Pzp przepisem martwym, gdyż na kanwie każdej umowy dokonuje się czynności odbiorowych i rozliczeniowych, a zatem w tym zakresie wykonawca zawsze bierze udział. Z kolei certyfikaty są wystawiane przez ośrodek szkoleniowy czyli GTA — co wynika wprost z korespondencji prowadzonej pomiędzy PARASNAKE i Zamawiającym na gruncie poprzednio realizowanej usługi szkoleniowej (vide korespondencja dołączona do odwołania).

W ust. 28 pkt 5) pisma PARASNAKE wskazuje na sprawdzanie poprawności dokumentów. Nie wskazuje o jakich dokumentach mowa. Korespondencja PARASNAKE z Zamawiającym przy poprzednio realizowanej usłudze szkoleniowej wykazuje, że to Zamawiający był odpowiedzialny za weryfikację takich dokumentów jak protokoły czy certyfikaty i zaświadczenia.

W ust. 28 pkt 6) oraz pkt 7) pisma PARASNAKE wskazuje na planowanie oraz burowanie slotów dla pilotów oraz działanie w awaryjnych sytuacjach, jak wypadki, zmiany terminów, odwoływanie, przekładanie slotów. Działania te mają charakter organizacyjny i nie stanowią "zamówienia" w rozumieniu ustawy Pzp. Co więcej — udział PARASNAKE do tej pory ograniczał się w przekazywaniu informacji na linii GTA — Zamawiający w zakresie dostępnych terminów szkoleń (vide korespondencja dołączona do odwołania). Działania administracyjne nie stanowią przedmiotu "zamówienia" — jest to działalność organizacyjna wykonawcy.

PARASNAKE wskazuje na weryfikację spełniania wymogów w OPZ, nie wskazuje na czym weryfikacja ta miałaby polegać i w jakim zakresie obejmuje wykonanie przedmiotu zamówienia. OPZ liczy 5 stron, w których określono (i) zakres szkoleń odwołując się do standardów międzynarodowych, (ii) planowane terminy szkoleń, (iii) ogólne wymagania dotyczące przeprowadzenia szkolenia. OPZ nie określa żadnych szczegółowych wytycznych, które musiałaby być weryfikowane i monitorowane.

W ust. 28 pkt 10) pisma PARASNAKE określa swój udział w realizacji zamówienia jako ustalanie warunków wpisu do licencji. Zamawiający wyłączył z zakresu zamówienia obowiązek uzyskiwania wpisu do licencji pilota. Szkolenie ma zostać zakończone wydaniem jedynie certyfikatu i zaświadczenia jego ukończenia (wydaje je GTA — vide korespondencja dołączona do odwołania). Co więcej — przeprowadzone przez GTA szkolenie nie będzie

uprawniać do dokonania wpisu do licencji. Jak zauważył sam PARASNAKE w piśmie procesowym szkolenie prowadzone jest dla pilotów wojskowych. Dokonanie wpisu do licencji pilota wojskowego wymaga uznania przez odpowiedni urząd krajowy posiadania procedury uznawania uprawnień nabytych przez pilotów lotnictwa wojskowego (vide art. 10 Rozporządzenia Komisji (UE) nr 1178/2011 z dnia 3 listopada 2011 r. ustanawiającego wymagania techniczne i procedury administracyjne odnoszące się do załóg w lotnictwie cywilnym zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady 216/2008). GTA nie posiada zatwierdzonej procedury uznawania uprawnień, a zatem PARASNAKE nie będzie mógł dokonać takiego wpisu (vide korespondencja dołączona do odwołania).

Jak wynika z korespondencji prowadzonej przy poprzedniej umowie to GTA kontaktował się z Urzędem Lotnictwa Cywilnego i ustalał warunki wpisu (ULC udzielił odmownej odpowiedzi w zakresie zapytania o dokonanie wpisu do licencji pilotów po szkoleniu przeprowadzonym przez GTA). PARASNAKE nie posiada w tym zakresie kompetencji, a podejmowane przez niego działania będą nieskuteczne.

Powyższe potwierdza, że oferta podlega odrzuceniu, uwarunkowania prawne oraz techniczne uniemożliwiają

PARASNAKE partycypowanie w realizacji usługi szkoleniowej w jakiegokolwiek części zamówienia, a tym samym wymuszać będą na PARASNAKE podzlecenie 100% zamówienia. Jedyne czynności, jakie mogą zostać podjęte przez PARASNAKE to działania formalno — organizacyjne (fakturowanie, koordynacja, przekazywanie korespondencji na linii PARASNAKE — Zamawiający itp.), ale stanowią one element działalności operacyjnej danego wykonawcy i wchodzą w zakres zamówienia opisany w OPZ oraz określony wzorze umowy. GTA wykona zatem 100% zamówienia, co stanowi działanie niedopuszczalne zgodnie z przywołanymi powyżej regulacjami.

Odwolanie powinno zostać uwzględnione.

Analiza pisma procesowego PARASNAKE z dnia 28 grudnia 2023 r. potwierdza, że:

- a. PARASNAKE nie będzie brał faktycznie udziału w żadnej czynności związanej z prowadzeniem szkolenia pilotów albo
- b. PARASNAKE, zgodnie z oświadczeniem złożonym w piśmie procesowym, będzie brał udział w szkoleniu, ale jego udział będzie powodował, że oferowany przez niego sposób wykonania zamówienia będzie niezgodny z pkt III ust. 4 i 5 OPZ — szkolenie nie będzie wykonywane przez ośrodek szkoleniowy certyfikowany zgodnie z EASA. Zgodnie z pkt I OPZ: "Szkolenie symulatorowe ma obejmować procedury L VO i CAT IIIA zgodnie z EASA." Zakładany przez PARASNAKE sposób realizacji zamówienia powodować będzie niespełnienie norm prawa europejskiego przewidzianego dla prowadzenia szkoleń pilotów w lotnictwie cywilnym, w tym wymogów EASA.

Bez względu na przyjętą optykę — oferta PARASNAKE podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP jako niezgodna z warunkami zamówienia.

11.3.1 Delegowanie personelu PARASNAKE do realizacji zamówienia I przeprowadzenia szkolenia

PARASNAKE w piśmie zadeklarował udział pracowników PARASNAKE w realizacji zamówienia. Wskazano, że: "Osoby z jego ramienia stacjonują w razie potrzeby w ośrodku i świadczą wsparcie w pełnym zakresie dla uczestników szkolenia" oraz, że "Wykonawca deleguje do ośrodka szkolącego własny zespół wspierający w szkoleniach". PARASNAKE deklaruje również udział osób z jego ramienia, które będą prowadzić "działania oparte na konsultacjach" oraz może "zapewniać również wprost instruktora od siebie, o ile zajdzie ku temu potrzeba, a który będzie brał udział w szkoleniach."

W ust. 8 pisma wskazuje, że będzie zapewniał wsparcie osobowe oraz posiada "kadrę wykwalifikowaną na sprzęcie GTA i w ramach działalności symulatorów tego podmiotu". W ust. 10 wskazano: Nie ma przeszkód, aby osoby wskazane realizowały: wsparcie przy szkoleniach".

Powyższe pokazuje, że PARASNAKE nie posiada wiedzy na temat sposobu prowadzenia szkoleń pilotów, tak również nie uwzględnia w planowanym sposobie wykonania zamówienia przepisów prawa międzynarodowego określającego standardy szkolenia pilotów wynikające z wymagań EASA.

Prowadzenie działalności polegającej na szkoleniu pilotów samolotów jest działalnością regulowaną, zarówno na gruncie prawa międzynarodowego, jak i krajowego wymaga certyfikatu / zezwolenia (zatwierdzenia).

PARASNAKE takiego zezwolenia nie posiada, jakiegokolwiek udziału w przeprowadzeniu szkolenia będzie przede wszystkim działaniem nielegalnym.

Zamawiający określił, aby ośrodek szkoleniowy, w którym zostanie przeprowadzone szkolenie posiadał certyfikat zgodnie z wymaganiami EASA (R X, ust. 2 pkt 4 SWZ, pkt III ust. 4 i ust. 5 OPZ oraz § I ust. 10 i 11 wzoru umowy).

