

Sygn. akt: KIO 514/17
KIO 525/17
KIO 546/17

WYROK
z dnia 3 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Paweł Trojan
Przemysław Dzierżędzki
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 28 marca 2017 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 17 marca 2017r. przez wykonawcę **The Jet Business International Corp z siedzibą w Wielkiej Brytanii w Londynie One Grosvenor Place Hyde Park Corner**
- B. w dniu 17 marca 2017r. przez wykonawcę **Aerospace International Group s.r.o. z siedzibą w Republice Słowackiej, w Bratysławie, ul. Panenská 23**
- C. w dniu 20 marca 2017r. przez wykonawcę **Altenrhein Aviation AG z siedzibą w Szwajcarii, w Altenrhein, Flughafenstrasse 11**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Ministerstwo Obrony Narodowej Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie, ul. Królewska 1/7**

przy udziale wykonawcy **The Boeing Company z siedzibą w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej w Chicago 100 N Riverside** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 514/17, KIO 525/17 i KIO 546/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1a. uwzględnić odwołania **The Jet Business International Corp z siedzibą w Wielkiej Brytanii** i **Altenrhein Aviation AG z siedzibą w Szwajcarii** w zakresie zarzutów naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy w związku z art. 131h ust. 6 pkt 1 ustawy w związku z art. 10 ust. 2 ustawy i art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy w związku z art. 10 ust. 2 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy i stwierdza naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy w związku z art. 131h ust. 6 pkt 1 ustawy w związku z art. 10 ust. 2 ustawy

1

i art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy w związku z art. 10 ust. 2 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na dostawę samolotów średnich do przewozu najważniejszych osób w państwie (VIP) nr UI/55/IX-34/ZOWROIB/DOS/SS/2017, w pozostałym zakresie odwołania oddala,

1b. oddala odwołanie **Aerospace International Group z siedzibą w Republice Słowackiej**,

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Ministerstwo Obrony Narodowej Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie** oraz **Aerospace International Group z siedzibą w Republice Słowackiej** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdziestu pięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę **The Jet Business International Corp z siedzibą w Wielkiej Brytanii** oraz wykonawcę **Aerospace International Group s.r.o. z siedzibą w Republice Słowackiej**, oraz wykonawcę **Altenrhein Aviation AG z siedzibą w Szwajcarii** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Ministerstwo Obrony Narodowej Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie** na rzecz **The Jet Business International Corp z siedzibą w Wielkiej Brytanii** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego, 2.3. zasądza od

Skarbu Państwa – Ministerstwo Obrony Narodowej Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie na rzecz **Altenrhein Aviation AG z siedzibą w Szwajcarii** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i

zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w

Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

2

Sygn. akt KIO 514/17

KIO 525/17

KIO 546/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na dostawę samolotów „średnich” do przewozu najważniejszych osób w państwie zostało w szczególności zaproszeniem do negocjacji skierowanym do wykonawcy The Boeing Company z siedzibą w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej, w Chicago, 100N Riverside. W dniu 14 marca 2017r. zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante za numerem 2017/S 051 094951. W uzasadnieniu wyboru procedury wskazał zgodnie z art. 28 dyrektywy 2009/81/WE, że ze względu na wystąpienie pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których instytucja zamawiająca (podmiot zamawiający) nie mogła (nie mógł) przewidzieć, oraz zgodnie z warunkami ściśle określonymi we właściwej dyrektywie: tak Roboty budowlane/towary/usługi mogą być zrealizowane lub dostarczone tylko przez określonego oferenta z przyczyn: technicznych, związanych z ochroną wyłącznych praw. Przedmiotem zamówienia jest dostawa samolotów „średnich”, a planowane do zabudowy systemy ochrony własnej samolotu, walki radioelektronicznej oraz łączności specjalnej w wpływają na konieczność wprowadzenia zmian konstrukcyjnych względem cywilnych wersji samolotów i zaadaptowanie ich do celów wojskowych. Z uwagi na wojskowy zakres dostosowania samolotów wymagający głębokiej integracji z konstrukcją, ww. samoloty mieszczą się w definicji sprzętu wojskowego zawartej w art. 2 ust. 8a Ustawy. Poprzednie konkurencyjne postępowanie na dostawę trzech samolotów „średnich” zostało unieważnione z powodu błędów formalno-prawnych złożonych ofert. Zamawiający dołożył należytej staranności, aby umożliwić podmiotom biorącym udział w postępowaniu złożenie prawidłowych ofert, więc przyczyny zaistniałej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego. Stanowisko wykonawców prezentowane na negocjacjach wskazywało na brak przeciwwskazań do złożenia prawidłowych ofert, co nie mogło być przewidziane na etapie prowadzenia postępowania. Unieważnienie postępowania, a co za tym idzie brak dostaw samolotów w zakładanych terminach, zaburza harmonogram kompleksowej odbudowy floty samolotów oraz ma negatywny wpływ na osiągnięcie przez SZ RP zakładanej zdolności operacyjnej do przewozu najważniejszych osób w państwie, co powoduje sytuację wyjątkową oraz ma wpływ na już podjęte działania w tym zakresie. W celu utrzymania realizacji kompleksowego harmonogramu osiągnięcia zdolności do przewozu najważniejszych osób w państwie – wobec nieprzebieżanego złożenia ofert podlegających odrzuceniu, mimo przeprowadzonych

3

negocjacji – za zasadną należy uznać zatem konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, zwłaszcza związanego z dostawą samolotu „używanego”, utrzymaniem terminów dostaw samolotów „nowych”, programem szkolenia personelu oraz rozpoczęciem procesów zmian organizacyjno-etatowych Sił Zbrojnych RP. Rozpoczęcie kolejnego postępowania, z zachowaniem ustawowych terminów (w tym skróconych) w płynie negatywnie, a wręcz uniemożliwi realizację zadań przez najwyższe organy władzy państwowej, utrzymanie ciągłej zdolności operacyjnej przez zapewnienie niezbędnej dostępności samolotów, zapewnienie bezpieczeństwa przewozu najważniejszych osób w państwie, rozpoczęły proces przekształceń strukturalno-etatowych jednostki lotniczej,

terminy dostaw samolotów, a także doprowadzi do wygaśnięcia części środków budżetowych przewidzianych na ten cel. W odpowiedzi na wymagania zawarte w poprzednim postępowaniu konkurujący wykonawcy zaproponowali typ samolotów B737-800 produkowany przez Boeing. Oznacza to, że to rynek lotniczy zweryfikował wymagania zamawiającego w zakresie wyposażenia i osiągnięć samolotów, proponując tylko jeden typ samolotu. W postępowaniu obok producenta samolotów udział wzięły podmiot pośredniczący w zakupach, co wskazuje, iż tylko ten typ samolotu spełnia wymagania zamawiającego – żaden z wykonawców, pomimo takiej możliwości, nie zgłosił innego typu samolotów. Boeing jako producent samolotów zapewnia bezpośrednią rezerwację samolotów nowych, a w chwili obecnej jest właścicielem dwóch ostatnich slotów produkcyjnych. Boeing jest producentem samolotów B737 w wszystkich typach i wersji, właścicielem certyfikatów typu oraz wyłącznym właścicielem dokumentacji produkcyjnej samolotów bazowych. Przed wszczęciem postępowania zwrócono się do producenta samolotów B737-800 z szeregiem pytań, a uzyskane odpowiedzi wskazują, że Boeing ma wyłączne prawa do dysponowania slotami produkcyjnymi samolotów B737-800, posiada swobodę dysponowania ostatnimi dwoma slotami produkcyjnymi oraz gotowy jest zarezerwować przedmiotowe sloty produkcyjne dla SZ RP. Powyższe oznacza, że tylko firma Boeing z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz związanych z ochroną praw wyłącznych, jest jedynym wykonawcą, który przy założeniu natychmiastowego wykonania zamówienia będzie w stanie złożyć ofertę i zrealizować dostawy oraz nie istnieje inne rozsądne rozwiązanie alternatywne lub zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Sygn. akt KIO 514/17

W dniu 17 marca 2017r. odwołanie na wybór trybu postępowania, w szczególności i prowadzenie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, oraz publikację ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy z wolnej ręki z dnia 14 marca 2017r. wniósł wykonawca The JET Business International Corp z siedzibą w Wielkiej Brytanii, w Londynie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 marca 2017r. udzielonego przez dyrektora spółki ujawnionego w zaświadczeniu o rejestracji, organach,

4

wspólnikach i prawidłowym funkcjonowaniu spółki z dnia 2 grudnia 2015r. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu w dniu 17 marca 2017r.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579- dalej ustawy), przez nieuzasadnione faworyzowanie producenta samolotów Boeing, polegające na przyjęciu z góry zamiaru udzielenia zamówienia producentowi samolotów Boeing, pomimo tego, że na rynku istnieją inni wykonawcy, mogący zrealizować zamówienie - którym uniemożliwiono przystąpienie do postępowania, wyłączając tym samym całkowicie możliwość konkurencji;
- b) art. 29 ust. 2 i 3 ustawy przez wskazanie w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, że przedmiotem zamówienia jest samolot typu Boeing 737-800, podczas gdy brak jest przesłanek do stwierdzenia, że tylko tego typu maszyny odpowiadają uzasadnionym potrzebom zamawiającego;
- c) naruszenie art. 66 ust. 2 pkt 2 ustawy przez nieuwzględnienie w ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki informacji o przedmiocie oraz wielkości lub zakresie zamówienia;
- d) art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy w zw. z art. 131h ust. 6 pkt 1 ustawy i art. 10 ust. 2 ustawy, przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w odniesieniu do zamówienia publicznego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, sytuacji w której nie zachodzą przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, które przesądzałyby, że dostawa może być zrealizowana tylko przez jednego wykonawcę;
- e) art. 131h ust. 6 pkt. 3 ustawy w zw. z art. 10 ust. 2 ustawy, przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, w której nie została zrealizowana hipoteza normy prawnej wynikającej z ww. przepisu, ponieważ w okresie od 2011 r. nie wydarzyła się żadna wyjątkowa sytuacja, niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, a która wymaga natychmiastowego wykonania zamówienia - w szczególności nie można rozpatrywać w tych kategoriach unieważnienia poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem unieważnienie postępowania

nie jest w praktyce - w tym również w praktyce zamawiającego — sytuacją wyjątkową.

III. W zakresie postępowania dowodowego

Wniósł o przeprowadzenie dowodu z załączonego pisma wykonawcy do zamawiającego, na okoliczność gotowości wykonawcy do realizacji zamówienia, istnienia innych niż Boeing 737-800 samolotów spełniających wymagania zamawiającego, możliwości dostarczenia samolotu Boeing w wyznaczonym terminie przez podmiot inny niż firma Boeing.

Odwolujący żąda:

5

- a) nakazania zamawiającemu unieważnienia postępowania i podjętych w nim czynności: wyboru trybu postępowania przez wszczęcie procedury udzielenia zamówienia z wolnej ręki, opublikowania ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki,
- b) nakazania zamawiającemu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę samolotów średnich do przewozu najważniejszych osób w państwie w trybie przetargu ograniczonego lub przetargu nieograniczonego,
- c) nakazania zamawiającemu zmiany ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w witrynie Ted.europa.eu/TED w dniu 14 marca 2017 r. pod numerem 2017/S 051-094951 w zakresie trybu w jakim udzielone będzie zamówienie publiczne.

Odwolujący wykazał, że posiada interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż zamierza uczestniczyć w przedmiotowym postępowaniu (art. 179 ust. 1 ustawy).

Odwolujący wskazał na następujący stan faktyczny:

W dniu 14 marca 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowano ogłoszenie Inspektoratu Uzbrojenia Ministerstwa Obrony Narodowej (dalej jako „zamawiający”) o nr 2017/S 051-094951.

Z ogłoszenia tego w interpretować należy następujące wiadomości:

- a. zamawiający publikuje ogłoszenie o którym mowa w art. 66 ust. 2 ustawy - a więc fakultatywne ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy z wolnej ręki;
- b. przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, wskazane przez zamawiającego to:

wystąpienie pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których zamawiający nie mógł przewidzieć - w wydarzeniemy ma być unieważnienie poprzedniego postępowania o tożsamym zakresie, zaś pilna potrzeba - utrzymanie założonego harmonogramu „kompleksowej odbudowy floty samolotów”;

- ii. domniemany brak możliwości technicznych wykonania zamówienia przez podmioty inne niż The Boeing Company (dalej jako „Boeing”);
- c. przedmiotem zamówienia ma być dostawa samolotu używanego oraz dwóch samolotów nowych (zamawiający odnosi się do poprzedniego postępowania oraz posługuje się liczbą pojedynczą pisząc o samolocie używanym oraz liczbą mnogą w przypadku maszyn nowych);
- d. przedmiotem dostawy ma być konkretny model samolotu: Boeing 737-800, co wynika z argumentacji dotyczących technicznych możliwości dostarczenia tego właśnie samolotu, którymi ma dysponować wyłącznie Boeing;
- e. sprecyzowania przedmiotu zamówienia - przez jego ograniczenie wyłącznie do maszyn Boeing 737-800 - zamawiający dokonał wyłącznie na podstawie ofert złożonych w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

6

Zamawiający w dniu 2 września 2016 r. opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii ogłoszenie o zamówieniu na „Dostawę samolotów „średnich” do przewozu najważniejszych osób w państwie (VIP)”; znak sprawy: IU/151/IX-34/ZON/COB/DOS/Z/2016).

Przedmiotem wskazanego wyżej postępowania była:

- 1) dostawa trzech samolotów „średnich”, w tym
 - a) jednego samolotu używanego w terminie do 15.11.2017;
 - b) dwóch samolotów nowych:
 - jednego samolotu w terminie do 15.11.2020,
 - jednego samolotu w terminie do 15.11.2021;
- 2) dostawa pakietu logistycznego i dokumentacji technicznej;
- 3) szkolenie personelu latającego (pilotów), operatorów systemów wyposażenia

specjalnego zabudowanego na samolotach nowych, personelu technicznego i pokładowego. W dniu 14 października 2016 r. do Inspektoratu Uzbrojenia wpłynęły cztery wnioski o udział w postępowaniu na samoloty „średnie”. Wnioski złożyli:

- 1) wspólnie: Glomex MS s.r.o. (Republika Czeska) z Lufthansa Technik AG (RFN)
- 2) Boeing (USA) Sformułowano: Angielski (Stany Zjednoczone)
- 3) Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o. (Polska)
- 4) wspólnie: Aerospace International Group s.r.o (Republika Słowacka) z „ASSA-POLAND” Zdzisław Kondrat (Polska).

Po dokonaniu weryfikacji wykonawców do fazy negocjacyjnej zaproszono Boeing oraz wspólnie Glomex i Lufthansa.

W dniu 20 lutego 2017 r., zgodnie z założonym harmonogramem postępowania, przekazano wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę samolotów „średnich” do przewozu najważniejszych osób w państwie (VIP) zaproszenie do składania ofert ostatecznych.

W prowadzonym postępowaniu na dostawę samolotów „średnich” obaj wykonawcy zaproponowali w ofertach wstępnych samoloty Boeing B737 (BBJ2 w wersji z salonem).

Po dokonaniu oceny złożonych ofert obie oferty podlegają odrzuceniu. Oferta firmy Boeing o wartości ok. 3,44 mld PLN brutto podlegała odrzuceniu ze względu na błędy formalno-prawne (oferta warunkowa - ważność oferty uwarunkowana była przez wykonawcę koniecznością dokonania zmian w zapisach umowy).

Oferta firmy Glomex s.r.o. o wartości ok. 2,66 mld PLN brutto podlegała odrzuceniu ze względu na błędy formalno-prawne (oferta warunkowa - ważność oferty uwarunkowana była przez wykonawcę koniecznością dokonania zmian w zapisach umowy), fakt, że nie została zabezpieczona wadium, a ponadto została złożona przez podmiot niezaproszony do składania ofert (uczestnikiem w postępowaniu było konsorcjum Glomex - Lufthansa Technik).