EASA to Agencja Unii Europejskiej ds. Bezpieczeństwa Lotniczego (European Union Aviation Safety Agency). "Wymagania EASA" dotyczące certyfikacji zarówno ośrodków szkoleniowych, jak i urządzeń szkoleniowych symulatorów lotów zostały zawarte w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1139 z dnia 4 lipca 2018 r. w sprawie wspólnych zasad w dziedzinie lotnictwa cywilnego i utworzenia Agencji Unii Europejskiej ds. Bezpieczeństwa Lotniczego oraz zmieniające rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 2111/2005, (WE) nr 1008/2008, (UE) nr 996/2010, (UE) nr 376/2014 i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/30/UE i 2014/53/UE, a także uchylające rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 552/2004 i (WE) nr 216/2008 i rozporządzenie Rady (EWG) nr 3922/91 (dalej jako: "Rozporządzenie EASA").

Art. 24 ust. 2 Rozporządzenia EASA brzmi: "Od organizacji szkolących pilotów oraz organizacji szkolących personel pokładowy wymaga się posiadania zatwierdzenia,

"Zatwierdzenie" oznacza certyfikat, licencję, zezwolenie, świadectwo lub inny dokument wydany w wyniku certyfikacji, poświadczający zgodność z mającymi zastosowanie wymogami. Powyższe potwierdza, że podmiot prowadzący ośrodek szkoleniowy musi legitymować się stosownym dokumentem potwierdzającym uprawnienie do działalności szkoleniowej.

Zasady uzyskiwania certyfikatu przez ośrodek szkoleniowy określa m.in. art. 20 Rozporządzenia EASA wskazuje się, że: "Piloti i personel pokładowy uczestniczący w eksploatacji statków powietrznych, o których mowa w art. 2 ust. 1 lit. b), innych niż bezzałogowe statki powietrzne, a także szkoleniowe urządzenia symulacji lotu. osoby i organizacje związane ze szkoleniem, egzaminowaniem, kontrolą lub oceną lekarską tych pilotów i personelu pokładowego, muszą spełniać zasadnicze wymogi określone w zał. IV.": "Organizacja szkoleniowa prowadząca szkolenia pilotów lub personelu

podstawowego musi spełniać następujące wymogi:

- a) dysponować wszystkimi środkami niezbędnymi do wypełnienia w pełnym zakresie obowiązków związanych z prowadzoną przez siebie działalnością.

Do środków tych należą między innymi: obiekty, personel, wyposażenie, narzędzia i materiały, dokumentacja zadań, obowiązków i procedur, dostęp do odpowiednich danych oraz prowadzenie i przechowywanie dokumentacji;

- b) stosownie do rodzaju prowadzonych szkoleń i wielkości organizacji, organizacja musi wdrożyć i utrzymywać system zarządzania zapewniający zgodność z zasadniczymi wymogami określonymi w niniejszym załączniku, zarządzać ryzykiem dotyczącym bezpieczeństwa, w tym ryzykiem związanym z pogorszeniem standardu szkolenia, oraz stale dążyć do doskonalenia takiego systemu, oraz
- c) w razie konieczności zawrzeć porozumienia z innymi odpowiednimi organizacjami, aby zapewnić ciągłą zgodność z tymi wymogami."

"Od osób odpowiedzialnych za przeprowadzanie szkoleń w locie, szkoleń na symulatorze lotu lub za ocenę umiejętności pilotów, a także od lekarzy orzeczników medycyny lotniczej wymaga się posiadania certyfikatu, z wyjątkiem sytuacji, w których - na skutek przyjęcia aktów wykonawczych, o których mowa w art. 27 ust. 1 lit.a), z uwzględnieniem celów i zasad określonych w art. 1 i 4, a w szczególności charakteru danej działalności i związanego z nią ryzyka - nie wymaga się takich certyfikatów. "

Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1178/2011 z 3 listopada 2011 r. ustanawiające wymagania techniczne i procedury administracyjne odnoszące się do załóg w lotnictwie cywilnym zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 216/2008 w motywie (2) drugim wskazuje, że: "Piloti biorący udział w pilotowaniu określonych statków powietrznych, a także szkoleniowe urządzenia symulacji lotu, osoby i organizacje zaangażowane w szkolenie, testowanie lub sprawdzanie tych pilotów, muszą spełniać

odpowiednie zasadnicze wymagania określone w załączniku III do rozporządzenia (WE) nr 216/2008. Zgodnie z tym rozporządzeniem należy certyfikować pilotów, a także osoby i organizacje zaangażowane w szkolenie, po stwierdzeniu, że spełniają zasadnicze wymagania."

Przywołane rozporządzenie określa szczegółowe wymagania dla ośrodków szkoleniowych oraz urządzeń treningowych, które muszą zostać spełnione, aby otrzymać stosowne certyfikaty. Z rozporządzenia wynika także, że instruktorzy również muszą spełniać szczególne wymagania oraz przejść proces certyfikacji.

PARASNAKE w piśmie z 28 grudnia 2023 r. poinformował, że dysponuje personelem, który zamierza oddelegować do realizacji zamówienia. Personel ten rzekomo "stacjonuje w ośrodku GTA" oraz "jest wykwalifikowany na sprzęcie GTA". Stwierdzenie to jest nieprawdziwe albo GTA świadczy usługi szkoleniowe w sposób niedozwolony w przepisach. Po pierwsze, personel PARASNAKE posiada jedynie "wykwalifikowanie na sprzęcie GTA", kiedy to prowadzenie szkolenia wymaga posiadania stosownych certyfikatów przez instruktorów oraz spełnienia wymogów EASA. Opisane przez PARASNAKE kompetencje kadry, którą dysponuje nie uprawniają jej do przeprowadzenia szkolenia pilotów. Ośrodek szkoleniowy, który dopuszcza takie osoby do prowadzenia szkoleń, narusza przepisy.

Po drugie, jeśli PARASNAKE będzie brał udział w szkoleniu przez delegowanie swoich instruktorów realizacji usługi to szkolenie będzie prowadzone przez ośrodek szkoleniowy, który nie posiada zezwolenia / certyfikatu. W takim przypadku dojdzie do naruszenia pkt III ust. 4 i ust. 5 OPZ, który wymaga, aby szkolenie było prowadzone przez certyfikowany ośrodek szkoleniowy.

W konsekwencji należy uznać, że z pisma PARASNAKE wynika jednoznacznie, że PARASNAKE zakłada wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z jego warunkami, co stanowi przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

11.3.2 Wsparcie techniczne PARASNAKE

PARASNAKE w ust. 5 pisma deklaruje, że: "Rola Przystępującego jest m.in. sprawdzenie systemów przed szkoleniem, wsparcie i ewentualna reakcja na sytuacje awaryjne".

W ust. 28 pkt 10) pisma określa swój udział w realizacji zamówienia jako "weryfikacji poprawności centrum wraz z przedstawicielami Zamawiającego".

Jak wskazano powyżej ośrodek szkoleniowy musi mieć zapewniony system zarządzania ryzykiem, który jest oceniany w ramach ubiegania się o uzyskanie certyfikatu (zatwierdzenia). PARASNAKE nie dokonuje przeglądów czy weryfikacji systemów GTA — czynności te wykonywane są przez odpowiednie organy w Hiszpanii odpowiedzialne za wydawanie zezwoleń na prowadzenie działalności szkoleniowej. PARASNAKE zakłada zatem weryfikację systemów, przez podmiot nie posiadający ku temu żadnych kompetencji — co jest niezgodne z wymaganiami EASA i z OPZ.

11.3.3 Wsparcie techniczne PARASNAKE

PARASNAKE swój udział w realizacji zamówienia dostrzega również w "zapewnieniu poprawności i merytoryki szkoleń pod kątem szkolenia wojskowego według polskich wymogów." (również ust. 5 pisma procesowego).

Wskazuje: "Rola Przystępującego na miejscu szkolenia jest (...) objaśnianie specyfiki lotów wojskowych i pracy, zarówno dla kursantów, jak i GTA, aby dostosować szkolenie pod wymagania Zamawiającego. GTA nie zajmuje się analizowaniem opisu przedmiotu zamówienia. Rolą Przystępującego jest opracowanie wraz z GTA właściwego programu. Są to wspólne działania, wzajemnie się uzupełniające."

Powyższe dobitnie potwierdza, że PARASNAKE nie posiada wiedzy na temat prowadzenia szkolenia pilotów, jak również zakłada wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z OPZ.

GTA nie posiada zatwierdzonej procedury uznawania uprawnień przez pilotów lotnictwa wojskowego, co oznacza, że prowadzone przez GTA szkolenia uprawniają do dokonywania wpisu jedynie do licencji pilotów lotnictwa cywilnego. Dalej, szkolenie dotyczy obsługi konkretnego typu samolotu, a nie wymagań stosowanych u Zamawiającego (Zamawiający prowadzi postępowania na usługi szkoleniowe elearning dotyczące stosowanych u niego zasad i regulacji. Przedmiotowe szkolenie obejmuje zupełnie inny zakres).

Nie są prawdziwym twierdzenia PARASNAKE, że będzie opracowywał program szkoleniowy w ramach niniejszego postępowania. Każdy ośrodek szkoleniowy, aby uzyskać certyfikat musi opracować kurs szkoleniowy oraz program szkolenia, który podlega zatwierdzeniu przez odpowiednie organy (w Polsce to Urząd Lotnictwa Cywilnego). Wymóg ten określa art. 92 ust. 1 EASA, zgodnie z którym: "Aby promować najlepsze praktyki i jednolite wdrażanie niniejszego rozporządzenia oraz aktów delegowanych i wykonawczych przyjętych na jego podstawie, Agencja może - na wniosek podmiotu zapewniającego szkolenia lotnicze - ocenić, czy podmiot ten i oferowane przez niego kursy szkoleniowe spełniają wymogi ustanowione przez Agencję oraz opublikowane w jej oficjalnej publikacji. Po ustaleniu spełnienia tych wymogów podmiot jest uprawniony do przeprowadzania zatwierdzonych przez Agencję kursów szkoleniowych."

W załączniku VI do Rozporządzenia EASA określono szczegółowe wymogi dotyczące kursu szkoleniowego, który musi spełniać następujące warunki:

dla każdego rodzaju kursu musi zostać opracowany program szkolenia; kurs szkoleniowy musi obejmować zarówno szczegółową wiedzę teoretyczną, jak i - w stosownych przypadkach - instruktaż praktyczny (w tym szkolenie na urządzeniach symulacji lotu).

W certyfikacie wydawanym dla ośrodka szkoleniowego (z ang. ATO) wskazywany jest zakres kursów szkoleniowych, do których prowadzenia jest uprawniony dany podmiot — ośrodek szkoleniowy: /.../ Każdy certyfikat wydawany dla urządzenia szkoleniowego zawiera

informacje na temat funkcjonalności, które mogą być realizowane w ramach szkolenia (i które Zamawiający wyspecyfikował w OPZ).

Nawet jeśli Zamawiający uzna, że na potrzeby niniejszego szkolenia istnieje konieczność włączenia dodatkowych elementów to GTA, a nie PARASNAKE, będzie podmiotem uprawnionym do zmiany kursu / programu szkoleniowego jako certyfikowany ośrodek szkoleniowy. Przeprowadzenie szkolenia w oparciu o inny program szkoleniowy, który nie jest zatwierdzony na rzecz ośrodka szkoleniowego — będzie niezgodne z EASA.

Należy mieć na względzie, że Zamawiający opisał w OPZ zakres szkolenia, w tym procedury lotnicze, jakie mają zostać nim objęte. W żadnym miejscu Zamawiający nie wskazał, że program szkoleniowy będzie dopiero przedmiotem ustaleń między stronami.

Szkolenie przeprowadzone w sposób planowany przez PARASNAKE nie ma nic wspólnego ze szkoleniem pilotów samolotów i odbiega od standardów i wymogów EASA.

Zadeklarowany w piśmie PARASNAKE z dnia 28 grudnia 2023 r. sposób wykonania usługi szkoleniowej wykazuje jednoznacznie, że usługa będzie realizowana niezgodnie z pkt III ust. 4 i ust. 5 OPZ, a zatem oferta podlega odrzuceniu.

Załączono pismo PARASNAKE z dnia 28 grudnia 2023 r. oraz korespondencję z PARASNAKE na gruncie poprzednio realizowanej umowy na przeprowadzenie szkolenia pilotów.

Zamawiający w odpowiedzi wniósł o oddalenie wniesionego odwołania.

Wskazał że w ocenie odwołującego analiza dokumentów dołączonych do oferty PARASNAKE nie pozostawia wątpliwości, że wykonawca ten zamierza powierzyć wykonanie całości zamówienia podwykonawcy.

Faktem jest, że PARASNAKE w formularzu ofertowym zadeklarował udział Podwykonawcy w wykonaniu zamówienia w zakresie szkolenia teoretycznego oraz symulatorowego personelu latającego samolotu. W OPZ zostały wyszczególnione zagadnienia szkoleniowe w ramach poszczególnych szkoleń, tj.: (i) szkolenia przypominające, (ii) szkolenia praktycznego na symulatorze oraz (iii) szkolenia dodatkowego. W Rozdziale III OPZ zostały określone wymagania odnośnie sprzętu treningowego — symulatora lotów (posiadanie certyfikatu) oraz ośrodka szkoleniowego (zgodność z EASA), w którym będą odbywać się zajęcia szkoleniowe. Jednocześnie zgodnie z pkt 9) Rozdziału III OPZ każde szkolenie ma zakończyć się wydaniem imiennego certyfikatu / zaświadczenia o odbyciu szkolenia. Faktem jest również, że w zobowiązaniu o udostępnieniu zasobów określono, że przedmiotem udostępnienia w ramach zamówienia przez Podwykonawcę będzie: Centrum szkoleniowe sześciu (6) pełnych symulatorów lotu (poziom D), Pełny symulator lotu Boeing 737-800,

W ocenie Zamawiającego nie można jednak stwierdzić, że udział podwykonawcy w realizacji zamówienia wyczerpuje w

całości zakres prac i czynności jakie zostały przewidziane do wykonania w ramach zamówienia, a tym samym, że w realizacji zamówienia nie będzie brał udziału PARASNAKE. Fakt udostępnienia powyższych zasobów nie oznacza automatycznie, że żadnych czynności w ramach umowy nie będzie realizował PARASNAKE. Chociażby działania formalno organizacyjne, na które wskazuje Odwołujący, również są elementem niezbędnym do zrealizowania celów umowy. Czynności takie jak koordynacja i organizowanie pobytu w ośrodku szkolenia, kwestie księgowe, odpowiedzialność za ewentualne uchybienia stanowią naturalne elementy realizacji umowy zawartej przez strony. PARASNAKE w piśmie złożonym w ramach postępowania przed Izbą w sprawie sygn. akt KIO 3764/23 wskazał, że w ramach umowy może realizować takie czynności jak m.in.: tłumaczenie dokumentów zarówno hiszpańskich jak i angielskich, kontakt ze szkolonymi pilotami, pomoc w organizacji noclegu (preferencyjna stawka), fakturowanie oraz przygotowywanie protokołów oraz certyfikatów, sprawdzanie poprawności dokumentów, planowanie oraz bukowanie slotów dla pilotów, działanie w awaryjnych sytuacjach, jak wypadki, zmiany terminów, odwoływanie, przekładanie slotów, udział pilotów Przystępującego w szkoleniach i konsultacjach, w tym sprawdzania poprawność szkolenia, konsultowanie spraw technicznych, weryfikacja spełniania wymogów z OPZ, weryfikacja prawidłowości centrum wraz z przedstawicielami Zamawiającego, ustalanie warunków wpisów do licencji.

Zamawiający potwierdza, że w ramach dotychczasowej współpracy osobom ze strony Zamawiającego kierowanym na szkolenie zdarzało się korzystać z możliwości uzyskania informacji bądź wsparcia od przedstawiciela PARASNAKE na miejscu prowadzenia szkolenia. Odnosząc się do argumentów Odwołującego należy również zauważyć, że PARASNAKE wskazał w ww. piśmie procesowym cyt. „Przystępujący może zapewnić

również wprost instruktora od siebie, o ile zajdzie ku temu potrzeba, a który będzie brał udział w szkoleniach” co należy rozumieć jako istnienie takiej możliwości a nie kategoryczne stwierdzenie, że osoby takie będą skierowane do realizacji szkolenia. W ocenie

Zamawiającego w przypadku zaistnienia takiej potrzeby to na Wykonawcy będzie spoczywał obowiązek zapewnienia zgodności z obowiązującymi przepisami takiego działania. Zasadne jest również twierdzenie PARASNAKE, że samo przeprowadzenie szkolenia wiąże się nie tylko z prowadzeniem zajęć, ale i z ewentualnym tłumaczeniem, zapewnianym przez PARASNAKE lub innym wsparciem osobowym. Trzeba zaznaczyć, że konieczność dokonania ewentualnych tłumaczeń może nie mieć miejsca bezpośrednio podczas zajęć szkoleniowych, ale mimo to może być niezbędne w ramach realizacji przedmiotu umowy. Nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest również charakter zamówienia. Do realizacji zamówienia wymagane są m.in.: certyfikowane (zgodnie z wymaganiami EASA)

urządzenia treningowe — symulatory typu FFS w ramach ośrodka szkoleniowego, w którym szkolenie to ma być prowadzone. W praktyce szkolenia tego typu prowadzone są w centrach szkoleniowych, które dysponują stosownym sprzętem, infrastrukturą i kadrą, kompleksowo realizując zamówienie. Biorąc pod uwagę powyższe wątpliwa jest możliwość wydzielenia do realizacji elementów szkolenia przez inny podmiot niż centrum szkoleniowe. Stanowisko Odwołującego może w ocenie Zamawiającego skutkować ograniczeniem konkurencji w zakresie tak specyficznych zamówień. Należy zaznaczyć, że na świecie są nieliczne ośrodki prowadzące tego typu szkolenia. Wg wiedzy Zamawiającego w Polsce jedynie Odwołujący dysponuje urządzeniami treningowymi umożliwiającymi przeprowadzenie szkolenia. Jednocześnie podmioty zagraniczne posiadające stosowną infrastrukturę nie są zainteresowane w uczestniczeniu w tego typu zamówieniach samodzielnie, bez współpracy z podmiotem działającym w branży na rynku polskim (jak na gruncie niniejszej sprawy). Uwzględnienie stanowiska Odwołującego może zatem spowodować ograniczenie konkurencji na rynku przedmiotowych usług.