7

Z uwagi na brak ofert, które nie podlegałyby odrzuceniu, postępowanie zostało przez zamawiającego unieważnione.

Do unieważnionego postępowania, którego przebieg został zarysowany powyżej, zamawiający w bardzo wyraźny sposób odwołuje się w treści ogłoszenia opublikowanego w dniu 14 marca 2017 r. Odwołujący zatem uważa za zasadne przyjęcie, że przedmiotowy zakres zamówienia, którego zamawiający zamierza udzielić z wolnej ręki, pokrywa się, co do zasady, z postępowaniem uprzednio przez zamawiającego unieważnionym. W tym miejscu odwołujący przytoczył uzasadnienie zamawiającego zawarte w ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości ex ante. Odwołujący zauważył, że twierdzenia dotyczące konieczności „natychmiastowego wykonania zamówienia”, która to konieczność wynika z faktu unieważnienia poprzedniego przetargu, brzmią zaskakująco w konfrontacji z zakładanym terminem dostaw samolotów, zwłaszcza maszyn nowych (listopad 2020 r. i listopad 2021 r.).

Zamawiający odnosi się do poprzedniego postępowania również w zakresie samego zdefiniowania przedmiotu zamówienia i twierdzi, że tylko jeden typ samolotów może być zaofertowany tj. B737-800. Z czego odwołujący w wynioskował, że dla zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu sprowadza się do samolotu Boeing 737-800 w odpowiedniej wersji zabudowy i wyposażenia, zbieżnej z oczekiwaniami zamawiającego wyrażonymi w poprzednim postępowaniu. Zamawiający nie dopuszcza możliwości zaofertowania samolotu innego producenta.

Zasadność odwołania w niniejszej sprawie odwołujący wywodzi z następujących okoliczności, które zostaną rozwinięte w dalszej części uzasadnienia:

- i. zamawiający w sposób bezpodstawny, na podstawie fragmentarycznych danych przyjmuje, że jedynym samolotem możliwym do zaofertowania w postępowaniu, jest Boeing 737-800. Informacje w tej sprawie zamawiający czerpie wyłącznie z dwóch (!) ofert złożonych w poprzednim postępowaniu, oraz z informacji uzyskanych od firmy Boeing - która nie może być uznana za wiarygodne i obiektywne źródło.
- ii. wbrew dyspozycji art. 66 ust. 2 pkt 2 ustawy, zamawiający nie określa w czytelny sposób przedmiotu oraz wielkości zamówienia, którego dotyczy ogłoszenie z dnia 14 marca 2017 r. - dopiero analiza uzasadnienia uprawnia wniosek, że przedmiot zamówienia jest tożsamy z postępowaniem uprzednio prowadzonym przez zamawiającego.
- iii. bazując na powyższych założeniach (pkt. i.), zamawiający określa (z uwzględnieniem

specyfikacji postępowania z wolnej ręki) przedmiot zamówienia, wskazując bezpośrednio dostawę samolotów Boeing 737-800. Tym samym zamawiający narusza normy prawne wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy.

iv. ponieważ zamówienie z wolnej ręki stanowi odstępstwo nie tylko od zasady udzielania zamówienia w trybach podstawowych, ale stanowi jedyny tryb, w którym w żaden

8

sposób nie jest realizowana zasada konkurencyjności, gdyż ze swej istoty powoduje eliminację dostępności zamówienia dla wszystkich wykonawców funkcjonujących na rynku zamówień publicznych, z wyjątkiem tego jednego wykonawcy, którego wybór leży w gestii zamawiającego. Z tego z względu możliwość wyboru tego trybu ograniczona jest do okoliczności enumeratywnie wyliczonych w ustawie, kiedy udzielenie zamówienia w innych trybach jest niemożliwe lub zupełnie niecelowe, opisanych w art. 67 w postaci przesłanek, które nie podlegają wykładni rozszerzającej. - uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2011 r. KIO/KD 82/11. W tej samej uchwale wskazano, że „Z kompetencją (zamawiającego) do wskazania tego jedynego wykonawcy przez zamawiającego skorelowany jest ciężący na nim obowiązek wykazania zaistnienia przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki*"

v. Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie (wyrok TSUE z dnia 18.11.2004 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec (C-126/03)).

vi. zamawiający wskazał jako jedną z przyczyn udzielenia zamówienia z wolnej ręki fakt, że wyłącznie firma Boeing dysponuje mocami produkcyjnymi w zakresie samolotów Boeing 737-800. Tymczasem samolot ten nie jest jedynym modelem odpowiadającym potrzebom zamawiającego, co więcej - jest on oferowany (z tymi samymi terminami dostawy) również przez podmioty inne niż producent, firma Boeing.

vii. Odwołujący wskazał, że „Dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi bowiem wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. " — uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2014 r., KIO/KD 89/14.

viii. Jako drugą przesłankę udzielenia zamówienia z wolnej ręki zamawiający wskazał wyjątkową sytuację, niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego (unieważnienie postępowania), której nie mógł przewidzieć, ze względu na które wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia.

ix. Unieważnienie postępowania nie stanowi, w myśl orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej sytuacji nagłej i wyjątkowej - jest to zjawisko powszechnie spotykane w

9

praktyce zamówień publicznych, a ryzyko jej wystąpienia powinno być uwzględnione przez zamawiającego. Z powodu unieważnienia poprzedniego postępowania nie ma również potrzeby natychmiastowego wykonania zamówienia - które zresztą i tak będzie wykonane dopiero w perspektywie kilku kolejnych lat. Co więcej, rzeczywistym powodem dla którego prowadzone jest postępowanie, jest wycofanie z floty zamawiającego samolotów produkcji radzieckiej - co miało jednak miejsce w 2010 r.

x. w ocenie odwołującego nie istnieją obiektywne przesłanki, które uzasadniałyby wyłączenie konkurencji w sprawie zamówienia o wartości powyżej 3 mld zł. Nie można w tym zakresie powoływać się na harmonogram modernizacji zamawiającego, czy też ryzyko utraty środków finansowych. Odwołujący nie podzielił stanowiska zamawiającego, że nieudzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki doprowadzi do paraliżu w funkcjonowaniu najwyższych organów państwowych

- pomimo braku możliwości ich obsługi lotniczej ze strony zamawiającego już od 2010

r., organy te działają bowiem w sposób niezakłócony. Co więcej, poruszone przez zamawiającego okoliczności nie stanowią zdaniem odwołującego okoliczności obiektywnych - do których odwołują się przepisy ustawy, które w zakresie możliwości udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, muszą być interpretowane w sposób ścisły.

III. Możliwość realizacji zamówienia przez wykonawców innych niż Boeing a. Opis przedmiotu zamówienia

Jak odwołujący uważa, że wywiodł powyżej, na gruncie badanego postępowania zamawiający nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jawny, który byłby dostępny dla odwołującego. Tym samym w ocenie odwołującego doszło do naruszenia normy prawnej wynikającej z art. 66 ust. 2 pkt 2 ustawy - nie sposób bowiem uznać, że wskazanie nazwy postępowania („średnie samoloty do transportu najważniejszych osób w państwie”) stanowi i precyzyjną informację, czego dotyczy zamiar zamawiającego udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki.

Dopiero dokonując wykładni ogłoszenia zamawiającego z dnia 14 marca 2017 r. (Sekcja IV punkt 1.), opis przedmiotu zamówienia można zdaniem odwołującego odtworzyć jako zbieżny z poprzednim postępowaniem prowadzonym przez zamawiającego, z tym ograniczeniem, że dostarczany samolotem ma być maszyna Boeing 737-800.

Ograniczenie spektrum zainteresowania zamawiającego tylko do jednej maszyny, a nawet więcej — że ten model przekonanie, wyłącznie samolotu spełnia oczekiwania zamawiającego, jest przy tym, co wyraźnie podkreśla zamawiający, rezultatem doświadczeń na gruncie poprzedniego postępowania.

Odwołujący z całą stanowczością podkreślił, że nadużyciem jest twierdzenie zamawiającego, że to rynek zweryfikował potrzeby zamawiającego i obiektywnie przesądził, że ich zaspokojenie możliwe jest tylko w drodze dostawy samolotu Boeing 737-800.

10

Po pierwsze, zamawiający w sposób w ocenie odwołującego nieuprawniony przypisuje złożonym ofertom, że stanowią reprezentację całego rynku lotniczego. W unieważnionym postępowaniu - głównie na skutek czynności podejmowanych przez zamawiającego - wpłynęły bowiem tylko dwie oferty. Każdy z oferentów mógł zaoferować wyłącznie jeden typ samolotu - zamawiający nie ma zatem według odwołującego żadnych podstaw twierdzić, że dwie otrzymane przez niego oferty stanowią przegląd pozycji dostępnych na rynku lotniczym. W dalszej kolejności odwołujący zauważył, że zaoferowanie w unieważnionym postępowaniu samolotu Boeing 737-800, było decyzją biznesową wykonawców i nie oznacza, że żadna inna maszyna nie spełnia wymagań zamawiającego. Przykładowo wskazać można, że w kryteria zamawiającego wpisywał się samolot 319/320.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie wskazał, aby decyzja o ograniczeniu przedmiotu zamówienia do samolotu Boeing 737-800 była poparta jakimikolwiek działaniami zamawiającego zmierzającymi do rzeczywistego rozpoznania rynku - aprioryczny wybór konkretnego modelu samolotu został dokonany wyłącznie w oparciu o doświadczenia zebrane w toku wcześniejszego postępowania - a więc de facto w oparciu o informacje pochodzące od dwóch oferentów.

Odwołujący odwołał się do Kontroli Prezesa UZP, która dotyczyła wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na dostawę samolotu. W Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, z dnia 26 września 2016 r. UZP/DKD/WKZ/421/25(4) 16/UKUZ/16.

Podsumowując ten wątek odwołujący uznał, że zamawiający bezpodstawnie przyjął, że przedmiotem zamówienia może być wyłącznie samolot Boeing 737-800. Nie istnieją żadne obiektywne argumenty, przemawiające za ograniczeniem przedmiotu zamówienia wyłącznie do tego samolotu. W konsekwencji, zamawiający opisując przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konieczność zaoferowania Boeinga 737-800, dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy.

Zgodnie z uregulowaniami ustawy, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób:

- a) jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, przy czym
- b) przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać

przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a w wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny";

11

Przedmiot zamówienia powinien być określony w sposób precyzyjny i jednoznaczny, a jednocześnie w sposób maksymalnie zobiektywizowany. Dlatego ustawa odwołuje się w art. 30 do cech technicznych i jakościowych, za pomocą których należy określić przedmiot zamówienia. Ustawa zobowiązuje też zamawiającego do podania w wszelkich niezbędnych informacjach i wymagań co do przedmiotu zamówienia, nakazując przy tym zamawiającemu używać dokładnych i zrozumiałych dla wykonawców określeń. Nie oznacza to jednak opisanie konkretnego produktu, na co zwraca szczególną uwagę przepis art. 29 ust. 2 ustawy.

Nezależnie od zawartych w ustawie obowiązków zamawiającego przy określaniu przedmiotu zamówienia, uregulowania ustawy w prowadzą zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób czy konkretnego wykonawcę.

Na wyrmóg zachowania w prowadzonych postępowaniach zasad uczciwej konkurencji wielokrotnie zwracała uwagę Krajowa Izba Odwoławcza. Należy w tym miejscu odwołać się jedynie do kilku przykładów z bogatego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych potwierdzających zakaz opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W świetle art. 29 ust. 2 tej ustawy zamawiający jest ograniczony w swobodzie precyzowania swoich wymagań co do przedmiotu zamówienia przez szczegółowe określenie parametrów oczekiwanego towaru, a jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku, I Wydział Cywilny z dnia 8 lipca 2016 r., sygn. akt: I ACa 15/16).

Podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2016 r., sygn. akt: KIO 443/16. Z powyższych przepisów ustawy wynika zatem, że przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretny produkt lub konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby potencjalnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (podobnie - wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 9 listopada 2005 r., sygn. akt: II Ca 587/05; wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 25 stycznia 2008 r., sygn. akt: II Ca 693/05). (Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2015 r., sygn. akt: KIO/KD 27/15).

zamawiający zatem w ocenie odwołującego powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały konkretny wyrób albo konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt

12

ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić, oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt (wyr. ZA z: 23.4.2007 r., UZPZO/0-445/07, Legalis; 21.7.2006 r., UZPZO/0-2081/06, Legalis).

W dalszej kolejności wskazać należy, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a w wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". - vide uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO/KD 38/15). Odwołujący przyjął, że narusza zasady uczciwej konkurencji, a tym samym nie znajduje żadnego uzasadnienia wyrmóg zamawiającego co do zaoferowania w prowadzonym postępowaniu samolotów Boeing B737-800. zamawiający mógł bowiem opisać przedmiot

zamówienia w sposób jasny, precyzyjny i wyczerpujący posługując się określonymi parametrami technicznymi samolotu - co zresztą uczynił w poprzednim postępowaniu.

b. Możliwość wykonania zamówienia przez podmioty inne niż Boeing

Odwolujący wskazał, nie jest zgodne z prawdą założenie zamawiającego, że na gruncie postępowania w przedmiocie dostawy samolotów „średnich” do przewożenia najniższych osób w państwie, zamówienie było ograniczone wyłącznie do maszyn typu Boeing 737-800. Przy uwzględnieniu obiektywnych potrzeb i wymagań zamawiającego, możliwe było zaoferowanie również maszyn innych producentów. Oznacza to, że co najmniej producenci (lub dystrybutorzy) samolotów innych niż Boeing 737-800 mogą zrealizować zamówienie publiczne, z zachowaniem należytej jakości, oraz z uwzględnieniem planowanych terminów dostaw.

Uzasadniając zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, zamawiający wskazał na wyłączne prawo Boeinga dysponowania slotami produkcyjnymi samolotów B737-800, posiadanie swobody dysponowania ostatnimi dwoma slotami produkcyjnymi oraz gotowość zarezerwowania przedmiotowe.

W stosunku do tak zaprezentowanych wyjaśnień zamawiającego, odwołujący zwrócił uwagę na następujące okoliczności.

- i. Założenie, że z przyczyn technicznych tylko Boeing jest w stanie zrealizować zamówienie, jest pochodną informacji czerpanych wyłącznie od Boeinga.
- ii. możliwe jest złożenie oferty zgodnej z wymogami zamawiającego, w tym dotyczącej dostawy samolotów Boeing 737-800, przez podmioty inne niż Boeing.

13

iii. w zakresie w jakim uzasadnienie mówi o „założeniu natychmiastowego wykonania zamówienia”, nie znajduje ono odzwierciedlenia w założonych terminach dostaw — stąd argument związany z natychmiastową realizacją nie ma związku z realiami rozpatrywanej sprawy.

Zamawiający wychodzi z założenia, że tylko firma Boeing jest w stanie wykonać w terminie zamówienie, bazując na dwóch założeniach - które są nieprawidłowe.

Po pierwsze, przedmiotem dostawy może być samolot producenta innego niż Boeing - w takim przypadku jest oczywiste, że właśnie ten inny producent (lub dystrybutor) jest w stanie zrealizować zamówienie.

Natomiast nawet odnosząc się do dostawy samolotów Boeing 737-800 twierdzenie, że może je dostarczyć wyłącznie firma Boeing, jest bezpodstawne. Najlepiej według odwołującego świadczy o tym fakt, że w postępowaniu unieważnionym przez zamawiającego, samolot ten został zaoferowany również przez konkurenta firmy Boeing.

Również odwołujący jest zainteresowany realizacją zamówienia - i deklaruje możliwość dostarczenia samolotów zgodnych ze specyfikacją zamawiającego, w tym Boeinga 737-800, o czym zamawiający był informowany. Jako dowód odwołujący powołał własne pismo do zamawiającego. Zwrócił uwagę, że termin dostawy nowych maszyn, przewidziany na lata 2020 i 2021, umożliwia pozyskanie takich samolotów przez rozmaitych dystrybutorów - chociażby od podmiotów, na rzecz których zostały już zarezerwowane sloty produkcyjne w zakładach Boeing.