W efekcie w ocenie Zamawiającego nie jest uprawnione twierdzenie, że PARASNAKE nawet w najmniejszym stopniu nie będzie realizował przedmiotowego zamówienia, co podnosi Odwołujący. Należy przypomnieć, że ciężar dowodu obciąża na gruncie niniejszej sprawy Odwołującego a jednak przedstawione przez niego zarzuty w rzeczywistości stanowią subiektywną ocenę a nie ich udowodnienie.

Niezależnie od powyższego Zamawiający z ostrożności podnosi, że wątpliwości budzi stanowisko Odwołującego co do braku możliwości zlecenia podwykonawcy całości realizacji zamówienia. Zgodnie z art. 462 ust. 1 Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający dostrzega, że w oparciu o ww. przepis wykształciły się dwa odmienne poglądy obecne zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie w zakresie określenia czy wykonawcą jest uprawniony do powierzenia całości zamówienia podwykonawcy. Zamawiający w tym miejscu przytacza szeroką analizę wyrażoną w poglądach doktryny cyt. „Przepis ten budzi wątpliwości w zakresie ustalenia, czy zezwala na powierzenie przez wykonawcę realizacji całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom. W przypadku gdy zamawiający nie przewiduje zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę niektórych części zadania, wykonawca nie ma przeszkód do powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom. Przykładowo w wyroku KIO 1107/18 stwierdzono, że: Skoro zatem zamawiający, po pierwsze nie wskazał kluczowych części zamówienia, a po drugie nie zastrzegł obowiązku ich osobistego wykonania przez wykonawcę, to nie sposób uznać, iż odwołujący nie był uprawniony do posłużenia się podwykonawstwem w zakresie całego przedmiotu zamówienia. Nie jest to jednak jedyna wykładnia tej normy prawnej (dotychczas art. 36a ust. 1 p.z.p.2004, obecnie art. 462 ust. 1). „Słuszne jest stanowisko Odwołującego,

że przez «część zamówienia» należy rozumieć element zamówienia jako całości możliwy do wyodrębnienia w ramach przedmiotu zamówienia. Niesporny był także fakt, że zgodnie z art. 36a ust. 1 Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie kilku części zamówienia kilku podwykonawcom. Przepis powyższy nie określa, w jakim zakresie, tj. w ilu procentach, zamówienie może być powierzone do wykonania podwykonawcom. Należy przyjąć zatem, że ograniczenie tego zakresu wynika z treści ustępu 2 tego artykułu, który wskazuje, że zamawiający może określić część (kluczową) zamówienia, której wykonanie nie może być powierzone podwykonawcom, gdyż wymaga osobistego jej wykonania przez wykonawcę. W sytuacji zatem, gdy zamawiający takiego ograniczenia nie wprowadzi, to nie można przyjąć, że

możliwość powierzenia podwykonawcom realizacji części zamówienia została ograniczona. Jednocześnie z treści przepisu art. 36a ust. 1 PZP wynika jednoznacznie, że wykonawca nie może powierzyć podwykonawcy wykonania całości zamówienia. Z pewnością część zamówienia to nie całość i w świetle literalnego brzmienia ustawy Pzp oraz dyrektyw nie ma możliwości powierzenia całości zamówienia do realizacji podwykonawcom. Określenie tego, co należy rozumieć przez część zamówienia — czy zlecenie podwykonawcom np. 80% prac będzie zleceniem części, a 99% prac to już całość, należy rozpatrywać w konkretnym przypadku, przez pryzmat konkretnego przedmiotu danego zamówienia publicznego". Inaczej w wyroku KIO 1654/21. Zamawiający w spornej sprawie przyjął dwie tezy, że: przepis art. 462 ust. 1 ustawy zakazuje wykonawcom powierzenia całości zamówienia podwykonawcom, Odwołujący powinien zamawiającemu udowodnić, że nie powierzył całości zamówienia podwykonawcom. „Izba zauważa, że przepis art. 462 ust. 1 ustawy jest w swoim brzmieniu tożsamy z art. 36a ust. 1 ustawy z 2004r. Natomiast przepis art. 462 ust. 2 różni się od art. 36b ust. 1 ustawy z 2004 r. w następujący sposób: Aktualne brzmienie przepisu «Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Brzmienie starej ustawy: «Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. Zatem istotna różnica pomiędzy tymi przepisami sprowadza się do zmiany charakteru przepisu z obligatoryjnego na fakultatywny. Dlatego, że w ocenie Izby przepisy te można rozpoznawać także na gruncie dotychczasowego dorobku doktryny i orzecznictwa. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał dwa przykłady orzeczeń z 2020 r. tj. KIO 299/20 i KIO 3459/20 wskazujące na istnienie zakazu powierzenia przez wykonawców całości zakresu zamówienia podwykonawcom. Jednak ta kwestia nie jest jednolicie interpretowana. Można bowiem dostrzec stanowisko Prezesa UZP zawarte w opinii: «Dotyczącej przepisów o podwykonawstwie, w której na pytanie Czy jest możliwe powierzenie przez wykonawcę realizacji całości zamówienia podwykonawcy lub

podwykonawcom?, udzielił odpowiedzi «Wykładni przepisu art. 36a ust. 1 ustawy Pzp należy dokonywać łącznie z przepisem art. 36a ust. 2 ustawy Pzp. W drugim z ww. przepisów przewidziana została możliwość zastrzeżenia przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę niektórych części zamówienia A zatem, w sytuacji, gdy zamawiający nie skorzysta z ww. uprawnienia, wykonawca będzie mógł powierzyć wykonanie całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom.» Tym samym teza pierwsza zamawiającego oparta jest o treść przepisu art. 462 ust. 1 ustawy, który budzi wątpliwości interpretacyjne. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. Tym samym, aby zamawiający mógł zastosować tę przesłankę odrzucenia przepis prawa musi być jednoznaczny, pewny i jednolicie wykładany, w przeciwnym bowiem wypadku mogłoby dojść do sytuacji, w której wykonawcy byłiby różnie traktowani w tej samej sytuacji faktycznej, w zależności od tego do której interpretacji przepisów przychyliłby się dany zamawiający. W ocenie Izby taka sytuacja nie daje się pogodzić z zasadą przejrzystości postępowania. Izba jedynie na marginesie zauważa, że ustawodawca tak obecnie jak i wcześniej nie zdecydował się na wprowadzenie wprost zakazu powierzenia całości zamówienia podwykonawcom, a przepis art. 462 ust. 1 ustawy stanowi o uprawnieniu wykonawcy, a nie o ustanowieniu dla niego zakazu czy obowiązku". Zamawiający może nie określić minimalnego zakresu zamówienia, jaki wykonawca byłby zobligowany pozostawić do samodzielnego wykonania, tym samym praktycznie każda nawet pojedyncza czy nieistotna czynność wykonana samodzielnie przez wykonawcę, będzie powierzeniem jedynie części zamówienia podwykonawcom. Z tego też względu Izba uznała, że zastosowanie sankcji odrzucenia w oparciu o przepis art. 462 ust. 1 p.z.p. było zbyt daleko idące" (por. Gawrońska-Baran Andrzej i in., Pzp. Komentarz aktualizowany). Podobnie wskazano w doktrynie cyt. „Komentowany przepis w swoim literalnym brzmieniu stanowi przeciwieństwo do dopuszczalności powierzenia części zamówienia podwykonawcy, a nie o zakazie powierzenia całości zamówienia podwykonawcom. Wyraża zatem wyłącznie normę prawną, w myśl której dany podwykonawca może realizować część zamówienia. (...) Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. Tym samym, aby zamawiający mógł zastosować tę przesłankę odrzucenia przepis prawa musi być jednoznaczny, pewny i jednolicie wykładany, w przeciwnym bowiem wypadku mogłoby dojść do sytuacji, w której wykonawcy byłiby różnie traktowani w tej samej sytuacji faktycznej, w zależności od tego do której interpretacji przepisów przychyliłby się dany zamawiający. W ocenie Izby taka sytuacja nie daje się pogodzić z zasadą przejrzystości postępowania. Izba jedynie na marginesie zauważa, że ustawodawca tak obecnie jak i wcześniej nie zdecydował się na wprowadzenie wprost zakazu powierzenia całości zamówienia podwykonawcom, a przepis art. 462 ust. 1 ustawy stanowi o uprawnieniu wykonawcy, a nie o ustanowieniu dla niego zakazu czy obowiązku.

Z

tego też powodu należy się przychylić do bardziej literalnego nurtu w orzecznictwie KIO, który przyjmuje, że: „Jeżeli zamawiający, po pierwsze nie wskazuje kluczowych części zamówienia, a po drugie nie zastrzega obowiązku ich osobistego wykonania przez wykonawcę, to nie sposób uznać, iż wykonawca nie jest uprawniony do posłużenia się podwykonawstwem w zakresie całego przedmiotu zamówienia" (Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz). Zamawiający na gruncie niniejszej sprawy zgadza się z interpretacją zgodnie z którą aby zamawiający mógł zastosować przesłankę odrzucenia oferty przepis prawa musi być jednoznaczny, pewny i jednolicie wykładany. Istotne jest również, że ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie wprost zakazu powierzenia całości zamówienia podwykonawcom, a przepis art. 462 ust. 1 ustawy stanowi o uprawnieniu wykonawcy, a nie o ustanowieniu dla niego zakazu czy obowiązku. Jednocześnie słusznie wskazuje się w vm. poglądach, że Zamawiający może nie określić minimalnego zakresu zamówienia, jaki wykonawca byłby zobligowany pozostawić do samodzielnego wykonania, tym samym praktycznie każda nawet pojedyncza czy nieistotna czynność wykonana samodzielnie przez wykonawcę, będzie powierzeniem jedynie części zamówienia podwykonawcom. Nie bez znaczenia jest również opisana powyżej specyfika przedmiotu zamówienia, który wymaga kompleksowego wykonania przez ośrodek szkoleniowy, w ramach którego dostępna jest zarówno infrastruktura jak i wykwalifikowana kadra. W rezultacie Zamawiający zgadza się z poglądem wyrażonym w wyroku KIO 1107/18, w którym wskazano cyt. „przepisy ustawy nie wykluczają w sposób jednoznaczny możliwości powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcom. W wyroku KIO 2776/14 stwierdzono cyt. „Jednak wątpliwe jest, by ustawodawca przez takie sformułowanie przepisów chciał zakazać zlecenia generalnego podwykonawstwa bardziej prawdopodobne jest to, że standardowo odniósł się do najczęstszej sytuacji, tj. zlecenia wykonania części zamówienia jednemu lub większej liczbie podwykonawców. Przy takiej interpretacji

wykonawca nie mógłby zlecić podwykonawstwa w 100%, ale w części 90% czy 99%, co byłoby nielogiczne”.

Powyższa argumentacja ma analogiczne zastosowanie do zarzutu Odwołującego podniesionego w odniesieniu do treści Rozdziału IX ust. 1 SWZ, gdzie w ocenie Odwołującego Zamawiający wprost miałby ograniczyć możliwość zaangażowania podwykonawcy jedynie do części zamówienia, zapis w SWZ odpowiada bowiem treści przepisów p.z.p. odnoszących się do kwestii powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający wskazuje sposób przeprowadzenia szkolenia ze strony PARASNAKE nie jest niezgodny z warunkami zamówienia. Podwykonawca był weryfikowany w toku postępowania na zasadach analogicznych jak PARASNAKE. Argumentacja zgodnie z którą PARASNAKE nie figuruje w żadnym rejestrze jako ośrodek szkolenia pilotów nie ma znaczenia dla

rozstrzygnięcia sprawy. W ocenie Zamawiającego w przypadku zaistnienia takiej potrzeby na Wykonawcy będzie spoczywał obowiązek zapewnienia zgodności z obowiązującymi przepisami takiego działania. Nie można się w rezultacie zgodzić z argumentacją, że PARASNAKE nie posiada wiedzy na temat prowadzenia szkolenia, jak również zakłada wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z OPZ i przepisami prawa europejskiego. Biorąc pod uwagę powyższe wniesione odwołanie jest w ocenie Zamawiającego bezpodstawne i powinno zostać oddalone.

Przystępujący po stronie Zamawiającego: Parasnake A. S. wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu 3 – jako spóźnionego, wykraczającego poza zakres zarzutów z odwołania w sprawie KIO 3764/23, a pismo Przystępującego z 28 grudnia 2023 r. nie otworzyło możliwości do złożenia odwołania w tym zakresie oraz o oddalenie odwołania także w razie nie podzielenia wniosku.

Przystępujący wnosi o oddalenie odwołania i odrzucenie w określonym zakresie, albowiem jego oferta jest prawidłowa, nie zawiera uchybień i została złożona zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a przede wszystkim nie podlega odrzuceniu, jak też wykonawca nie podlega wykluczeniu. W pisemnym stanowisku z dnia 31 stycznia 2024 r. wskazał, co następuje.

Neguje twierdzenie odwołania jakoby nie realizował faktycznie uprzedniego zamówienia. Przystępujący zrealizował przedmiot zamówienia, realizowany w poprzednich latach przez Odwołującego. Przystępujący zaoferował lepsze warunki i lepsze szkolenia niż Odwołujący. Niezależnie od stanowiska Zamawiającego, Przystępujący wskazuje, że nie dochodzi do powierzenia całości zamówienia podwykonawcy, a on jako Wykonawca realizuje istotne jego części, zadeklarował podział wykonania z podwykonawcą w proporcjach 60% do 40%.

Na Odwołującym leży ciężar dowodowy twierdzeń. Twierdzenia, że Przystępujący nie będzie realizował zamówienia, stanowią przeczą rzeczywistości stanowi rzeczy, albowiem, poprzednie i tożsame zamówienie realizował Przystępujący i Zamawiający nie miał uwag co do jakości tych usług. Wtedy też realizował je wraz z podwykonawcą GTA (bezsporne).

Z jednej strony odwołujący pisze, że przystępujący nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, a następnie, że będzie brał udział w realizacji, ale jego udział jest wadliwy.

Przypomnieć należy, że wymogi co do EASA, jak też jednostek szkolących nie są skierowane do wykonawców, a do jednostki przeprowadzającej szkolenie, którą nie musi być wykonawca.

Argumentacja odwołującego w zakresie wpisów na listę ULC (Urząd Lotnictwa Cywilnego) prowadziłaby do naruszenia art. 16 PZP oraz przepisów dyrektywy UE 2014/24, albowiem uniemożliwiałaby udział w postępowaniu podmiotom posiadającym jednostki szkoleniowe poza Polską. Bowiem lista ULC jest prowadzona tylko dla polskich podmiotów szkolących w

Polsce. Zapewnienie otwartego konkurencyjnego rynku w ramach UE jest wręcz nakazane i nie można dokonywać nieuzasadnionych ograniczeń konkurencji. Skoro zatem jednostka szkoląca przystępującego tj. GTA jest na liście właściwego urzędu w UE (Hiszpania), to nie można zarzucać, że nie ma jej na liście ULC, bo nie ma takiego prawnego obowiązku. GTA jest zatwierdzoną organizacją szkoleniową z ogromnym doświadczeniem w szkoleniu pilotów, również polskich.

Odwołujący pomija, że wymogi spełnia podwykonawca GTA, które ma wszelkie wymagane prawem uprawnienia. Oczywistym jest, że standardem jest komunikacja w języku angielskim, co nie wyklucza konieczności tłumaczeń, które mogą w określonych sytuacjach pomóc lepiej zrozumieć wyjaśnić niektóre kwestie. Ocena Odwołującego, że coś nie wchodzi w zakres zamówienia, jest jego subiektywną oceną, co nie ma oparcia w rzeczywistości.

Z rozważań odwołującego nie sposób wywieść, że GTA realizuje całość zamówienia.