Szczególnie kuriozalne jest dla odwołującego natomiast powołanie się na ograniczenia natury technicznej - sprowadzające się do zarządzania produkcją przez firmę Boeing - w odniesieniu do maszyny używanej.

W wyroku z dnia 3 kwietnia 2014 r., KIO 529/14, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: podstawą zastosowania przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) jest szczególny charakter danego zamówienia powołujący, że może zostać ono zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, przy czym nie jest wystarczające wykazanie, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej bądź w najszerszym zakresie. Musi być on wykonawcą, który jest jako jedyny zdolny do realizacji danego zamówienia publicznego, a w zgledy techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia bez konieczności przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą mieć charakter zasadniczy, tak aby można było wykazać, że udzielenie zamówienia innemu wykonawcy jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe i że ta okoliczność ma charakter nieprzewidywalny. Zatem istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania

powyższego odwołujący uważa, że już sam fakt istnienia innego niż Boeing wykonawcy, który mógłby złożyć ofertę - a według odwołującego nie ulega wątpliwości, że tacy wykonawcy są, chociażby wykonawcy biorący udział w unieważnionym postępowaniu — uniemożliwia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Co więcej, oceniając kwestię przyczyn technicznych, które miałyby uzasadniać wyłączenie konkurencji, Krajowa Izba Odwoławcza nakazuje zamawiającym zachowanie szczególnej ostrożności. Szczególnie sceptycznie należy przy tym podchodzić do informacji i pochodzących od wykonawców: jak wskazano w uchwale KIO/KD 56/15 z dnia 29 października 2016 r. Podobne stanowisko znajduje potwierdzenie w stanowisku doktryny prawa zamówień publicznych - Prawo zamówień publicznych. Komentarz" P. Granecki, w wyd. C.H. Beck, Warszawa 2016 r. Powyższe potwierdza również wyr. KIO z 10.2.2011 r., KIO 153/11. , wyroki i uchwały wydane w sprawach KIO 82/11, KIO 1636/13, KIO/KD 7/14, KIO/KD 23/12.

Drugą z przesłanek, na które powołuje się zamawiający w ogłoszeniu z dnia 14 marca 2017 r., jest to, że „Unieważnienie postępowania, a co za tym idzie brak dostaw samolotów w zakładanych terminach, zaburza harmonogram kompleksowej odbudowy floty samolotów oraz ma negatywny wpływ na osiągnięcie przez SZ RP zakładanej zdolności operacyjnej do przewozu najważniejszych osób w państwie, co powoduje sytuację wyjątkową oraz ma wpływ na już podjęte działania w tym zakresie. W celu utrzymania realizacji kompleksowego harmonogramu osiągnięcia zdolności do przewozu najważniejszych osób w państwie- wobec nieprzewidzianego złożenia ofert podlegających odrzuceniu, mimo przeprowadzonych negocjacji - za zasadną należy uznać zatem konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, zwłaszcza związanego z dostawą samolotu „używanego”, utrzymaniem terminów dostaw samolotów „nowych”, programem szkolenia personelu oraz rozpoczętym procesem zmian organizacyjno-etatowych Sił Zbrojnych RP. Rozpoczęcie kolejnego postępowania, z zachowaniem ustawowych terminów (w tym skróconych) wplynie negatywnie, a w ręczni uniemożliwi realizację zadań przez najwyższe organy władzy państwowej”

Zgodnie z art. 131 h) ust. 6 pkt. 3 ustawy, zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia.

Przepis ten - analogiczny do art. 67 ust. 1 punkt 3 ustawy, zawiera szereg przesłanek, które muszą być spełnione kumulatywnie.

Jak wskazano w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 sierpnia 2014 r. (KIO/KD 70/14):

przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy ma zastosowanie do postępowań w szczytnych w przypadku nieprzewidywalnych zdarzeń, które powodują konieczność podjęcia natychmiastowego działania ze strony podmiotu zobowiązanego do stosowania ustawy, a jednocześnie zaistniała sytuacja nie pozwala na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem terminów przewidzianych dla trybów, które gwarantują zachowanie pełnej zasady konkurencyjności. Dopuszczalność powoływania się na przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 3 uzależniona jest od łącznego zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie warunków, między którymi powinien zachodzić związek przyczynowo-skutkowy oraz związek czasowy” Takie samo stanowisko wyraziła również Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 5 lutego 2015 r. KIO/KD 4/15.

Pierwszą z przesłanek stanowi zaistnienie wyjątkowej sytuacji - którą to sytuację, w ocenie zamawiającego, jest konieczność unieważnienia poprzedniego postępowania na dostawę średnich samolotów do przewozu najważniejszych osób w Państwie. W świetle utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, unieważnienie postępowania nie może jednak zostać uznane za wyjątkową sytuację, o której mowa w przepisie (zarówno 67 ust. 1 punkt 3 ustawy jak i 131 h) ust. 6 pkt. 3 ustawy.

W wyroku z dnia 18 września 2013 r. (KIO 2137/13) Izba wskazała, że zamawiający,

wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, winien uwzględnić wszystkie czynności i procedury z tym związane, w tym również możliwość korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Dwukrotne wniesienie odwołania w jednym postępowaniu nie jest niczym nadzwyczajnym i jest sytuacją z całą pewnością możliwą do przewidzenia. Analogiczne stanowisko powinno być zastosowane w odniesieniu do unieważnienia postępowania - które na gruncie praktyki udzielania zamówień publicznych, w tym również praktyki zamawiającego, nie jest zjawiskiem niespotykanym. W uchwale z dnia 27 lipca 2015 r. (KIO/KD 39/15), Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: Zdarzeniami, których nie można było wcześniej przewidzieć są zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. Nie można uznać za nieprzewidywalne działania lub zaniechania organów publicznych w przypadku, gdy realizacja danego zamówienia uzależniona jest od spełnienia pewnych dodatkowych obowiązków, np. uzyskania pozwolenia lub zatwierdzenia przez inne organy publiczne, które ponadto mogą czasami również wyznaczyć termin realizacji zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że potrzeba udzielenia zamówienia publicznego nie może być wywołana działaniem lub zaniechaniem organów państwa."

Trudno zatem w ocenie odwołującego uznać, aby unieważnienie postępowania było zdarzeniem losowym, którego nie mógł on przewidzieć. Również niezależność potrzeby unieważnienia postępowania od zamawiającego jest w rozważanym przypadku dyskusyjna -

16

obydwie oferty zostały odrzucone jako warunkowe, ponieważ uzależniały zawarcie umowy od dokonania zmian w jej projekcie. Można zatem przyjąć, że do zamawiającego docierały sygnały o konieczności modyfikacji projektu umowy - które to sygnały zostały zignorowane, czego pośrednim następstwem było unieważnienie postępowania.

Kolejną konieczną przesłanką jest konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia.

Odwolujący podkreślił, że przepisy ustawy mówią o natychmiastowym wykonaniu zamówienia, nie zaś zawarciu umowy. Różnica ta jest również zauważana i doceniana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 sierpnia 2014 r., KIO/KD 70/14 Izba podkreśla:

„Oprócz zaistnienia wyjątkowej sytuacji, która nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, ustawodawca wymaga również, aby sytuacji tej zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć, a w wystąpieniu okoliczności, których zamawiający nie mógł przewidzieć, musi powodować konieczność natychmiastowego (bezzwłocznego) wykonania zamówienia. Istotne jest przy tym odróżnienie przesłanki „pilności udzielenia zamówienia publicznego” od przesłanki „konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia”. Nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagają natychmiastowego ich wykonania. Potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia wynika najczęściej z konieczności przeciwdziałania lub usunięcia skutków nieprzewidywalnej sytuacji, która nie była przez zamawiającego zawiniona i której nie mógł on przeciwdziałać, a z powodu zaistnienia której zamawiający staje przed koniecznością natychmiastowego wykonania określonego rodzaju zamówienia

W tak zdefiniowaną potrzebę natychmiastowego wykonania zamówienia wpisują się przede wszystkim te sytuacje, w których konieczne jest natychmiastowe podjęcie działań niecierpiących zwłoki, w celu odwrócenia niebezpieczeństw grożących istotnym wartościom, takim jak zdrowie i życie ludzi, ochrona środowiska, czy szczególnie istotny interes społeczny.

Podobnie w wyroku z dnia 22 kwietnia 2015 r., KIO 691/15:

Odnosząc do powyższych rozważań sytuację faktyczną zamawiającego odwołujący wskazał, że nawet niezwłoczne zawarcie umowy, nie spowoduje natychmiastowego wykonania zamówienia - dostawy samolotów przewidziane są bowiem na listopad 2017, 2020 i 2021 r. - trudno zatem mówić o natychmiastowym wykonaniu.

Dodatkowo według odwołującego nie sposób stwierdzić, że nawet potencjalne opóźnienie w zakładanym harmonogramie dostaw, spowoduje zagrożenie dla „możliwości realizacji zadań przez najwyższe organy władzy państwowej” - skoro od 2010 r. z powodzeniem organy te wykonują wszystkie swoje obowiązki i uprawnienia, bez korzystania z samolotów do przewożenia najważniejszych osób w państwie. będących w zarządzie Ministerstwa Obrony.

17

Brak rządowych maszyn transportowych, oraz konieczność korzystania z samolotów udostępnianych przez przewoźnika cywilnego nie jest wreszcie sytuacją nową, nagłą i niespodziewaną - która wymuszałaby „natychmiastowy” zakup samolotów w trybie zamówienia z wolnej ręki. Stan ten utrzymuje się bowiem od 2010 r. i nawet przy planowej realizacji zamówienia, nie ulegnie zmianie w sposób „natychmiastowy” - wszak konieczne będzie jeszcze chociażby przeszkolenie i skompletowanie załóg itp. W tym kontekście kilkumiesięczna zwłoka w żaden sposób nie zagraża żadnemu interesowi publicznemu, który uzasadniałby wyłączenie trybu konkurencyjnego - zwłaszcza w kontekście zamówienia o wartości przekraczającej 3 mld zł.

Z treści ogłoszenia zamawiającego wynika, że bezpośrednią przyczyną wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki jest „zaburzenie harmonogramu kompleksowej odbudowy floty samolotów” oraz zagrożenie „wygaśnięcia części środków budżetowych przewidzianych na ten cel”. Pobudki takie, zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, nie uzasadniają udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Tak Izba w uchwale KIO/KD 69/15 z dnia 30 grudnia 2015 r. Jeżeli zatem przyjęty harmonogram odbudowy floty samolotów jest zagrożony z powodu unieważnienia poprzedniego postępowania, to nie jest to przesłanka do wyłączenia konkurencji. Do kwestii finansowych odnosi się z kolei uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 czerwca 2015 r. KIO/KD 35/15:

„Okoliczność upływu terminu na sfinansowanie określonej inwestycji czy przedsięwzięcia sama w sobie nie może stanowić o wypełnieniu się przesłanki konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia,”

Odwolujący powołał też uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2011 r., KIO/KD 3/11:

Podsumowując odwołujący stwierdził, że:

- > wybierając tryb zamówienia z wolnej ręki zamawiający działał w oparciu o założenia bazujące na niepełnej wiedzy, dodatkowo pochodzącej z nieobiektywnego źródła - od firmy Boeing,
- > przedmiotem zamówienia może być samolot inny niż Boeing 737-800,
- > wbrew wyrażnej dyspozycji art. 66 ust. 2 pkt 2, zamawiający w ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, nie opisuje przedmiotu zamówienia w sposób wystarczająco jednoznaczny, przez co odwołujący zmuszony jest do jego odwołania, bazując na poprzednim postępowaniu, do którego odnosi się zamawiający w treści ogłoszenia,
- > opis przedmiotu zamówienia nie powinien wskazywać na konkretny model samolotu, bowiem stanowi to naruszenie zasady konkurencji i zasad opisu przedmiotu zamówienia, wynikających z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy,

18

> zarówno w odniesieniu do innych maszyn, jak i w przypadku Boeinga 737-800 nie jest prawdą, że tylko firma Boeing dysponuje potencjałem technicznym umożliwiającym realizację zamówienia, zamawiający w tym zakresie bazuje na informacji pochodzącej bezpośrednio od Boeinga, która nie jest obiektywna i dokonuje przemilczenia pewnych okoliczności korzystnych dla konkurencji firmy Boeing,

> możliwość dostarczenia przedmiotu zamówienia przez wykonawców innych niż Boeing potwierdza chociażby przebieg poprzedniego postępowania prowadzonego przez zamawiającego,

> unieważnienie poprzedniego postępowania nie kreuje w zakresie transportu najważniejszych osób państwie sytuacji nowej i niespodziewanej - co najwyżej może skutkować nieznacznym przesunięciem w zmianie istniejącego stanu,

> zawarcie umowy z wolnej ręki nie może doprowadzić do natychmiastowego wykonania zamówienia, ponieważ zamawiający przewiduje odległe terminy realizacji.

W dniu 20 marca 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię.

W dniu 23 marca 2017r. The Boeing Company z siedzibą w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej w Chicago, Riverside 100 N zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść

zamawiającego, gdyż ewentualne uwzględnienie odwołania może doprowadzić do unieważnienia postępowania, a tym samym pozbawienia go korzyści w postaci zawarcia ważnej umowy. Mógłby ponieść szkodę związaną z utraconymi korzyściami, których nie mógłby osiągnąć, gdyby umowa nie została zawarta. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 marca 2017r. udzielonego przez wiceprezesa i zastępcę głównego radcy prawnego upoważnionego do działania w zgodzie z poświadczeniem zastępcy sekretarza. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 23 marca 2017r.

Sygn. akt KIO 525/17

W dniu 17 marca 2017r. Aerospace International Group s.r.o. z siedzibą w Republice Słowackiej, w Bratysławie wniósł odwołanie od czynności wyboru trybu postępowania – zamówienia z wolnej ręki oraz od wszczęcia i prowadzenia postępowania w tym trybie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 marca 2017r. udzielonego przez członka zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z wypisem z Rejestru Handlowego Sądu Powiatowego Bratysława I. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu w dniu 17 marca 2017r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

19

a) art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy w zw. z art. 131h ust. 6 pkt 1 ustawy w zw. z art. 10 ust. 2 ustawy przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, w sytuacji w której zamawiający nie wykazał ani przyczyn technicznych, ani okoliczności związanych z potrzebą ochrony praw wyłącznych, które powodowałyby, że zamówienie może zostać zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę;

b) art. 66 ust. 2 ustawy w zw. z art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy przez wskazanie w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy konkretnego produktu (modelu samolotu Boeing 737-800), przy równoczesnym braku jednoznacznego i wyczerpującego określenia wymagań stawianych przedmiotowi zamówienia, co prowadzi do uprzywilejowania konkretnego wykonawcy, podczas gdy istnieją inne produkty (samoloty) mogące odpowiadać uzasadnionym potrzebom Zamawiającego;

c) art. 10 ust. 2 ustawy przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, w sytuacji, w której nie zachodziły przewidziane przepisami przesłanki jego zastosowania;

d) art. 7 ust. 1 ustawy przez uprzywilejowanie producenta samolotów – Boeing, w szczególności przez określenie jako przedmiotu zamówienia modelu samolotu oferowanego przez tego producenta oraz oparcie się wyłącznie oświadczeniach Boeing w zakresie przyczyn technicznych uzasadniających zastosowanie trybu wolnego, czym uniemożliwiono innym wykonawcom ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym naruszona zasada konkurencji i równości szans;

e) art. 131h ust. 6 pkt. 3 ustawy w zw. z art. 10 ust. 2 ustawy przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, w której nie miało miejsce żadne niedające się przewidzieć zdarzenie losowe, niezależne od zamawiającego, które równocześnie powodowałoby konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, w szczególności zaś przez uznanie, że odrzucenie ofert w wszystkich wykonawców biorących udział w poprzednim postępowaniu, skutkujące jego unieważnieniem, stanowi taką okoliczność

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia postępowania i podjętych w nim czynności: wyboru trybu przez wszczęcie z wolnej ręki, postępowania procedury udzielenia zamówienia opublikowania ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki,

b) przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę samolotów średnich do przewozu najważniejszych osób w państwie w trybie przetargu ograniczonego lub przetargu ograniczonego,

c) zmiany ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w witrynie Ted.europa.eu/TED w dniu 14 marca 2017 r. pod numerem 2017/S 051- 094951 w zakresie trybu w jakim udzielone będzie zamówienie publiczne.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż zamierza uczestniczyć w przedmiotowym postępowaniu (art. 179 ust. 1 PZP). Wskutek zarzucanych

20

zamawiającemu naruszeń przepisów prawa odwołujący traci możliwość ubiegania się o zamówienie oraz traci możliwość pozyskania zamówienia. W konsekwencji, odwołujący doznaje szkody w postaci utraty możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne i utraty przychodów, i zysku z tytułu jej wykonywania. Wybór trybu postępowania przez w szczególności procedury udzielenia zamówienia z wolnej ręki narusza zasady konkurencji obowiązujące w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:

Ogłoszeniem z dnia 14 marca 2017 r., opublikowanym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr Dz. U/S 51 (94951-2017-PL) ("Ogłoszenie"), zamawiający poinformował o zamiarze udzielenia zamówienia na dostawę samolotów "średnich" do przewożenia najważniejszych osób w państwie ("przedmiot zamówienia"), w trybie zamówienia z wolnej ręki, na rzecz spółki The Boeing Company z siedzibą w Chicago ("Boeing"). W uzasadnieniu zastosowania ww. procedury negocjacyjnej udzielenia zamówienia, zamawiający wskazał, że jedynym typem samolotu spełniającym kryteria przedmiotu zamówienia jest typ samolotów B737-800 Boeing. Następnie, z powyższego, według odwołującego fałszywego założenia zamawiający wywodził, że jedynym podmiotem umożliwiającym dostawę przedmiotu zamówienia (czyli w rozumieniu zamawiającego - samolotu B737-800) jest Boeing, mianowicie z uwagi na fakt, że rzekomo jest on jedynym podmiotem dysponującym tzw. slotami produkcyjnymi przedmiotu zamówienia (samolotów B737-800) oraz jako ich producent posiada prawa wyłączne do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji, zamawiający wskazał, że Boeing z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz związanych z ochroną praw wyłącznych, jest jedynym wykonawcą, który będzie w stanie złożyć ofertę i zrealizować przedmiot zamówienia. Ponadto, zamawiający powołał się na unieważnienie poprzedniego postępowania konkurencyjnego dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia jako na wyjątkowe zdarzenie, którego nie mógł przewidzieć, a które spowodowało wystąpienie pilnej konieczności utrzymania założonego harmonogramu „kompleksowej odbudowy floty samolotów”, która gwarantować ma tylko Boeing.

Według odwołującego w zakresie przedmiotu zamówienia, z ogłoszenia bezpośrednio wynika bowiem tylko tyle, że przedmiotem zamówienia mają być dostawa samolotów "średnich" wraz z pakietem logistycznym, dokumentacją oraz szkoleniem personelu latającego, technicznego i pokładowego. Dalsze właściwości przedmiotu zamówienia pozostają zaś nieokreślone i z treści ogłoszenia zdaniem odwołującego można jedynie domniemywać, że dostarczane samoloty mają posiadać parametry wskazane przez zamawiającego w poprzednim postępowaniu konkurencyjnym, które toczyło się pod tą samą nazwą i również w przedmiocie dostarczenia samolotów "średnich" oraz dodatkowych usług i

21

dokumentacji. W ocenie odwołującego wymaga przy tym podkreślenia, że z samego porównania treści obecnego ogłoszenia oraz ogłoszenia zamieszczonego w ramach poprzedniego postępowania wynika, że aktualne ogłoszenie uniemożliwia pewne i jasne określenie przedmiotu zamówienia.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w ramach poprzedniego postępowania konkurencyjnego, w dniu 2 września 2016 r. w Dzienniku Urzędowym UE (znak sprawy:

w sposób wskazywało bowiem IU/151/DC-34/ZO/NZOIB/DOS/Z/2016), jasny że

przedmiotem zamówienia była:

1) dostawa trzech samolotów „średnich”, w tym

a) jednego samolotu używanego w terminie do 15.11.2017;

b) dwóch samolotów nowych:

- jednego samolotu w terminie do 15.11.2020,

- jednego samolotu w terminie do 15.11.2021;

2) dostawa pakietu logistycznego i dokumentacji technicznej;

3) szkolenie personelu latającego (pilotów), operatorów systemów wyposażenia specjalnego zabudowanego na samolotach nowych, personelu technicznego i pokładowego.

Co więcej, w poprzednim ogłoszeniu zawarte zostały szczegółowe informacje w zakresie chociażby zasięgu, certyfikatów, wyposażenia samolotu, liczby miejsc dla pasażerów, etc.

W aktualnym ogłoszeniu żadne dokładne dane nie zostały określone przez zamawiającego, który pozostawił je w sferze przypuszczeń i domniemań potencjalnych innych wykonawców.

Równocześnie zamawiający kategorycznie przesądził, że jedynym typem samolotu

spełniającym niewypowiedziane wprost w ogłoszeniu kryteria przedmiotu zamówienia jest Boeing 737-800.

W ten sposób zamawiający zdaniem odwołującego w istotny sposób utrudnił polemikę ze swoimi stwierdzeniami, w sposób, który w ocenie odwołującego samistnie narusza przepisy ustawy, a w szczególności zasady równości szans i uczciwej konkurencji. Zamawiający implicitnie wskazał bowiem przedmiot zamówienia przez wskazanie dokładnego produktu konkretnego, wybranego producenta, pomimo tego, że równocześnie nie jest wiadomym jakie właściwości tego konkretnego modelu powodują, że ma on jako jedyny spełniać wymagania przedmiotu zamówienia.

Wbrew kategoriicznemu stwierdzeniu zamawiającego, samolot typu Boeing 737-800 nie jest zaś wcale jedynym typem samolotu, który mógłby zostać zaadaptowany według potrzeb zamawiającego i dostarczony jako przedmiot zamówienia.

Opierając się bowiem na wymaganiach określonych przez zamawiającego w poprzednim ogłoszeniu, odwołujący jest w stanie wskazać inne samoloty pasażerskie "średnie" porównywalne pod względem parametrów technicznych czy wyposażenia do Boeinga 737-800, a które można zaadaptować do potrzeb zamawiającego, wyrażonych przez niego w

22

treści poprzedniego ogłoszenia o zamówieniu. Według wiedzy odwołującego takim samolotem, który mógłby zostać skutecznie zaoferowany jako przedmiot zamówienia jest chociażby Airbus ACJ A319/320. W grę wchodzić by mogły również samoloty produkowane przez koncern Embraer.

W ogłoszeniu zamawiający wskazał bowiem, że "rynek lotniczy zweryfikował wymagania zamawiającego w zakresie wyposażenia i osiągnięć samolotów, proponując tylko jeden typ samolotu", ponieważ "w odpowiedzi na wymagania zawarte w poprzednim postępowaniu konkurujący wykonawcy zaproponowali typ samolotów B737-800 produkowany przez Boeing".

Odwołujący wyjaśnił, że przywołanym przez zamawiającego poprzednim postępowaniu, złożone zostały cztery wnioski o udział w postępowaniu, przy czym do fazy negocjacyjnej zakwalifikowały się tylko dwa podmioty, uprawnione do złożenia oferty, to jest:

- 1) wspólnie: Glomex MS s.r.o. (Republika Czeska) z Lufthansa Technik AG (RFN)
- 2) Boeing (USA).

Obaj wykonawcy zaproponowali wówczas w ofertach wstępnych samoloty Boeing B737, które to oferty ostatecznie zostały odrzucone, a w rezultacie - postępowanie zostało unieważnione. Oferta firmy Boeing o wartości ok. 3,44 mld PLN brutto podlegała odrzuceniu ze względu na błędy formalno-prawne. Oferta firmy Glomex s.r.o. o wartości ok. 2,66 mld PLN brutto podlegała również odrzuceniu ze względu na błędy formalno-prawne.

W kontekście powyższego, z ogłoszenia wynika, że zamawiający w istocie nie przeprowadził rozpoznania sytuacji na rynku lotniczym, chociażby przez zebranie informacji od różnych producentów, do czego zobowiązany był w świetle przepisów ustawy. Zamawiający de facto przyjął, że rynek lotniczy w istocie stanowią tylko dwa podmioty, co jest zdaniem odwołującego całkowicie nieuprawnione.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający naruszył przepisy ustawy tworząc abstrakcyjny wymóg co do zaoferowania w prowadzonym postępowaniu samolotów Boeing B737-800 i równocześnie nie opisując właściwości przedmiotu zamówienia (choćby przez wskazanie osiągnięć i wyposażenia samolotów). Przedmiot zamówienia nie został bowiem określony w sposób precyzyjny i jednoznaczny, a zarazem maksymalnie zobiektywizowany.

Według odwołującego w orzecznictwie podkreśla się konieczność unikania w szelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób czy konkretnego wykonawcę, co ma gwarantować w prowadzonych postępowaniach zachowanie zasad uczciwej konkurencji. Manowicie wskazuje się między innymi, że:

- 1) z powołanych przepisów ustawy wynika zatem, że przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia w szelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretny produkt lub konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby potencjalnych

23

wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (podobnie -

wyroki Sądu Okręgowego w Lublinie z 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05; wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 25 stycznia 2008 r., sygn. akt II Ca 693/05). (Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2015 r., sygn. akt: KIO/KD 27/15).

2) Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia winien nie tylko dokonać opisu przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający mu uzyskanie spełnienia uzasadnionych potrzeb w tym zakresie, ale także ocenić możliwości rynku, czy tak dokonany opis nie doprowadzi do takiego utrudnienia wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom, iż tylko jeden z nich (lub ściśle ograniczony krąg) będzie w stanie sprostać postawionym wymaganiom. Dokonany opis nie może prowadzić do eliminacji wykonawców, którzy są w stanie - dając rękojmię, należytego wykonania zamówienia. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2016 r., sygn. akt: KIO 443/16).

W świetle powyższego, zamawiający w ogłoszeniu w ocenie odwołującego dopuścił się rażącego naruszenia przepisów, skoro wprost wskazał konkretny produkt, tym samym eliminując z postępowania szereg podmiotów z branży lotniczej. Postępowanie zamawiającego jest tym trudniejsze do zaakceptowania, że nie zostało oparte na gruntownej analizie rynku, tylko oparte na doświadczeniach z poprzedniego, unieważnionym postępowaniu, co należy według odwołującego uznać za niedopuszczalne. Stwierdzenie zamawiającego, że nie jest możliwa realizacja zamówienia przez wykonawców innych niż Boeing jest zdaniem odwołującego przede wszystkim wynikiem fałszywego założenia, że tylko jeden typ samolotu spełnia kryteria przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie zgodził się z rozumowaniem zamawiającego, że jeżeli w poprzednim postępowaniu konkurencyjnym dwóch dopuszczonych do niego oferentów, zaproponowało ten sam typ samolotu, to nie istnieje żaden inny model spełniający kryteria zamawiającego. W żadnym zaś wypadku, wcześniejsze trudności w udzieleniu zamówienia (konieczność unieważnienia poprzedniego postępowania), nie może zdaniem odwołującego uzasadniać całkowitego zaniechania po stronie zamawiającego w zakresie analizy rynku lotniczego. Następnie, nawet w razie przyjęcia, że przedmiotem zamówienia musiałby być określony typ samolotu, to Boeing nie jest jedynym podmiotem na rynku, który jest w stanie zaoferować go zamawiającemu, nawet przy uwzględnieniu dążenia zamawiającego do natychmiastowej realizacji zamówienia.

Przed wszystkim bowiem zdaniem odwołującego, Boeing z całą pewnością nie jest jedynym podmiotem, który jest w stanie realizować dostawę samolotów Boeing 737-800. Oczywiście jest bowiem, że obok Boeinga będącego, jak wskazuje zamawiający, producentem modelu 737-800, na rynku funkcjonują również pośrednicy w zakupie tego modelu, o czym świadczy chociażby to, że w poprzednim unieważnionym postępowaniu ten sam produkt co Boeing

24

zaoferowało konsorcjum Glomex - Lufthansa Technik, w dodatku - za - zdecydowanie niższą cenę.

Jak się wydaje, przyczyn technicznych uzasadniających zastosowanie trybu wolnej ręki, zamawiający upatruje głównie w rzeczywistości nie w rzeczywistej możliwości realizacji zamówienia tylko przez Boeing, a w tym, że Boeing gwarantuje jego natychmiastową realizację.

Ponadto, istnieje na rynku szereg podmiotów, które dysponują "slotami" dostawy samolotów (W tym samolotu Boeing-737 800) z bliskimi terminami realizacji dostawy samolotów, które po ich wyposażeniu zgodnie z wymogami postępowania mogłyby być zaoferowane zamawiającemu.

Przedstawione przez zamawiającego wnioski o to, że tylko Boeing jako właściciel dwóch ostatnich slotów produkcyjnych gwarantuje natychmiastową realizację zamówienia (nota bene wyłącznie w oparciu o twierdzenia Boeinga) jest zaś zdaniem odwołującego nieuprawnione, mając na uwadze funkcjonowanie rynku produkcji samolotów.

Ponownie odwołujący wskazał, że na rynku działają podmioty zajmujące się leasingiem slotów produkcyjnych, a zatem w rzeczywistości może być tak, że wykonawcy inni niż Boeing są w stanie szybciej niż Boeing - posiadający jak podkreślono w Ogłoszeniu ostatnie sloty - dostarczyć przedmiot zamówienia. Z ogłoszenia w ocenie odwołującego zdaje wynikać, że zamawiający nie jest świadomy tego zjawiska.

Zamawiający sygnalizuje również kwestie tego, że udzielenie zamówienia Boeingowi ma być uzasadnione prawami wyłącznymi Boeinga jako producenta. Nie jest jednak dla odwołującego jasne, do których praw zamawiający się odnosi, ani też w jaki sposób udzielenie zamówienia Boeingowi miałyby być podyktowane koniecznością ich ochrony.

Co więcej, ponownie, rozumowanie zamawiającego, co do przyczyn technicznych i związanych z ochroną praw wyłącznych nie jest poparte żadnymi argumentami wskazującymi na rozpoznanie rynku przed zdecydowaniem się na tak drastyczne ograniczenie konkurencji.

Odstępstwo od trybu postępowania umożliwiającego ubieganie się o udzielenie zamówienia jest w ocenie odwołującego tym bardziej rażące, że - po pierwsze - zamawiający uzasadnia informacjami przekazanymi wyłącznie od Boeinga, a więc podmiotu zainteresowanego w przedstawieniu sytuacji w korzystnym dla siebie świetle, które twierdzenia powinny zostać poddane wielopłaszczyznowej i skrupulatnej weryfikacji, a ponadto - następuje w odniesieniu do zamówienia, którego wartość wynosi kilka miliardów złotych.

W końcu, w świetle dotychczasowych warunków zamówienia przedstawianych przez Zamawiającego, twierdzenie Zamawiającego o tym, że zakłada natychmiastowe wykonanie zamówienia jest niezrozumiałe.

25

Zamówienia nowych samolotów miałyby bowiem zostać zrealizowane w terminach do połowy listopada 2020 oraz 2021 r. Z kolei w przypadku samolotu używanego, nie mają znaczenia posiadane przez Boeing sloty produkcyjne, co wynika również z treści Ogłoszenia, w którym Zamawiający wskazuje na posiadanie przez Boeinga dwóch potrzebnych slotów. W kontekście powyższych okoliczności, zastosowanie trybu wolnej ręki z powołaniem na ograniczenia natury technicznej oraz jak się wydaje - konieczność ochrony praw wyłącznych - jest całkowicie nieuzasadnione.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jednolicie podkreśla się, że zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy powinno mieć charakter wyjątkowy. Jak tą wyjątkowość rozumieć wyjaśnia uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2014 r., KIO/KD 89/14), a także wyrok NSA z 11 września 2000 roku, II SA 2074/00. Wokanda rok 2001, Nr 1, poz. 39. W ocenie Izby stanowisko wyrażone we wskazanych wyżej wyrokach zachowuje swoją aktualność również na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy – tak uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2014 r. KIO/KD 82/14, uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 października 2015 r. KIO/KD 56/15), uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2014 r. KIO/KD 72/14).