Warto podkreślić, że w celu umożliwienia realizacji części zamówienia przez podwykonawcę GTA należy m.in. przetłumaczyć dokumentację zamówienia, w tym OPZ. Do tego dochodzi konieczności zweryfikowania, czy te wymagania GTA spełnia. Ta rola należy do Przystępującego, jako wykonawcy, ponoszącego odpowiedzialność za zamówienie.

GTA posiada odpowiednie uprawnienia i odwołujący mylnie pisze, że wykonawca w tym znaczeniu, że tylko on osobiście ma je posiadać, a nie np. podwykonawca. Takie rozumowanie świadczyłoby o niezgodności z zasadą możliwości korzystania z podwykonawstwa —PZP.

Pojęcie „dysponowania” ma charakter faktyczny, a zatem te osoby mogą mieć umowy z różnymi podmiotami, a jedynie

organizacja szkoleniowa ma mieć uprawnienie do dysponowania takimi ludźmi. Odwołujący nie wykazał zaś, że osoby realizujące zamówienia nie mają wymaganych uprawnień.

Odnosnie programu przystępujący występuje w formie konsultacyjnej i doradczej.

Nie ulega wątpliwości, że szkolenia są prowadzone zgodnie z EASA, skoro GTA jest jednostką certyfikowaną. Zamawiający będzie mieć umowę z Przystępującym, a nie GTA, a zatem bez udziału wykonawcy, nie dojdzie do żadnych zmian.

Warto podnieść, że udział wykonawcy i podwykonawców może być różny. Nie ma uniwersalnej formuły współpracy z podwykonawcami, żadne orzeczenie KIO, czy też sądów, czy stanowiska doktryny, nie przesądzą zakresu podwykonawstwa w kontekście wykładni „części” z art. 462 ust. 1 PZP. Jest to zawsze ocena indywidualna. Oczywiście przy tym jest jednak, czego Przystępujący nie neguje, że „klasyczne pośrednictwo” mogłoby wzbudzać wątpliwości, bo taki pośrednik nic w zasadzie nie robi, ale taka sytuacja w niniejszej sprawie nie występuje, albowiem udział przystępującego jest czynny i wieloaspektowy.

Usługa realizowana w ramach zamówienia będzie zgodna z OPZ, w tym zgodna z wymogami EASA. Wskazany bowiem w ofercie symulator jest certyfikowany zgodnie z EASA,

tak samo jak ośrodek, w którym będzie prowadzone szkolenie i w którym w ramach poprzedniego zamówienia było prowadzone. Przystępujący jako uprzedni wykonawca otrzymał referencje za realizację tego projektu. Wykonawca zapewnia szkolenie na certyfikowanym, zgodnie z wymaganiami EASA urządzeniu treningowym — symulatorze wymaganego typu. Przez certyfikowane urządzenie treningowe rozumie się ośrodek szkoleniowy w którym ma być szkolenie. Takim ośrodkiem jest ośrodek GTA.

Nie było zastrzeżenia, że warunek potencjału technicznego ma spełnić wyłącznie wykonawca, a zatem może go spełnić podmiot na które zasobach wykonawca się opiera.

Udział przystępującego, będący realnym udziałem, nie powoduje utraty przymiotów w zakresie wymogów EASA itp. Co więcej, część instruktorów z GTA może być zasobem własnym Przystępującego, na co już wcześniej wskazano, albowiem Przystępujący bezpośrednio niezależnie od powiązań ich z GTA, zawrzeć może z nimi umowy dla tego projektu. Co więcej pozostałe osoby z kadry Przystępującego, które są w backupie są po przeszkoleniu i dopuszczeniu do szkolenia i asysty.

Poprzednie zamówienie wykonano zgodnie z wymaganiami, w tym przepisami EASA.

Potrzeby szkoleniowe istnieją po stronie Zamawiającego, o czym Odwołujący winien mieć wiedzę. Fakt komunikacji w języku angielskim nie powoduje braku konieczności kontaktu w języku polskim i braku konieczności tłumaczeń.

Wsparcie Przystępującego generuje wymierną korzyść dla Zamawiającego. Przystępujący ma wiedzę o przedmiocie zamówienia, skoro przeprowadził poprzednie i tożsame zamówienie. Zakres udziału i ingerencji w szkolenie przez przystępującego nie skutkuje nielegalnością. Odwołujący opisuje wybiórczo wymagania i zasady EASA, ale nie podnosi w zarzutach, że ośrodek GTA nie spełnia tych wymogów.

Rozważania w kwestii możliwości powierzenia „całości” zamówienia podwykonawcy są bezpodstawne i niecelowe, albowiem taka sytuacja nie ma miejsca.

Przystępujący wskazuje, że poza czynnościami organizacyjnymi, finansowymi, koordynacyjnymi, realizuje również inny zakres zamówienia, w tym również na miejscu w ośrodku szkoleniowym. Osoby z jego ramienia, znajdują się w razie potrzeby w ośrodku i świadczą wsparcie w pełnym zakresie dla uczestników szkoleń, na co już powyżej wskazano. Co więcej, Wykonawca deleguje w razie potrzeby do tego ośrodka szkolącego własny zespół wspierający w szkoleniach.

Rolą przystępującego jest m.in. sprawdzanie systemów przed szkoleniem, wsparcie i ewentualna reakcja na sytuacje awaryjne. Przystępujący wie, że jest to kwestionowane przez Odwołującego, do czego się odniósł wcześniej. Mimo twierdzeń Odwołującego, jest to istotne zagadnienie. Te osoby dbają o zgodność z OPZ oraz o komfort pilotów Zamawiającego. Nie można bowiem zakładać, co zostało już potwierdzone poprzednią realizacją analogicznego

zamówienia, że te usługi nie są istotne. Osoby skierowane do realizacji zamówienia przez Przystępującego zapewnią w zasadzie pierwszą linię wsparcia i wyjaśnień.

Wsparcie szkolenia przez osoby z ramienia przystępującego polega również na udziale w zespole szkolącym i wsparciu kursantów w razie zaistnienia problemów, są to w dużej mierze działania oparte na konsultacjach. Nie ma naruszeń zasad EASA, albowiem osoby te spełniają wymagania im stawiane. Przystępujący ponosi zaś koszty przebywania tych osób w ośrodku szkoleniowym. Zostało to ujęte w cenie ofertowej. Co zaś istotne takie osoby wraz z osobami z GTA działają w celu zapewnienia poprawności i merytoryki szkoleń pod kątem specyfiki szkolenia wojskowego według polskich wymogów. Do tego takie osoby przekazują raporty z realizacji zamówienia do centrali Przystępującego. Przystępujący wskazuje, że w ramach współpracy dotychczasowej z Zamawiającym, tak to do tej pory funkcjonowało. Rolą przystępującego na miejscu szkolenia jest działania przez ww. osoby również poprzez tłumaczenia, objaśnianie specyfiki lotów wojskowych i pracy, zarówno dla kursantów, jak i dla GTA, aby dostosować szkolenia pod wymagania zamawiającego. GTA nie zajmuje się analizowaniem opisu przedmiotu zamówienia. Rolą Przystępującego jest opracowanie wraz z GTA programu uwzględniającego oczekiwania zamawiającego. Program ogólny zaś, co oczywiste jest domeną EASA. Są to wspólne działania, wzajemnie się uzupełniające. Do tego przystępujący może zapewniać

również instruktora od siebie, o ile zajdzie ku temu potrzeba, który będzie brał udział w szkoleniach.

Nie można zatem twierdzić, że całość zamówienia realizują GTA. Nie wynika to również z treści zobowiązania tego podmiotu. Zważyć trzeba, że treść tego zobowiązania jest bardzo szczegółowa, a zarazem opisuje co ogólnie może zostać udostępnione przez GTA na poczet zamówienia, a nie co jest przedmiotem udostępnienia na poczet zamówienia. Nie jest to tym samym jednoznaczne z tym, że z wszystkich tych aspektów przystępujący korzysta. Przedmiotem udostępnienia jest centrum szkolenia i symulator (lit. a) zobowiązania.

Warto wskazać, że odwołujący referuje zaś w sposób wybiórczy do części wstępnej zobowiązania, gdzie znajduje się w zasadzie ogólny opis GTA jako podmiotu, a nie to co oferuje na rzecz niniejszego postępowania, bo jak do przedmiotu zamówienia CXI mają się oświadczenia: „Ponad 50 pracowników i 50 wykwalifikowanych instruktorów B737”, „18 latach doświadczenia” czy „części indira systems”? Nie mają one żadnego związku ze sprawą. Istotny jest warunek udziału.