Ponadto, zgodnie z wytycznymi UZP, podstawę udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki nie zostały uznane w wcześniejsze trudności w udzieleniu zamówienia w trybie konkurencyjnym z uwagi na konieczność unieważnienia kolejnych postępowań ze względu na cenę oferty, czy też przyczyny formalne" (cytat za: P. Granecki. Komentarz Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Art 67., SIP Legalis 2017).

W związku z powyższym odwołujący ponownie wskazał, że:

- 1) zamawiający sztucznie przyjął, że nie ma innych wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia, zakładając w istocie monopol Boeinga na rynku właściwym z punktu widzenia realizacji zamówienia,
- 2) założenie zamawiającego, mające tak daleko idące konsekwencje dla ograniczenia nie było poprzedzone wymaganą analizą warunkowań i procesów konkurencji, gospodarczo-technologicznych na tym rynku, zaś zamawiający nie przeprowadził rozeznania rynku pod kątem innych wykonawców, zdolnych do wykonania zamówienia,
- 3) założenie to było oparte na konieczności unieważnienia poprzedniego postępowania oraz oświadczeniach podmiotu zainteresowanego, któremu w wyniku ich złożenia ma aktualnie zostać udzielone zamówienie,
- 4) zamawiający nie podał zatem żadnych obiektywnych, weryfikowalnych okoliczności, które można by uznać za uzasadnienie zastosowanego trybu zamówienia z wolnej ręki. Jak zdaje się odwołującemu wynikać z treści ogłoszenia, zamawiający uzasadnia zastosowanie trybu wolnej ręki ograniczeniami natury technicznej i powiązanymi z ochroną praw wyłącznych. Tym niemniej, jako, że zamawiający powołuje się również na konieczność

26

utrzymania realizacji kompleksowego harmonogramu, odwołujący podkreślił, że w żadnym wypadku w badanym postępowaniu nie zaszła wyjątkowa, sytuacja, niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego oraz nie do przewidywania uzasadniająca natychmiastowe wykonanie zamówienia.

W ogłoszeniu, zamawiający wskazał, że "w celu utrzymania realizacji kompleksowego harmonogramu osiągnięcia zdolności do przewozu najważniejszych osób w państwie- wobec nieprzebieganego złożenia ofert podlegających odrzuceniu, mimo przeprowadzonych negocjacji - za zasadną należy uznać zatem konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, zwłaszcza związanego z dostawą samolotu „używanego”, utrzymaniem terminów dostaw samolotów „nowych”, programem szkolenia personelu oraz rozpoczętym procesem zmian organizacyjno-etatowych Sił Zbrojnych RP”

Odwolujący wskazał, że unieważnienie poprzedniego postępowania w wyniku odrzucenia ofert nie kwalifikuje się jako zdarzenie nie do przewidzenia oraz wyjątkowe. Ryzyko odrzucenia ofert ze względów formalnych jest ryzykiem związanym z każdym postępowaniem, dlatego też w orzecznictwie wskazuje się między innymi, że:

1) "Zdarzeniami, których nie można było wcześniej przewidzieć są zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. (uchwała z dnia 27 lipca 2015 r., KIO/KD 39/15);

2) "Zamawiający, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, winien uwzględnić wszystkie czynności i procedury z tym związane, w tym również możliwość korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Dwukrotne wniesienie odwołania w jednym postępowaniu nie jest niczym nadzwyczajnym i jest sytuacją z całą pewnością możliwą do przewidzenia. Analogiczne stanowisko powinno być zastosowane w odniesieniu do unieważnienia postępowania - które na gruncie praktyki- udzielania zamówień publicznych, w tym również praktyki Zamawiającego, nie jest zjawiskiem niespotykanym" (wyrok z dnia 18 września 2013 r., KIO 2137/13)

Co więcej, zważywszy na przyczyny unieważnienia postępowania (odrzućenie ofert jako warunkowych) nie jest w ocenie odwołującego jednoznaczne, że było one nieuniknione i całkowicie niezależne od zamawiającego.

Następnie, jak w wyniku w ocenie odwołującego z ogłoszenia i jego powiązania z terminami realizacji poszczególnych dostaw wskazanych w poprzednim ogłoszeniu, zamawiający w istocie powołuje się na natychmiastową potrzebę udzielenia zamówienia, a nie natychmiastowego jego wykonania.

Różniczenie przesłanki "pilności udzielenia zamówienia publicznego" od przesłanki "konieczności natychmiastowego - wykonania zamówienia" ma zaś według odwołującego znaczenie kluczowe, ponieważ tylko natychmiastowość wykonania jako konsekwencja

27

okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć, uzasadniać może zastosowanie trybu w drugiej ręce. Powyższe znajduje potwierdzenie między innymi w następujących orzeczeniach:

uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2011 r., KIO/KD 3/11; uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 sierpnia 2014 r., KIO/KD 70/14.

W dniu 20 marca 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię.

W dniu 23 marca 2017r. The Boeing Company z siedzibą w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej w Chicago, Riverside 100 N zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż ewentualne uwzględnienie odwołania może doprowadzić do unieważnienia postępowania, a tym samym pozbawienia go korzyści w postaci zawarcia ważnej umowy. Mógłby ponieść szkodę związaną z utraconymi korzyściami, których nie mógłby osiągnąć, gdyby umowa nie została zawarta. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 marca 2017r. udzielonego przez wiceprezesa i zastępcę głównego radcy prawnego upoważnionego do działania w zgodzie z poświadczeniem zastępcy sekretarza. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 23 marca 2017r.

Sygn. akt KIO 546/17

W dniu 20 marca 2017r. wykonawca Altenrhein Aviation AG z siedzibą w Szwajcarii, w Altenrhein, Flughafenstrasse 11 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo załączone do odwołania udzielone przez członka zarządu i dyrektora zarządzającego zgodnie z przedłożonymi dokumentami

rejestrów ymri spółki Rejestru Handlowego Kantonu ST. Gallen. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 20 marca 2017r.

Odwolujący

Wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na wyborze trybu postępowania, wszczęciu oraz prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę samolotów „średnich” do przewozu najważniejszych osób w państwie” w trybie zamówienia z wolnej ręki, publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy z wolnej ręki z dnia 14 marca 2017 r.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy w zw. z art. 131h ust. 6 pkt 1 ustawy i art. 10 ust. 2 ustawy, przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w odniesieniu do

28

zamówienia publicznego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, w sytuacji gdy zamawiający nie wykazał przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które uzasadniałyby okoliczność, że dostawa może być zrealizowana tylko przez jednego wykonawcę. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, przez nieuzasadnione uprzywilejowanie producenta samolotów Boeing, polegające na przyjęciu z góry zamiaru udzielenia zamówienia producentowi samolotów Boeing, pomimo tego, że na rynku istnieją inni wykonawcy, mogący zrealizować zamówienie - którym uniemożliwiono przystąpienie do postępowania, wyłączając tym samym całkowicie możliwość konkurencji;

4. naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 ustawy przez wskazanie w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, że przedmiotem zamówienia jest samolot typu Boeing 737-800, podczas gdy brak jest przesłanek do stwierdzenia, że tylko tego typu maszyny odpowiadają uzasadnionym potrzebom zamawiającego;

5. naruszenie art. 131h ust. 6 pkt. 3 ustawy w zw. z art. 10 ust. 2 ustawy, przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, w której nie została zrealizowana hipoteza normy prawnej wynikającej z ww. przepisu, ponieważ w okresie od 2011 r. nie wydarzyła się żadna wyjątkowa sytuacja, niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, a która wymaga natychmiastowego wykonania zamówienia - w szczególności nie można rozpatrywać w tych kategoriach unieważnienia poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem unieważnienie postępowania nie jest w praktyce - w tym również w praktyce zamawiającego - sytuacją wyjątkową.

Odwolujący wskazał, że interes odwołującego doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy i dlatego żąda:

1. nakazania zamawiającemu unieważnienia postępowania i podjętych w nim czynności: wyboru trybu postępowania przez wszczęcie procedury udzielenia zamówienia z wolnej ręki, opublikowania ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki,
2. nakazania zamawiającemu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę samolotów „średnich” do przewozu najważniejszych osób w państwie w trybie przetargu ograniczonego lub przetargu nieograniczonego,
3. nakazania zamawiającemu zmiany ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w witrynie ted.europa.eu/TED w dniu 14 marca 2017 r. pod numerem 2017/S 051- 094951 w zakresie trybu w jakim udzielone będzie zamówienie publiczne.

Odwolujący wskazał, że posiada interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż zamierza uczestniczyć w przedmiotowym postępowaniu (art. 179 ust. 1 ustawy). W wyniku powyżej wskazanych naruszeń odwołujący nie ma możliwości ubiegania się o zamówienie oraz traci możliwość pozyskania zamówienia, a tym samym doznaje szkody w postaci utraty dochodów.

29

Odwolujący przytoczył identyczny stan faktyczny jak przywołany w sprawach sygn.. akt KIO 514/17 i KIO 525/17.

Na gruncie badanego postępowania zamawiający nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia bowiem uznać, że wskazanie nazwy postępowania („średnie samoloty do transportu najważniejszych osób w państwie”) stanowi konkretną i precyzyjną informację, czego dotyczy zamiar zamawiającego udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki.

Dopiero dokonując wykładni ogłoszenia zamawiającego z dnia 14 marca 2017 r. (Sekcja IV

punkt 1.), opis przedmiotu zamówienia należy odtworzyć jako zbieżny z poprzednim postępowaniem prowadzonym przez zamawiającego, z tym ograniczeniem, że dostarczany samolot ma być Boeing 737-800.

Ograniczenie zainteresowania zamawiającego tylko do jednej maszyny, a nawet w więcej w sposób jawny, który byłby dostępny dla odwołującego. Tym samym w ocenie odwołującego doszło do naruszenia normy prawnej wynikającej z art. 66 ust. 2 pkt 2 ustawy - nie sposób - przekonanie, że wyłącznie ten model samolotu spełnia oczekiwania zamawiającego, jest przy tym co wyraźnie podkreśla zamawiający, rezultatem doświadczeń na gruncie poprzedniego postępowania.

W tym miejscu odwołujący z całą stanowczością podkreślił, że nadużyciem jest twierdzenie zamawiającego, że to rynek zweryfikował potrzeby zamawiającego i obiektywnie przesądził, że ich zaspokojenie możliwe jest tylko w drodze dostawy samolotu Boeing 737-800.

Po pierwsze, zamawiający w sposób nieuprawniony przypisuje złożonym ofertom, że stanowią reprezentację całego rynku lotniczego. W unieważnionym postępowaniu głównym na skutek czynności podejmowanych przez zamawiającego - wpłynęły bowiem tylko dwie oferty. Każdy z oferentów mógł zaoferować wyłącznie jeden typ samolotu - zamawiający nie ma zatem żadnych podstaw twierdzić, że dwie otrzymane przez niego oferty stanowią przegląd pozycji dostępnych na rynku lotniczym.

Po drugie, zaoferowanie w unieważnionym postępowaniu samolotu Boeing 737-800, było decyzją biznesową wykonawców i nie oznacza, że żadna inna maszyna nie spełnia wymagań zamawiającego. Przykładowo wskazać można, że w kryteria zamawiającego wpisywał się samolotach Airbus 319/320.

Należy również podkreślić, że zamawiający nie wskazał, aby decyzja o ograniczeniu przedmiotu zamówienia do samolotu Boeing 737-800 była poparta jakimikolwiek działaniami zamawiającego zmierzającymi do rzeczywistego rozpoznania rynku. Wybór konkretnego modelu samolotu przez zamawiającego został dokonany wyłącznie w oparciu o doświadczenia zebrane w toku wcześniejszego unieważnionego postępowania, a więc w oparciu o informacje pochodzące od dwóch oferentów (w tym od producenta Boeinga). Podsumowując odwołujący wskazał, iż zamawiający bezpodstawnie przyjął, że przedmiotem zamówienia może być wyłącznie samolot Boeing 737-800. Nie istnieją żadne obiektywne

30

argumenty, przemawiające za ograniczeniem przedmiotu zamówienia wyłącznie do tego samolotu. W konsekwencji, zamawiający opisując przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konieczność zaoferowania Boeinga 737-800, dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy.

Zgodnie z uregulowaniami ustawy Prawo zamówień publicznych, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób:

- a) jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, przy czym
- b) przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a w wskazaniu takim towarzyszą wyrazy "lub równoważny";

Przedmiot zamówienia powinien być określony w sposób precyzyjny i jednoznaczny, a jednocześnie w sposób maksymalnie zobiektywizowany. Dlatego Prawo zamówień publicznych odwołuje się w art. 30 do cech technicznych i jakościowych, za pomocą których należy określić przedmiot zamówienia. Ustawa zobowiązuje też zamawiającego do podania wszelkich niezbędnych informacji i wymagań co do przedmiotu zamówienia, nakazując przy tym zamawiającemu używać dokładnych i zrozumiałych dla wykonawców określeń. Nie oznacza to jednak opisanie konkretnego produktu, na co zwraca szczególną uwagę przepis art. 29 ust. 2 ustawy.

Nezależnie od zawartych w ustawie obowiązków zamawiającego przy określaniu przedmiotu zamówienia, uregulowania ustawy w prowadzą zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które

wskazywałyby na konkretny wyrób czy konkretnego wykonawcę.

Na wyrmóg zachowania w prowadzonych postępowaniach zasad uczciwej konkurencji wielokrotnie zwracała uwagę Krajowa Izba Odwoławcza np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2016 r., sygn. akt: KIO 443/16, uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2015 r., sygn. akt: KIO/KD 27/15.

W świetle powyższego, zamawiający w ocenie odwołującego w ogłoszeniu dopuścił się rażącego naruszenia przepisów, skoro wprost wskazał konkretny produkt, tym samym eliminując z postępowania szereg podmiotów z branży lotniczej. postępowanie zamawiającego jest tym trudniejsze do zaakceptowania, że nie zostało oparte na gruntownej

31

analizie rynku, tylko oparte na doświadczeniach z poprzedniego, unieważnionym postępowaniu, co należy uznać za niedopuszczalne. zamawiający mógł bowiem opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny, precyzyjny i wyczerpujący posługując się określonymi parametrami technicznymi samolotu - co zresztą uczynił w poprzednim postępowaniu.

Nie jest zgodne z prawdą założenie zamawiającego, że na gruncie postępowania w przedmiocie dostawy samolotów „średnich” do przewozu najważniejszych osób w państwie, zamówienie było ograniczone wyłącznie do maszyn typu Boeing 737-800.

Przy uwzględnieniu obiektywnych potrzeb i wymogów zamawiającego, możliwe było zaoferowanie również maszyn innych producentów. Oznacza to, że co najmniej producenci (lub dystrybutorzy) samolotów innych niż Boeing 737-800 mogą zrealizować zamówienie publiczne, z zachowaniem należytej jakości, oraz z uwzględnieniem planowanych terminów dostaw.

Uzasadniając zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, zamawiający wskazuje:

„Boeing jest producentem samolotów B737 w wszystkich typów i wersji, właścicielem certyfikatów typu oraz wyłącznym właścicielem dokumentacji produkcyjnej samolotów bazowych. Przed wszczęciem postępowania zwrócono się do producenta samolotów B737-800 z szeregiem pytań, a uzyskane odpowiedzi wskazują, że Boeing ma wyłączne prawa do dysponowania slotami produkcyjnymi samolotów B737-800, posiada swobodę dysponowania ostatnimi dwoma slotami produkcyjnymi oraz gotowy jest zarezerwować przedmiotowe sloty produkcyjne dla SZ RP. Powyższe oznacza, że tylko firma Boeing z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz związanych z ochroną praw wyłącznych, jest jedynym wykonawcą, który przy założeniu natychmiastowego wykonania zamówienia będzie w stanie złożyć ofertę i zrealizować dostawy oraz nie istnieje inne rozsądne rozwiązanie alternatywne lub zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia”

W stosunku do tak zaprezentowanych wyjaśnień zamawiającego, odwołujący zwrócił uwagę na następujące okoliczności.

- i. Założenie, że z przyczyn technicznych tylko Boeing jest w stanie zrealizować zamówienie, jest pochodną informacji czerpanych wyłącznie od Boeinga.
- ii. Oprócz wyprodukowania samego samolotu konieczne jest wyposażenie maszyny w sposób wskazany przez zamawiającego, w tym w szczególności w szereg systemów, których zamontowanie wymaga współpracy Boeinga z innymi podwykonawcami.
- iii. Możliwe jest złożenie oferty zgodnej z wymogami zamawiającego, w tym dotyczącej dostawy samolotów Boeing 737-800, przez podmioty inne niż Boeing.
- iv. W zakresie w jakim uzasadnienie mówi o „założeniu natychmiastowego wykonania zamówienia”, nie znajduje ono odzwierciedlenia w założonych terminach dostaw - stąd

32

argument związany z natychmiastową realizacją nie ma związku z realiami rozpatrywanej sprawy.

Zamawiający wychodzi z założenia, że tylko firma Boeing jest w stanie wykonać w terminie zamówienie, bazuje na dwóch założeniach - które są nieprawidłowe

Po pierwsze, przedmiotem dostawy może być samolot producenta innego niż Boeing - w takim przypadku jest oczywiste, że właśnie ten inny producent (lub dystrybutor) jest w stanie zrealizować zamówienie.

Natomiast nawet odnosząc się do dostawy samolotów Boeing 737-800 twierdzenie, że może je dostarczyć wyłącznie firma Boeing, jest bezpodstawne. Najlepiej świadczy o tym fakt, że w

postępowaniu unieważnionym przez zamawiającego, samolot ten został zaoferowany również przez konkurenta firmy Boeing.

Ponadto, także odwołujący jest zainteresowany realizacją zamówienia - i deklaruje możliwość dostarczenia samolotów zgodnych ze specyfikacją zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że termin dostawy nowych maszyn, przewidziany na lata 2020 i 2021, umożliwia pozyskanie takich samolotów przez rozmaitych dystrybutorów - chociażby od podmiotów, na rzecz których zostały już zarezerwowane sioty produkcyjne w zakładach Boeing.

Odwołujący wskazał, że na rynku działają podmioty zajmujące się leasingiem slotów produkcyjnych, a zatem może się tak zdarzyć, że wykonawcy inni niż Boeing są w stanie szybciej niż Boeing - posiadający jak podkreślono w ogłoszeniu ostatnie sloty - dostarczyć Przedmiot Zamówienia. Z ogłoszenia zdaje wynikać, że zamawiający nie jest świadomy tego zjawiska.

Neuzasadnione jest również powołanie się na ograniczenia natury technicznej - sprowadzające się do zarządzania produkcją przez firmę Boeing - w odniesieniu do maszyny używanej.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 kwietnia 2014 r., KIO 529/14: „Podstawą zastosowania przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907) jest szczególny charakter danego zamówienia powodujący, że może zostać ono zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, przy czym nie jest wystarczające wykazanie, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej bądź w najszerszym zakresie. Musi być on wykonawcą, który jest jako jedyny zdolny do realizacji danego zamówienia publicznego, a w zgłędy techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia bez konieczności przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą mieć charakter zasadniczy; tak aby można było wykazać; że udzielenie zamówienia innemu wykonawcy jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe i że ta okoliczność ma charakter nieprzewidywalny. Zatem istnienie tylko jednego

wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania zamawiającego.” I dalej odwołujący powołał uchwałę z dnia 29 maja 2013 r. KIO/KD 48/13. W świetle powyższego, już sam fakt istnienia innego niż Boeing wykonawcy, który mógłby złożyć ofertę - a nie ulega wątpliwości, że tacy wykonawcy są chociażby wykonawcy biorący udział w unieważnionym postępowaniu - uniemożliwia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Co więcej, oceniając kwestię przyczyn technicznych, które miałyby uzasadniać wyłączenie konkurencji, Krajowa Izba Odwoławcza nakazuje zamawiającym zachowanie szczególnej ostrożności. Szczególnie sceptycznie należy przy tym podchodzić do informacji pochodzących od wykonawców - tak w uchwale KIO/KD 56/15 z dnia 29 października 2016 r. Powyższe znajduje również potwierdzenie w jednolitej linii orzecniczej Krajowej Izby Odwoławczej, która podchodzi do możliwości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w sposób bardzo restrykcyjny. Tytułem przykładu wskazać można na wyroki i uchwały wydane w sprawach KIO 82/11, KIO 1636/13, KIO/KD 7/14, KIO/KD 23/12.

Drugą z przesłanek, na które powołuje się zamawiający w ogłoszeniu z dnia 14 marca 2017 r., jest to, że „Unieważnienie postępowania, a co za tym idzie brak dostaw samolotów w zakładanych terminach, zaburza harmonogram kompleksowej odbudowy floty samolotów oraz ma negatywny wpływ na osiągnięcie przez SZ RP zakładanej zdolności operacyjnej do przewożenia najważniejszych osób w państwie, co powoduje sytuację wyjątkową oraz ma wpływ na już podjęte działania w tym zakresie. W celu utrzymania realizacji kompleksowego harmonogramu osiągnięcia zdolności do przewożenia najważniejszych osób w państwie - wobec nieprzewidywanego złożenia ofert podlegających odrzuceniu; mimo przeprowadzonych negocjacji - za zasadną należy uznać zatem konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, zwłaszcza związanego z dostawą samolotu „używanego”, utrzymaniem terminów dostaw samolotów „nowych”, programem szkolenia personelu oraz rozpoczęciem procesów zmian organizacyjno-etatowych Sił Zbrojnych RP. Rozpoczęcie kolejnego postępowania, z zachowaniem ustawowych terminów (w tym skróconych) w płynie negatywnie, a w ręcz uniemożliwi realizację zadań przez najwyższe organy władzy państwowej”

Zgodnie z art. 131 h) ust. 6 pkt. 3 ustawy, zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia. Przepis ten - analogiczny do art. 67 ust. 1 punkt 3 ustawy, zawiera szereg przesłanek, które muszą być spełnione kumulatywnie.

34

Jak wskazano w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 sierpnia 2014 r. (KIO/KD 70/14):

„Przepis art 67 ust 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm) ma zastosowanie do postępowań wszczynanych w przypadku nieprzewidywalnych zdarzeń, które powodują konieczność podjęcia natychmiastowego działania ze strony podmiotu zobowiązanego do stosowania ustawy, a jednocześnie zaistniała sytuacja nie pozwala na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem terminów przewidzianych dla trybów, które gwarantują zachowanie pełnej zasady konkurencyjności. Dopuszczalność powoływania się na przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 3 uzależniona jest od łącznego zaistnienia w wszystkich wymienionych w tym przepisie warunków; między którymi powinien zachodzić związek przyczynowo-skutkowy oraz związek czasowy” Takie samo stanowisko wyraziła również Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 5 lutego 2015 r. KIO/KD 4/15.

Pierwszą z przesłanek stanowi zaistnienie wyjątkowej sytuacji - którą to sytuacją, w ocenie zamawiającego, jest konieczność unieważnienia poprzedniego postępowania na dostawę średnich samolotów do przewozu najważniejszych osób w Państwie. W świetle utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, unieważnienie postępowania nie może jednak zostać uznane za wyjątkową sytuację, o której mowa w przepisie (zarówno 67 ust. 1 punkt 3 ustawy jak i 131 h) ust. 6 pkt. 3 ustawy tak w wyroku z dnia 18 września 2013 r. (KIO 2137/13), w uchwale z dnia 27 lipca 2015 r. (KIO/KD 39/15)

Trudno zdaniem odwołującego uznać, aby unieważnienie postępowania było zdarzeniem losowym, którego nie mógł on przewidzieć. Również niezależność potrzeby unieważnienia postępowania od zamawiającego jest w rozważanym przypadku dyskusyjna - obydwie oferty zostały odrzucone jako warunkowe, ponieważ uzależniały zawarcie umowy od dokonania zmian w jej projekcie.

Kolejną konieczną przesłanką jest konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Należy bardzo mocno podkreślić, że przepisy ustawy mówią o natychmiastowym wykonaniu zamówienia, nie zaś zawarciu umowy. Różnica ta jest również zauważana i podkreślana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 sierpnia 2014 r., KIO/KD 70/14. W potrzebę natychmiastowego wykonania zamówienia wpisują się przede wszystkim te sytuacje, w których konieczne jest natychmiastowe podjęcie działań niecierpiących zwłoki, w celu odwrócenia niebezpieczeństw grożących istotnym wartościom, takim jak zdrowie i życie ludzi, ochrona środowiska, czy szczególnie istotny interes społeczny - tak wyroku z dnia 22 kwietnia 2015 r., KIO 691/15.

Odnosząc do powyższych rozważań sytuację faktyczną zamawiającego odwołujący wskazał, że nawet niezwłoczne zawarcie umowy, nie spowoduje natychmiastowego wykonania

35

zamówienia - dostawy samolotów przewidziane są bowiem na listopad 2017, 2020 i 2021 r. - trudno zatem mówić o natychmiastowym wykonaniu.

Dodatkowo nie sposób stwierdzić, że nawet potencjalne opóźnienie w zakładanym harmonogramie dostaw, spowoduje zagrożenie dla „możliwości realizacji zadań przez najwyższe organy władzy państwowej” - skoro od 2010 r. z powodzeniem organy te wykonują wszystkie swoje obowiązki i uprawnienia, bez korzystania z samolotów do przewozu najważniejszych osób w państwie, będących w zarządzie Ministerstwa Obrony. Brak rządowych maszyn transportowych oraz konieczność korzystania z samolotów udostępnianych przez przewoźnika cywilnego nie jest wreszcie sytuacją nową, nagłą i niespodziewaną - która wymuszałaby „natychmiastowy” zakup samolotów w trybie zamówienia z wolnej ręki. Stan ten utrzymuje się bowiem od 2010 r. i nawet przy planowej realizacji zamówienia, nie ulegnie zmianie w sposób „natychmiastowy” - wszak konieczne

będzie jeszcze chociażby przeszkolenie i skompletowanie załóg itp. W tym kontekście kilkumiesięczna zwłoka w żaden sposób nie zagraża żadnemu interesowi publicznemu, który uzasadniałby wyłączenie trybu konkurencyjnego - zwłaszcza w kontekście zamówienia o wartości przekraczającej 3 mld zł.

Z treści ogłoszenia zamawiającego wynika, że bezpośrednią przyczyną wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki jest „zaburzenie harmonogramu kompleksowej odbudowy floty samolotów” oraz zagrożenie „wygaśnięcia części środków budżetowych przewidzianych na ten cel”. Pobudki takie, zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, nie uzasadniają udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki -vide uchwała KIO/KD 69/15 z dnia 30 grudnia 2015 r., uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 czerwca 2015 r. KIO/KD 35/15, uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2011 r., KIO/KD 3/11

Podsumowując zatem odwołujący stwierdził, że:

1. zamawiający w sposób bezpodstawny, na podstawie fragmentarycznych danych przyjmuje, że jedynym samolotem możliwym do zaoferowania w postępowaniu, jest Boeing 737-800. Informacje w tej sprawie zamawiający czerpie wyłącznie z dwóch ofert złożonych w poprzednim postępowaniu, oraz z informacji uzyskanych od firmy Boeing - która nie może być uznana za wiarygodne i obiektywne źródło.
2. Wbrew dyspozycji art. 66 ust. 2 pkt 2 ustawy, zamawiający nie określa w czytelny sposób przedmiotu oraz wielkości zamówienia, którego dotyczy ogłoszenie z dnia 14 marca 2017 r. - dopiero analiza uzasadnienia uprawnia wniosek, że przedmiot zamówienia jest tożsamy z postępowaniem uprzednio prowadzonym przez zamawiającego.
3. Bazując na powyższych założeniach (pkt. 1), zamawiający określa (z uwzględnieniem specyfiki postępowania z wolnej ręki) przedmiot zamówienia, wskazując bezpośrednio na

36

dostawę samolotów Boeing 737-800. Tym samym zamawiający narusza normy prawne wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy.

4. Ponieważ zamówienie z wolnej ręki stanowi odstępstwo nie tylko od zasady udzielania zamówienia w trybach podstawowych, ale stanowi jedyny tryb, w którym w żaden sposób nie jest realizowana zasada konkurencyjności, gdyż ze swej istoty powoduje eliminację dostępności zamówienia dla wszystkich wykonawców funkcjonujących na rynku zamówień publicznych, z wyjątkiem tego jednego wykonawcy; którego wybór leży w gestii zamawiającego. Z tego względu możliwość wyboru tego trybu ograniczona jest do okoliczności enumeratywnie wyliczonych w ustawie, kiedy udzielenie zamówienia w innych trybach jest niemożliwe lub zupełnie niecelowe, opisanych w art. 67 w postaci przesłanek, które nie podlegają wykładni rozszerzającej. - uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2011 r. KIO/KD 82/11.

5. Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie (wyrok TSUE z dnia 18.11.2004 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec (C-126/03)).

6. zamawiający wskazuje jako jedną z przyczyn udzielenia zamówienia z wolnej ręki fakt, że wyłącznie firma Boeing dysponuje mocami produkcyjnymi w zakresie samolotów Boeing 737-800. Tymczasem samolot ten nie jest jedynym modelem odpowiadającym potrzebom zamawiającego, co więcej - jest on oferowany (z tymi samymi terminami dostawy) również przez podmioty inne niż producent, firma Boeing.

7. „Da prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust 1 pkt 1 lit a ustawy nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi bowiem wykazać; iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona.” - uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2014 r., KIO/KD 89/14.

8. Jako drugą przesłankę udzielenia zamówienia z wolnej ręki zamawiający wskazuje

wyjątkową sytuację, niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego (unieważnienie postępowania), której nie mógł przewidzieć, że w zględu na które wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia.

37

9. Unieważnienie postępowania nie stanowi, w myśl orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej sytuacji naglej i wyjątkowej - jest to zjawisko powszechnie spotykane w praktyce zamówień publicznych, a ryzyko jej wystąpienia powinno być uwzględnione przez zamawiającego. Z powodu unieważnienia poprzedniego postępowania nie ma również potrzeby natychmiastowego wykonania zamówienia - które zresztą i tak będzie wykonane dopiero w perspektywie kilku kolejnych lat. Co więcej, rzeczywistym powodem dla którego prowadzone jest postępowanie, jest wycofanie z floty zamawiającego samolotów produkcji radzieckiej - co miało jednak miejsce w 2010 r.

10. Nie istnieją obiektywne przesłanki, które uzasadniałyby wyłączenie konkurencji w sprawie zamówienia o wartości powyżej 3 mld zł. Nie można w tym zakresie powoływać się na harmonogram modernizacji zamawiającego, czy też ryzyko utraty środków finansowych. Nie można w szczególności podzielić stanowiska zamawiającego, że nieudzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki doprowadzi do paraliżu w funkcjonowaniu najwyższych organów państwowych - pomimo braku możliwości ich obsługi lotniczej ze strony zamawiającego już od 2010 r., organy te działają bowiem w sposób niezakłócony. Co więcej, poruszone przez zamawiającego okoliczności nie stanowią okoliczności obiektywnych - do których odwołują się przepisy ustawy, które w zakresie możliwości udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, muszą być interpretowane w sposób ścisły.

W dniu 21 marca 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię.