Odwołujący przywołuje orzecznictwo, ale pomija, że dotyczyło sytuacji, w której powierzano podwykonawstwo podmiotom na zasobach których wykonawca nie polegał. Sytuacja w niniejszej sprawie jest inna z dwóch powodów. Po pierwsze podwykonawca jest podmiotem udostępniającym zasoby, a zatem został zweryfikowany podmiotowo, a po drugie nie zachodzą okoliczności z art. 462 ust. 1 PZP a contrario, nie dochodzi do powierzenia całości podwykonawstwa. Ciężar dowodu z postępowania odwoławczego ciąży na Odwołującym,

ale nie jest on w stanie wykazać swoich twierdzeń. Nigdy nie było intencji w powierzeniu całości zamówienia GTA.

W sprawie były 2 warunki udziału w postępowaniu:

- 1) Zdolność ekonomiczna — OC — spełnia Przystępujący osobiście
- 2) Zdolność techniczna dysponowanie symulatorem spełnia podmiot udostępniający

zasoby na rzecz przystępującego tj. GTA.

Oczywistym jest, że skoro przystępujący korzysta z zasobów GTA w zakresie zdolności technicznej — tj. określonego sprzętu, to musi przy realizacji zamówienia posiłkować się tym sprzętem. Powszechnym jest nawiązywanie współpracy z podmiotami z danego kraju. Idąc logiką odwołującego, prawo zamówień publicznych w zasadzie nie dopuszczałoby większości usług lub dostaw informatycznych. Zazwyczaj podmioty składające oferty w postępowaniach nie są producentami sprzętu. Często też nie są nawet dystrybutorami. Łańcuszek podwykonawstwa może być wielokrotnie złożony (producent - vendor=> dystrybutor=> partner=> integrator-składający ofertę). Fakt oferowania kadry przez GTA nie świadczy o tym, że tylko osoby z ramienia tego podmiotu takie szkolenia mogą przeprowadzać. Co więcej samo przeprowadzenie szkolenia wiąże się również nie tylko z prowadzeniem zajęć, ale i z ewentualnym tłumaczeniem, zapewnianym przez przystępującego lub innym wsparciem osobowym. Przystępujący od lat współpracuje z GTA i zabezpiecza prawidłową realizację zamówienia kierując do niej swojego uprawnionego pilota mogącego realizować szkolenia, jeśli dojdzie do sytuacji awaryjnej. Oczywistym jednak przy tym jest, że certyfikowane urządzenie będzie od GTA — świadczy o tym treść warunku udziału w postępowaniu i zobowiązanie GTA.

GTA było weryfikowane w sprawie pod kątem wszelkich przesłanek tak jak przystępujący — co wynika z obowiązku z art. 118 PZP. Ośrodek szkoleniowy zapewnia przystępujący w ramach współpracy, jest nim właśnie ośrodek GTA. Twierdzenia i argumentacja odwołującego prowadzą do zawężenia konkurencji, a w zasadzie mają na celu faktyczną monopolizację rynku w Polsce. Praktyka pokazuje również, że aby podmiot zagraniczny wszedł na rynek polski, musi współpracować z podmiotem z tego rynku. Wynika to często z bariery językowej jak i prawnej. Dlatego podwykonawca współpracuje z przystępującym. Zarówno podwykonawca jak i przystępujący samodzielnie nie byłby w stanie zrealizować zamówienia. Powyższe znajdują potwierdzenie w oświadczeniu złożonym przez podwykonawcę.

Jeśli zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę np. kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Odmienne interpretacja art. 462 ust. 1 p.z.p. jest nieuprawniona. W niniejszej sprawie nie było zastrzeżenia, ani też nie ma powierzenia 100% realizacji zamówienia podwykonawcy.

Dodatkowo, jak wskazał UZP w komentarzu "Prawo zamówień publicznych. Komentarz", H. Nowak, M. Winiarz (red.), Warszawa 2021, s.453, "Liczy się zatem tylko rzeczywiste wsparcie wykonawcy polegające na faktycznym zaangażowaniu w wykonanie zamówienia. Zapobiec ma to również wsparciu pozornemu jedynie na etapie postępowania i jedynie w celu jego uzyskania przez wykonawcę".

Przystępujący wskazuje też na orzeczenie KIO 311/23, gdzie uznano, że „Przepisy (art. 462 ust.1) przewidują, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Wykonawca może więc z tego uprawnienia w sposób dowolny korzystać, chyba że Zamawiający ograniczy taką możliwość.

Do tego warto wskazać na stanowisko doktryny „Trzeba dostrzec swoistą subtelność regulacji art. 462 ust. 1 pzp. Norma ta per se nie implikuje przecież normy zakazującej, aby kilku podwykonawców wykonało całość zamówienia. Co najwyżej w drodze interpretacji a contrario można z niej wywnioskować, że niedopuszczalne jest powierzenie całego zamówienia jednemu tylko podwykonawcy” (J. Jerzykowski [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2021)

Warto również podkreślić, że gdyby dopiero na etapie realizacji zamówienia przystępujący powołał podwykonawcę w analogicznym zakresie jak GTA, to w świetle art. 462 PZP także nie byłoby naruszenia przepisów ustawy. Możliwość korzystania z usług podwykonawców jest jednym z podstawowych uprawnień wykonawcy w toku realizacji zamówienia

publicznego. Na mocy art. 462 PZP, wykonawca pozostaje w pełni uprawniony do realizowania zamówień publicznych przy ich pomocy. Wykonawca zatrudnia podwykonawcę na własny koszt i ryzyko, zobowiązany jest więc do kontroli wykonywanych przez niego prac, w tym do odbioru, łączenia poszczególnych elementów, a finalnie do zaofiarowania tej pracy zamawiającemu jako świadczenia własnego.

Przystępujący wskazał na katalog otwarty działań planowanych w realizacji zamówienia.

Wskazuje też, że Odwołujący źle interpretuje wymóg z umowy, iż stosownie do § 1 ust. 6 „Wykonawca musi posiadać ważny w okresie obejmującym termin szkolenia każdej grupy szkoleniowej certyfikat symulatora oraz ośrodka szkolenia lotniczego.” Przystępujący jako wykonawca posiada ten certyfikat przez podmiot udostępniający. Nie jest to wymóg podmiotowy, a przedmiotowy związany z symulatorem. Przystępujący go zatem posiada. Nigdzie w umowie nie ma wymogu, aby to wykonawca był certyfikowany. Nie ma obowiązku dysponowania samodzielnie takim ośrodkiem, bez udziału innych podmiotów. Stanowiłoby to naruszenie przepisów, gdyż wyłączałoby możliwości korzystania z zasobów na zasadach z art. 118 PZP. Podzielić należy argumentację Zamawiającego, że subiektywny sposób wykładni dokonanej przez odwołującego skutkowałby nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji wyłącznie do odwołującego, a zatem taki sposób rozumienia wykluczałby przetarg nieograniczony, co nie było celem Zamawiającego.

Warto wspomnieć, że poprzednie szkolenia w analogicznym zakresie wykonywał Przystępujący w analogiczny sposób. Wcześniej nie było to kwestionowane, a aktualnie Zamawiający jest po cyklu szkoleń, do których nie było uwag.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, biorąc pod uwagę stanowiska przedstawione w pismach procesowych oraz do protokołu rozprawy, uwzględniając także informacje zawarte w dokumentacji postępowania odwoławczego o sygnaturze KIO 3764/23 wszczętego w wyniku odwołania wniesionego przez obecnego odwołującego, między tymi samymi stronami, a dotyczącymi poprzedniego wyboru oferty najkorzystniejszej, ustaliła i zważyła, co następuje.