W dniu 23 marca 2017r. The Boeing Company z siedzibą w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej w Chicago, Riverside 100 N zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż ewentualne uwzględnienie odwołania może doprowadzić do unieważnienia postępowania, a tym samym pozbawienia go korzyści w postaci zawarcia ważnej umowy. Mógłby ponieść szkodę związaną z utraconymi korzyściami, których nie mógłby osiągnąć, gdyby umowa nie została zawarta. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 marca 2017r. udzielonego przez wiceprezesa i zastępcę głównego radcy prawnego upoważnionego do działania w zgodzie z poświadczeniem zastępcy sekretarza. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 23 marca 2017r.

Zamawiający w dniu 27 marca 2017r. wniósł odpowiedź na odwołania wnosząc o ich oddalenie. Wskazał, że odwołanie każdego z odwołujących zasługuje na oddalenie w całości zarówno w zględów proceduralnych, jak i braku podstaw merytorycznych zgłoszonych żądań.

38

Zamawiający wskazał, że podstawą oddalenia odwołań każdego z odwołujących są następujące zarzuty zamawiającego:

1. brak interesu prawnego każdego z odwołujących w rozpatrzeniu przedmiotowej sprawy przez Izbę polegający na tym, że żaden z odwołujących nie stanie się stroną przyszłej umowy, której dotyczą odwołania, a nawet nie ma potencjalnej szansy, aby stroną tej umowy więc nie jest także w stanie wykazać własnej szkody związanej z niniejszym postępowaniem, co jest warunkiem koniecznym przyjęcia i rozpoznania przez Izbę każdego z odwołań.
2. Nieprawdziwość (niezgodność ze stanem faktycznym) zarzutów odwołujących, w zakresie próby wykazania, iż zamawiający w sposób nieuprawniony (i być może celowy) zawęził, a nawet wyłączył konkurencję ograniczając wybór samolotów do modelu Boeing 737-800.
3. Nieprawdziwość (niezgodność ze stanem faktycznym i prawnym) zarzutów odwołujących, w zakresie próby wykazania, iż zamawiający dokonał wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, z naruszeniem przepisów ustawy.

4. Nieprawdziwość (niezgodność ze stanem faktycznym i prawnym) zarzutów odwołujących, w zakresie próby wykazania, iż zamawiający nie opisał w wystarczający sposób przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu dotyczącym postępowania z wolnej ręki. Poniżej zamawiający odniósł się do każdej z podstaw prawnych uzasadniających oddalenie odwołań każdego z odwołujących:

W ramach wprowadzenia wskazał, że pozyskanie samolotów „średnich” do przewożenia najważniejszych osób w państwie, jest jednym z kluczowych elementów planu Rządu Rzeczypospolitej Polskiej mającego na celu zabezpieczenie transportu powietrznego najważniejszych osób w państwie (VIP), co zostało ujęte w dokumencie pn.: „Kompleksowa koncepcja zabezpieczenia transportu powietrznego najważniejszych osób w państwie VIP, zatwierdzona przez Ministra Obrony Narodowej dnia 13 czerwca 2016 r.

Jako dowód 1 powołał - Kompleksowa koncepcja zabezpieczenia transportu powietrznego najważniejszych osób w państwie (VIP).

W tym celu ustanowiony został, w ramach budżetu państwa, program wieloletni obejmujący budowę kompleksowej struktury organizacyjnej służącej zabezpieczeniu lotniczego transportu najważniejszych osób w państwie (VIP). Podstawą ww. programu wieloletniego, jest Uchwała nr 73 Rady Ministrów z dnia 30.06.2016 r.

Jako dowód 2 powołał - uchwała nr 73 Rady Ministrów z dnia 30.06.2016 r. w sprawie ustanowienia programu wieloletniego „Zabezpieczenie transportu powietrznego najważniejszych osób w państwie (VIP)” (MP. z 2016 r. poz. 604) - zwanego dalej „Programem”.

39

Podstawą merytoryczną, odnoszącą się do warunków technicznych samolotów „średnich” pozyskiwanych w ramach Programu, jest dokument pn. „Wymagania Taktyczno-Techniczne na samolot do przewożenia najważniejszych osób w państwie (VIP)”, który został zatwierdzony Szefa Sztabu Generalnego Wojska Polskiego w dniu 30 czerwca 2016 r.

Jako dowód nr 3 powołał - Wymagania Taktyczno-Techniczne na średni samolot do przewożenia najważniejszych osób w państwie VIP

Wewnętrzny akt wykonawczy resortu obrony narodowej dla realizacji procedury pozyskania samolotów do przewożenia najważniejszych osób w państwie, jest decyzja nr 1/Org/IIU Ministra Obrony Narodowej z dnia 18 sierpnia 2016 r. w sprawie procedury pozyskania samolotów do przewożenia najważniejszych osób w państwie (VIP).

Jako dowód 4 powołał - Decyzja nr 1/Org/IIU Ministra Obrony Narodowej z dnia 18 sierpnia 2016 r. w sprawie procedury pozyskania samolotów do przewożenia najważniejszych osób w państwie (VIP).

Podkreślenia w ocenie zamawiającego wymaga fakt, iż w wszystkie ww. dokumenty i decyzje na poziomie Rządu Rzeczypospolitej Polskiej, jak i w obrębie resortu obrony narodowej, poprzedzone zostały z jednej strony badaniem potrzeb władz w przedmiotowym zakresie, a z drugiej strony realnymi możliwościami istniejącymi na cywilnym rynku samolotów o zasięgu transatlantyckim zdolnych do transportu odpowiedniej ilości osób. W tym celu - jeszcze przed zatwierdzeniem ww. dokumentów — przedstawiciele resortu obrony narodowej odbyli szereg spotkań z producentami samolotów, aby ustalić realne możliwości odpowiedzi rynku lotniczego na uzasadnione potrzeby transportu powietrznego najważniejszych osób w państwie.

Jako dowód 5 powołał - Sprawozdanie ze spotkania z firmą Boeing z dnia 22.01.2016 r. wraz z materiałami z tego spotkania.

Jako dowód 6 powołał - Sprawozdanie ze spotkania z firmą Airbus z dnia 10.02.2016 r. wraz z materiałami z tego spotkania.

Następnie — już po zatwierdzeniu dokumentów będących podstawą dla Programu - przedstawiciele Inspektorat Uzbrojenia odbyli szereg spotkań z przedstawicielami producentów samolotów „małych”, jak i „średnich”, celem uzyskania dalszych informacji pozwalających na uruchomienie procedur przetargowych otwartych na jak najszerszy krąg potencjalnych dostawców (producentów i pośredników), mogących zaoferować samoloty odpowiadające przyjętej koncepcji przewożenia najważniejszych osób w państwie (VIP). Przedstawiciele Inspektoratu Uzbrojenia spotkali się w tym celu z przedstawicielami następujących firm:

- Bombardier (Kanada),
- Dassault Aviation (Francja),

- Boeing (USA),
- Airbus (Francja).

Jako dowód 7 powołał Sprawozdanie z udziału przedstawicieli Inspektoratu Uzbrojenia w Farnborough Airshow w Wielkiej Brytanii w dniach 10-13.07.2016 r.

Realizując postanowienia Uchwały Nr 73 Rady Ministrów z dnia 30.06.2016 r., we wrześniu 2016 r. Inspektorat Uzbrojenia wszczął dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę samolotów do przewozu najważniejszych osób w państwie.

Postępowanie na dostawę samolotów „małych” prowadzono w trybie przetargu

W nieograniczonego zakresie samolotów „średnich”, prowadzono postępowanie przetargowe w trybie negocjacji z ogłoszeniem, tj. w trybie pozwalającym z jednej strony jak najszerzej otworzyć dostęp do przetargu dla potencjalnych zainteresowanych, a z drugiej strony pozwalający na negocjacje w zakresie ofert wstępnych.

W toku tego postępowania - jeszcze przed złożeniem ofert wstępnych - spłynęło do zamawiającego szereg pytań i wniosków dotyczących samolotów średnich. Pytającymi byli zarówno producenci samolotów, jak i pośrednicy. Zamawiający odpowiadał na wszystkie pytania i uwzględnił szereg wniosków, w tym wniosek firmy Airbus (producenta samolotów) o przesunięcie terminu na składanie ofert wstępnych.

Jako dowód 8 powołał Zestawienie pytań przysłanych do zamawiającego przed terminem składania ofert wstępnych.

Jako dowód 9 powołał Pismo Inspektoratu Uzbrojenia z dnia 30.09.2016 r. (nr wych. IX/11507/16) zawierające przykładowe odpowiedzi dla podmiotów zainteresowanych postępowaniem przetargowym, w tym zgodę na przesunięcie terminu składania ofert wstępnych, zaproponowaną przez firmę Airbus.

Podsumowując ten wątek wyjaśnień zamawiającego, podkreślił on, że nie jest prawdą, iż zamawiający działał bez dokładnej analizy rynku zawężając konkurencję jedynie do oferty firmy Boeing. Wręcz przeciwnie zamawiający badał cały rynek, prowadził działania ukierunkowane na dopuszczenie do udziału w przetargu jak największą ilość podmiotów i nie wykluczał żadnego podmiotu. Jest to w jego ocenie istotna konstatacja dla oceny późniejszych działań zamawiającego w postępowaniu z wolnej ręki, co zostało szczegółowo opisane poniżej.

Wnioski o udział w postępowaniu konkurencyjnym (negocjacje z ogłoszeniem), złożyły cztery podmioty:

- a) The Boeing Company,
- b) wspólnie: Glomex MS s.r.o. i Lufthansa Technik,
- c) Megmar Logistics & Consulting,
- d) wspólnie Aerospace International Group s.r.o. i ASSA-POLAND Zdzisław Kondrat.

Weryfikacja podmiotowa wykazała, że do udziału w dalszej części postępowania może zostać zakwalifikowanych dwóch uczestników:

- a) The Boeing Company,
- b) wspólnie Glomex MS s.r.o. i Lufthansa Technik.

Oba podmioty zaproponowały samoloty Boeing 737-800 (BBJ2), co zdaniem zamawiającego ważne maszyna ta została zaproponowana także przez pośrednika w sprzedaży samolotów.

Niestety, mimo wielu deklaracji dalszego udziału w postępowaniu i chęci zawarcia umowy zamawiającym oraz mimo szeregu dostosowań pierwotnych oczekiwań zamawiającego do realiów rynku cywilnego, złożone oferty („ostateczne”) obu podmiotów podlegały odrzuceniu. Zamawiający podkreślił, że poprzednie postępowanie otwarte było na każdego z wykonawców, którzy chcieli wziąć w nim udział, a przed jego wszczęciem oraz w jego trakcie zamawiający udzielał szczegółowych i kompleksowych odpowiedzi każdemu zainteresowanemu oraz w zakresie dozwolonym przepisami prawa, dostosowywał swoje wymagania do realiów cywilnego rynku lotniczego.

Jednakże, w obec złożenia dwóch nieprawidłowych ofert w tak dużym, ważnym (dla obu stron przyszłej umowy) postępowaniu zamawiający zmuszony został do oceny możliwości prawnych w zakresie kontynuacji realizacji Programu, który bez elementu pozyskania

samolotów średnich we właściwym czasie, zostałyby zagrożony, co z kolei spowodowałoby dalsze, znaczne straty Skarbu Państwa w zakresie kosztów przygotowań międzyresortowych do realizacji Programu. Zamawiający podkreślił, że Program (a wcześniej przygotowanie do jego wdrożenia), to przedsięwzięcie złożone z uwagi na wielość zaangażowanych podmiotów i instytucji, które wykraczają poza działalność jednego resortu, a pozyskanie samych maszyn jest - niezwykle istotnym, ale nie jedynym - elementem tego złożonego procesu. Realizacja całego Programu wymaga bowiem zsynchronizowania w czasie szeregu procesów budżetowych i logistycznych, jak w szczególności:

- a) pozyskanie floty samolotów „małych” i „średnich”,
- b) przygotowanie infrastruktury lotniskowej (budowa hangarów, zakup dodatkowego oprzyrządowania),
- c) przygotowanie kadry (wdrożenie obecnie kupowanych samolotów oraz maszyn, które już kupiono, wymaga utworzenia przeszło 230 etatów w 1. Bazie Lotnictwa Transportowego na Okęcie w Warszawie),
- d) przygotowanie zakładów obsługowych do eksploatacji samolotów (kadra, infrastruktura, etc),
- e) wdrożenie odpowiednich instrukcji HEAD oraz innych procedur (poza resortem obrony narodowej) związanych z transportem powietrznym VIP.

Pierwotny harmonogram realizacji Programu oraz jego modyfikacja polegająca na przesunięciu w czasie poszczególnych etapów - dokonana wyłącznie na wniosek i w związku

42

z działaniami potencjalnych wykonawców - zobrazowana została graficznie w wykresie zawartym w dowodzie nr 10.

Jako dowód 10 powołaj - Graficzna prezentacja przebiegu procedury zakupu samolotów „małych” i samolotów „średnich”.

Zamawiający stwierdził, że brak jest interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia i brak ewentualnej szkody po stronie każdego z odwołujących:

Zaprezentowany powyżej opis szerokiego badania rynku i otwartości zamawiającego na wszystkich potencjalnych wykonawców - zarówno producentów, jak i pośredników - nie pozostaje, zdaniem zamawiającego, bez znaczenia dla oceny roli i intencji odwołujących w niniejszej sprawie.

W kontekście interesu prawnego we wniesieniu odwołań i potencjalnej szkody odwołujących, sytuacja prawna odwołującego nr 2 (Aerospace International Group s.r.o.), jest odmienna od sytuacji prawnej odwołujących nr 1 i 3. Z tego też powodu, odmienną tą zamawiający przedstawił w pierwszej kolejności a argumenty dotyczące wspólnie braku interesu prawnego i potencjalnej szkody wszystkich odwołujących - w rozumieniu art. 179 ustawy - zostaną przedstawione w kolejnej sekcji (2.2.) odpowiedzi.

Aerospace International Group sro w odwołaniu wskazała, że zamierza brać udział w procedurze przetargowej będącej wynikiem przedmiotowego odwołania, a na skutek domniemych naruszeń prawa przez zamawiającego, odwołujący ten traci możliwość ubiegania się o zamówienie i jego zyskanie, czego efektem z kolei jest szkoda w postaci utraconych korzyści i zysku z realizacji takiego zamówienia. Twierdzenie Aerospace International Group s.r.o. jest zdaniem zamawiającego całkowicie chybione i odwołujący ma tego świadomość, brał bowiem udział w poprzednim postępowaniu (negocjacje z ogłoszeniem) w sprawie zakupu samolotów do przewozu najważniejszych osób w państwie (VIP). Z postępowania tego zostaj jednak wykluczona na podstawie art. 131e ust. 5 ustawy jako wykonawca: podstawą w poprzednim postępowaniu była informacja skierowana do zamawiającego przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego, że wykonawca Aerospace International Group działający ówczesnie w konsorcjum, wypełnia dyspozycję przepisu art. 131e ust. 5 ustawy.

Od czynności wykluczenia. Aerospace International Group s.r.o. wniosła odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, w dniu 29.12.2016 r. - która wyrokiem w sprawie KIO 2394/16 - oddaliła odwołanie w.w. spółki, a orzeczenie to stało się prawomocne.

Jako dowód 11 powołaj: Opis wyroku KIO z dnia 29.12.2016 t. w sprawie KIO 2394/16.

Zamawiający działając z ostrożności, - wobec oświadczenia Aerospace International Group s.r.o. w odwołaniu, że spółka zamierza ubiegać się o to zamówienie - zamawiający wystąpił w dniu 20 marca 2017r. do Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego z pytaniem czy przesłanki wykluczenia tego wykonawcy z postępowania istnieją nadal? Służba

43

Kontrwywiadu Wojskowego potwierdziła aktualność przesłanek wykluczenia z postępowania spółki Aerospace International Group s.r.o.

Jako dowód 12 powołał pismo od Szefa Inspektoratu Uzbrojenia do Szefa Służby

Kontrwywiadu Wojskowego z dnia 20 marca 2017r. (nr wych. K/3450/17).

Jako dowód 13 powołał pismo Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego do Szefa

Inspektoratu Uzbrojenia z dnia 20.03.2017 r. (nr wych. DK.Wych/ZE-378/2017).