Za niezasadny uznaje się wniosek o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu oznaczonego jako zarzut 3, który jako był być oceniony jako spóźniony ze skutkiem w postaci zastosowania art. 528 pkt 3) ustawy pzp. Wskazać należy, że sprawa dotyczy kwestionowanej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty zarówno w poprzednim postępowaniu odwoławczym (sygnatura jw.), jak i w tym Odwołujący podnosi te same po uprzednim unieważnieniu wcześniejszego wyboru. Przedstawione w toku w postępowania sygn. akt KIO 3764/23 stanowiska stron, w szczególności informacje przystępującego zawarte w piśmie z dnia 28 grudnia 2023 r. nie mogły stanowić samodzielnej podstawy faktycznej i prawnej do ewentualnego wniesienia odwołania, jako że zdarzenie to miało miejsce w okresie badania i oceny ofert i nie stanowiły czynności zamawiającego lub niedozwolonego zaniechania. Dopiero wybór oferty uznanej za najkorzystniejszą był czynnością, od której wykonawca mógł się odwołać, czego też dokonał.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Szkolenie teoretyczne i symulatorowe personelu latającego samolotu B737-800NG/BBJ2-27K w latach 2024-2026”, nr sprawy 30/2023.” Nazwa zamówienia wskazuje na jego przedmiot i jakkolwiek stanowi tytuł zamówienia, nie wyczerpuje całości zadań niezbędnych do wykonania. Stosując nomenklaturę ustawową (por. art. 121 ustawy pzp), można stwierdzić, że wskazane szkolenie stanowi kluczowe zadanie dotyczące opisanej w specyfikacji warunków zamówienia usługi. Powołany przepis ustawy stanowi o możliwości zastrzeżenia przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę zadań kluczowych. Regulacja stanowi wynik implementacji art. 63 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (DzUrz UE L 94 z 28.03.2014, s. 65), w myśl którego: „W przypadku zamówień na roboty budowlane,

zamówień na usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem lub instalacją w ramach zamówienia na dostawy, instytucje zamawiające mogą wymagać, aby określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta lub, w przypadku oferty złożonej przez grupę wykonawców, o której mowa w art. 19 ust. 2, przez uczestnika tej grupy”. Pojęcie „kluczowej części zamówienia” należy uznać prace, które stanowią elementy danego zamówienia o takiej wadze i znaczeniu, bez którego spełnienia nie jest możliwa osiągnięcie rezultatu wymaganego przez zamawiającego.

Niesporne jest, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego wynik w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej jest przedmiotem odwołania, zamawiający nie zastosował możliwości wskazanych przez art. 121 ustawy pzp. Tej okoliczności zdaje się nie dostrzegać odwołujący, który w znaczącej części swojego stanowiska podnosi zarzuty wobec przystępującego, który nie dysponuje własnym potencjałem w postaci ośrodka szkoleniowego spełniającego wymagania formalne, jak i rzeczowe umożliwiające przeprowadzenie szkolenia zarówno teoretycznego, jak i symulatorowego. W toku postępowania, zarówno przed zamawiającym, jak i postępowania odwoławczego, przystępujący nie deklarował osobistego spełnienia warunku kluczowego, lecz konsekwentnie wskazywał na swojego podwykonawcę w postaci podmiotu skrótowo nazwanego GTA.

Ustalono, iż w postępowaniu wybrany wykonawca- obecny przystępujący złożył ofertę, w której zadeklarował wykonanie zamówienia z udziałem podwykonawcy, który jest jednocześnie podmiotem udostępniającym swoje zasoby na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 i n. ustawy pzp. Jednocześnie wykonawca zadeklarował udział procentowy tych dwóch podmiotów w realizacji. Stwierdził ponadto, że spełnia wymagane warunki udziału dysponując własnym potencjałem finansowym i potencjałem technicznym udostępnianym przez wskazanego podwykonawcę.

W konsekwencji należy uznać za spełnione wymogi specyfikacji, zgodnie z którą dopuszczalna była i została wykorzystana możliwość zaangażowania podwykonawcy części zamówienia, jakkolwiek niespornie części istotnej i kluczowej.

Odwołujący nie zakwestionował skutecznie spełniania przez podwykonawcę przystępującego szczegółowych wymagań określonych przez rozporządzenie EASA dotyczących m. in. obowiązku otrzymania zatwierdzenia dla danego ośrodka szkoleniowego, wydawania certyfikatów na urządzenia symulatorowe, wymagań dotyczących kompetencji instruktorów zasad wydawania certyfikatów i zaświadczeń uczestnikom szkolenia. Dany ośrodek szkoleniowy, aby prowadzić działalność szkoleniową zgodną z wymaganiami EASA musi uzyskać właściwe zatwierdzenie do prowadzenia działalności w tym zakresie. Jak wskazano, ze złożonej oferty nie wynika aby PARASNAKE (przystępujący) posiadał takie zatwierdzenie, natomiast wykonawca ten powołał się na ośrodek szkoleniowy, instruktora i

symulator będący w zasobach Podwykonawcy udostępnianych wykonawcy. Bezprzedmiotowa jest zatem argumentacja zatem, zgodnie z którą PARASNAKE nie figuruje w żadnym rejestrze jako ośrodek szkolenia pilotów.

Jak wyżej wskazano, udział podwykonawcy udostępniającego niezbędne zasoby, jest kluczowy i niezbędny do uzyskania oczekiwanego rezultatu. Nie oznacza to jednak, że usługa szkolenia wykonywanego przez podmiot udostępniający wyczerpuje cały zakres przedmiotu zamówienia, co miałoby prowadzić do wniosku o powierzeniu podwykonawcy wykonania całości zamówienia. Ocena składu orzekającego w tym względzie czyni zbędnymi ewentualne rozważania co do dopuszczalności takiego powierzenia w świetle postanowień ustawy pzp.

Izba uznaje bowiem, że do wykonawcy, uwzględniając zarówno jego oświadczenie, jak i potwierdzenie zamawiającego oparte na dotychczasowych doświadczeniach, należy szereg czynności niezbędnych do prawidłowego wykonywania umowy. Notoria powszechne wskazują w tym względzie np. na czynności organizacyjne, finansowe, koordynacyjne, ewentualnie inne deklarowane do wykonania, w tym również na miejscu w ośrodku szkoleniowym.

Pogląd odwołującego, że skoro przedmiotem usługi jest szkolenie /.../, a szkolenie wykona podwykonawca, to wyczerpany jest cały przedmiot zamówienia, a inne czynności niezbędne do wykonania, w tym także nadzorowania i obsługi formalnej.

Stanowisko odwołania w tym względzie jest nieracjonalne i prowadziło do nieuzasadnionych wniosków, że np. obsługa finansowa i prawna umowy o usługi lub roboty budowlane nie należała do zakresu tej umowy i pozostawała w jakimś zewnętrznym obszarze podmiotu wykonawczego.

Wobec powyższego należy uznać, że odwołujący wadliwie interpretuje wymóg z umowy, twierdząc, że wykonawca musi być bezpośrednio podmiotem z § 1 ust. 6 umowy, tj. takim, który „musi posiadać ważny w okresie obejmującym termin szkolenia każdej grupy szkoleniowej certyfikat symulatora oraz ośrodka szkolenia lotniczego.” Można bowiem uznać, że przystępujący jako wykonawca posiada ten certyfikat w postaci skutecznego udostępnienia przez podwykonawcę. Wskazany wymóg nie jest wymogiem podmiotowym oczekiwanym od wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunku udziału przez niego, lecz przedmiotowym związanym z symulatorem. Zatem wykonawca go posiada.

Potwierdzeniem dokonanych ustaleń są także postanowienia specyfikacji warunków zamówienia, w której wskazano między innymi: Rozdział IX 1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (podwykonawcom). 2. Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia.

We wzorze umowy wskazano nadto: § 1 pkt 6 : Wykonawca musi posiadać ważny w okresie obejmującym termin szkolenia każdej grupy szkoleniowej certyfikat symulatora oraz ośrodka szkolenia lotniczego.

§ 1 pkt 10 i 11: 10. Wykonawca przeprowadzi szkolenie na certyfikowanym (zgodnie z wymaganiami EASA) urządzeniu treningowym — symulatorze typu FFS. Przez certyfikowane urządzenie treningowe zamawiający rozumie ośrodek szkoleniowy w którym odbywać się będzie szkolenie. 11. Wykonawca musi posiadać co najmniej 1 certyfikowane (zgodnie z wymaganiami EASA) urządzenie treningowe — symulator typu FFS B737-800.

Ponadto z opisu przedmiotu zamówienia wynika: 4. Wykonawca przeprowadzi szkolenie na certyfikowanym (zgodnie z wymaganiami EASA) urządzeniu treningowym symulatorze typu FFS. Przez certyfikowane urządzenie treningowe zamawiający rozumie ośrodek szkoleniowy w którym odbywać się będzie szkolenie. 5) Wykonawca musi posiadać co najmniej 1 certyfikowane (zgodnie EASA) urządzenie treningowe — symulator typu FFS B737-800.

Powyższe potwierdza przedmiotowy charakter wymogu postawionego wykonawcom. Jak wynika z przeprowadzonego postępowania dowodowego podwykonawca udostępniający zasoby tj. GTA spełnia postawione wymogi.

Biorąc pod uwagę powyższe wniesione odwołanie podlega oddaleniu, zważywszy iż nie potwierdzone zostały zarzuty odwołania wskazujące, iż oferta przystępującego miałaby podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy pzp.

W świetle powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