Powyższe zdaniem zamawiającego jednoznacznie rozstrzyga, że spółka Aerospace International Group s.r.o. podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenia zamówienia na samoloty „średnie do przewozu najważniejszych osób w państwie (VIP), a tym samym nie posiada interesu prawnego w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie, bo nie istnieje ryzyko szkody po stronie tego odwołującego, bo nie ma szansy dostać zamówienia. Zwrócił uwagę, że przesłanka wykluczenia z postępowania na podstawie art. 131e ust. 5 ustawy obliuguje zamawiającego do wykluczenia takiego wykonawcy, a nie jest przesłanką fakultatywną.

Wobec powyższego, wszelkie oświadczenia i zarzuty spółki Aerospace International Group s.r.o. dotyczące domniemanego, nieuprawnionego wykluczenia z możliwości ubiegania się o zamówienie - w tym dotyczące domniemanej szkody, która miałaby się z tym wiązać w ocenie zamawiającego należy uznać za całkowicie nieuprawnione.

Co do pozostałych odwołujących zamawiający wskazał, że ma podstawy do uznania, iż odwołania każdego z odwołujących zasługują na oddalenie

Tak Jet Business International jak i Altenrhein Aviation AG) nie brało udziału, ani nie interesowało się w żaden sposób długotrwałym - otwartym dla każdego zainteresowanego - procesem pozyskania samolotów. Zamawiający zwrócił uwagę, że nie brali nawet pośrednio udziału w trybie konkurencyjnym. Wykonawcy ci nie tylko nie złożyli ofert w procedurze negocjacji z ogłoszeniem, ale nawet nie zadawali jakichkolwiek pytań przed terminem składania ofert wstępnych podczas, gdy informacja o postępowaniu zamawiającego była powszechnie dostępna. Sam fakt braku zainteresowania niedawnym, szeroko otwartym i upublicznionym postępowaniem zamawiającego nie stanowi samodzielnie okoliczności obciążającej obu odwołujących, ale jest jedną z ważnych przesłanek do oceny prawnej dalszego postępowania obu firm.

Otóż zdaniem zamawiającego, analiza treści obu odwołań (The Business International Corp i Altenrhein Aviation AG) wskazuje jednoznacznie, że wykonawcy ci — będący na rynku konkurentami — weszli w bezprawne porozumienie, którego celem jest stordowanie postępowania zamawiającego na rzecz przyszłych korzyści dla siebie lub dla podmiotu trzeciego, z pokrzywdzeniem spółki The Boeing Company przy jednoczesnym naruszeniu, zarówno zasad konkurencji, jak i dobrych obyczajów kupieckich.

Zamawiający wywodzi w w. zarzut z następujących przesłanek i dowodów:

44

1. Analiza treści obu odwołań (The Business International Corp i Altenrhein Aviation AG) wskazuje wprost, że autorem obu odwołań, jest jedna osoba. Są to pisma niemal identyczne, a jedyne zmiany polegają na korektach edycyjnych jak np. zmiana numeracji, zamiana kolejności poszczególnych akapitów oraz inne działania, które miały za zadanie zamaskować identyczność treści pism. Bezsprzecznie jednak pisma te pochodzą od jednego autora i są identyczne tak dalece, że powielają nawet swoje błędy oraz zakres tekstu wyróżnionego pogrubioną czcionką.

Jako dowód 14 powołał - Odwołanie The Business International Corp z oznaczeniem kolorami części wspólnych w stosunku do odwołania Altenrhein Aviation AG.

Jako dowód 15 powołał - Odwołanie Altenrhein Aviation AG z oznaczeniem kolorami części wspólnych w stosunku do odwołania The Business International Corp.

2. Oba podmioty to mikro-firmy zajmujące się, albo serwisem małych samolotów (Altenrhein Aviation AG) albo pośrednictwem w sprzedaży samolotów (The Business International Corp), bez żadnego doświadczenia w obszarze, który wymagany jest przez zamawiającego.

Prezentowana w odwołaniu jako duży międzynarodowy pośrednik firma The Business International Corp, wskazała w korespondencji do zamawiającego, że zatrudnia 11 osób licząc łącznie z jej właścicielem i sekretarką. Wskazane doświadczenie tej firmy, to sprzedaż niewielkiej liczby starych samolotów. Podobnie, z informacji widniejących na stronie

Altenrhein Aviation AG wynika, że specjalizuje się ona w serwisie małych lub bardzo małych prywatnych samolotów i nie posiada doświadczenia, ani zasobów w zakresie działalności, która jest niezbędna do realizacji zamówienia objętego niniejszą skargą.

Jako dowód 16 powołał - Propozycja ofertowa The Business International Corp dla Rządu Rzeczypospolitej Polskiej.

Jako dowód nr 17 powołał - Wydruk ze strony internetowej Altenrhein Aviation AG

3. Co zdaniem zamawiającego ważne, oba podmioty nie wykazywały dotychczas żadnego zainteresowania niedawnym przetargiem obejmującym tę samą dostawę samolotów „średnich”. Nie zadawały jakichkolwiek pytań, nie złożyły ofert wstępnych.

4. Niezależnie od identyczności odwołań The Business International Corp i Altenrhein Aviation AG zamawiający zwrócił uwagę, że trzecie odwołanie (Aerospace International Group s.r.o.) — jakkolwiek mniej zbliżone z pozostałymi - przywołuje dokładnie to samo orzecznictwo (w tym dokładnie te same tezy orzeczeń), co oba pozostałe odwołania.

Zamawiający stoi na stanowisku, iż jest to dowód na to, że wszystkie trzy odwołania są de facto jedynym skoordynowanym - i opartym na bezprawnym porozumieniu - działaniem bądź samych odwołujących, bądź podmiotu trzeciego, na rzecz którego działają. Trudno sobie zamawiającemu wyobrazić, że spośród wielu tysięcy orzeczeń występujących w obrocie, trzeci z odwołujących przywołał dokładnie te same orzeczenia i tezy w swoim odwołaniu, co

45

odwołujący wobec których zarzut bezprawnego porozumienia jest zdaniem zamawiającego jednoznacznie zasadny i udowodniony.

Jako dowód 18 zamawiający powołał - Odwołanie Aerospace International Group s.r.o. z graficznym oznaczeniem elementów wspólnych z pozostałymi odwołaniami.

Zamawiający wskazał, jego zdaniem występujący zakres naruszeń prawa konkurencji przez odwołujących:

Działania odwołujących mogą z dużym prawdopodobieństwem - zdaniem zamawiającego - naruszać zasady konkurencji skonkretyzowanych w następujących przepisach prawa:

- art. 6 ust. 1 ab initio oraz art. 6 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 229), które stanowią, że:

„Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym polegające w szczególności na:

[...] 6) ograniczeniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem”,

art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), które stanowią, że:

Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Czynami konkurencji są w szczególności: w prowadząc w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, w prowadząc w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa także nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladowanie produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniące funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym

Zamawiający wskazał też na brak interesu prawnego i potencjalnej szkody odwołujących na gruncie prawa zamówień publicznych:

Mając na uwadze powyższy stan faktyczny i prawny, zamawiający stoi na stanowisku, że wobec wszystkich odwołujących — ze szczególnym uwzględnieniem The Business International Corp i Altenrhein Aviation AG - zachodzi przesłanka wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

20) wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.”

46

Co ważne w ocenie zamawiającego, przesłanka ta wyklucza odwołujących z potencjalnego postępowania, które zostałyby wszczęte w wyniku uznania, że zamawiający ma dokonać ponownego wyboru trybu zamówienia. Oznacza to, że wszyscy odwołujący nie są w stanie wykazać, ani interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, ani ewentualnej szkody po swojej stronie. To z kolei czyni bezzasadnym także z ich odwołań.

Zamawiający podniósł również brak ochrony prawnej żądań odwołujących na gruncie prawa cywilnego:

Podkreślił, że niezależnie od ww. przesłanki wynikającej zprost z przepisów ustawy (tj. art. 24 ust. 1 pkt 20), działania odwołujących - w szczególności The Business International Corp i Altenrhein Aviation AG - polegające na bezprawnym wejściu porozumienie między uczestnikami tego samego rynku (konkurentami) i usiłowanie działania na szkodę innego konkurenta, a także na szkodę porządku prawnego, stanowi uprawnienie dla tui. Izby do zastosowania art. 5 Kodeksu cywilnego (w związku z ww. przepisami ustaw prawa konkurencji). Przepis art. 5 k.c. stanowi, iż:

„Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”.

Przepis art. 5 k.c. do postępowań prowadzonych w trybie ustaw stosuje się na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy.

Przypadek ewidentnego, niedozwolonego porozumienia pomiędzy konkurentami, jaki ma miejsce w niniejszej sprawie, a którego dowody znajdują się w aktach przedmiotowego postępowania jest, w ocenie zamawiającego, klasycznym — podręcznikowym wręcz - przykładem do zastosowania obok art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy, także art. 5 k.c.

Przepis ten odnosi się do sytuacji, w której dany podmiot wykorzystuje w prawie narzędzie prawne, które przysługuje mu na mocy przepisów prawa (w tym wypadku jest to skorzystanie z odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej), ale czyni to w celu lub z pobudek nie zasługujących na ochronę prawną, w szczególności przeciwko innym przepisom prawa i w celu naruszenia praw osób trzecich (działanie niegodziwe).

Taka sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie, gdzie odwołujący działając w porozumieniu i z góry podjętym zamiarem, wnoszą do Krajowej Izby Odwoławczej indywidualne (poza siebie niezależne od siebie) odwołania w sprawie między sobą uzgodnione i mające na celu bezprawne zaburzenie procedury zakupu samolotów „średnich” do przewożenia najważniejszych osób w państwie (VIP). Co więcej, w porozumieniu tym biorą udział firmy, które zupełnie nie interesowały się niedawnym przetargiem, którego przedmiotem był ten sam zakup. Podmioty te nie mają potencjału, ani nie działają na rynku, w zakresie którego pozyskiwane są samoloty (wyposażone w wojskowe systemy obrony i ochrony własnej,

47

wojskową łączność specjalną, etc). Daje to w ocenie zamawiającego dodatkową przesłankę do twierdzenia, że odwołania złożone zostały (w porozumieniu) w celu bezprawnego uniemożliwienia zamawiającemu zawarcia umowy z wykonawcą, którym jest firma The Boeing Company.

Mając powyższe na uwadze - niezależnie od argumentacji merytorycznej podważającej jednoznacznie zarzuty odwołujących - zdaniem zamawiającego już samo stwierdzenie bezprawnego porozumienia odwołujących, które narusza zasady konkurencji zawarte w cytowanych wyżej przepisach prawa, jest działaniem niedopuszczalnym w ramach obrotu prawnego i wyłączone jest spod ochrony prawnej na podstawie art. 5 k.c., jak również jest podstawą do oddalenia każdego z odwołań w całości.

W przeciwnym razie w ocenie zamawiającego, wyrok Izby potwierdzałby, że podobne praktyki konkurentów na rynku nie mają wpływu na konkurencję, ani na poprawność (w tym przejrzystość) obrotu gospodarczego realizowanego w ramach zamówień publicznych. Z takim stanowiskiem nie sposób byłoby się zgodzić.

Jedynie na marginesie zamawiający pragnie zasignalizować, że zamierza skierować do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zawiadomienie wskazujące ww. naruszenia konkurencji. Podobnie, zamawiający zamierza o ww. faktach zawiadomić Dziekana Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie celem sprawozdania, czy działania pełnomocników podpisujących kwestionowane przez zamawiającego odwołania, mieszczą się w zakresie zasad wykonywania zawodu adwokata wynikających z etyki adwokackiej. Nieprawdziwość zarzutów dotyczących zarzucanego zamawiającemu wyłączenia

konkurencji:

Jednym z zarzutów odwołujących, jest twierdzenie, iż zarówno skierowanie zamówienia do firmy Boeing, jak i wskazanie konkretnego modelu samolotu (B737-800), było działaniem nieuprawnionym, które - w ocenie odwołujących - wyłącza konkurencję podczas, gdy w ocenie odwołujących są na rynku zarówno inni wykonawcy zdolni wykonać zamówienie, jak i istnieją inne modele samolotów, które mogłyby być brane pod uwagę. W odpowiedzi na te zarzuty zamawiający przypomniał, że od samego początku realizacji Programu transportu powietrznego najważniejszych osób w państwie (VIP), prowadził działania ukierunkowane zarówno na jak najszersze rozpoznanie rynku lotniczego w interesującym zakresie jak i na jak najszerszym otwarciu procedury przetargowej na wszystkich zainteresowanych. Wynikiem procedury konkurencyjnej była odpowiedź rynku lotniczego w postaci ofert obejmujących samolot Boeing 737-800. Samolot ten w pełni spełnia wymagania zamawiającego opisane w warunkach technicznych, a także jest przystosowany - co zostało zweryfikowane w praktyce - do wykorzystania go do wojskowych celów specjalnych, a takim celem jest przewóz najważniejszych osób w państwie (VIP). Pozyskany samolot wdrożony

48

zostanie do służby w Siłach Powietrznych RP i podlegał będzie przepisom wojskowym (w tym regulacjom NATO).

Samolot ten wyposażony będzie w systemy obrony i ochrony własnej, jak typowo wojskowe statki powietrzne. Posiadał będzie systemy wojskowej łączności specjalnej, w tym urządzenia kryptograficzne. Wszystkie te systemy będą musiały być zintegrowane z systemami samolotu - pierwotnie - cywilnego. Samolot B737-800 jest przystosowany do takiej integracji i wykorzystywany jest w Siłach Powietrznych Stanów Zjednoczonych (w różnych odmianach) jako tzw. powietrzny punkt wsparcia dowodzenia - 737 BBJ Combatant Commander Support Aircraft oraz Boeing P-8. W każdej z wersji specjalnych (wojskowych) samolot ten posiada zintegrowane z konstrukcją, systemy wojskowe.

Jako dowód 19 powołał - Zestawienie informacji firmy The Boeing Company w zakresie wskazania militarnych zastosowań B737 w Siłach Powietrznych Stanów Zjednoczonych. Istnienie takich rozwiązań w prowadzonych do służby znacznie obniża koszt zakupu samolotu, ponieważ w przypadku próby integracji takich systemów (np. TACAN/UHF/IFF) na nowej konstrukcji, koszt zakupu powiększony zostałby o znaczną wartość wynikającą z konieczności przeprowadzenia procedur certyfikacji.

W treści odwołań, odwołujący zarzucają także zamawiającemu pominięcie w rozważaniach samolotów Airbus A319 i A320.

Zamawiający jednoznacznie stwierdził, że zarzuty te wynikać mogą jedynie albo z nieznaności ww. konstrukcji lotniczych, albo z nieznaności wymagań zamawiającego zawartych w dokumentach przejętych przez Radę Ministrów i Ministra Obrony Narodowej. Żaden z ww. samolotów nie spełnia wymagań zamawiającego, a w szczególności najważniejszego z nich, tj. zdolności wykonania lotu transatlantyckiego bez międzylądowania z określoną liczbą pasażerów. Są to samoloty mniejsze niż B737-800. Mieszczą mniej pasażerów. Mniejszy jest też ich zasięg. Zamawiający dysponuje materiałem porównującym oba ww. modele samolotów Airbus z B737-800. W tym dysponuje obliczeniami wskazującymi, że samoloty te w warunkach zakładanych dla transportu najważniejszych osób w państwie (VIP) nie są zdolne do pokonania Antyku bez międzylądowania.

Jako dowód 20 powołał zestawienie porównawcze samolotu B737-800 z A319 i A320. Podkreślił, że wybór konstrukcji B737-800 podyktowany został tym, iż rynek taki samolot zaoferował, a żadna z firm (w tym pośrednicy dysponujący modelami wielu producentów) nie zaoferowała konstrukcji innej. Naturalnym wyborem zamawiającego opartym na przepisach prawa - było skierowanie zaproszenia do firmy The Boeing Company, jako właściciela ostatnich slotów produkcyjnych modelu B737-800, właściciela praw wyłącznych do dokumentacji i podmiotu zdolnego na tej bazie zrealizować zamówienie, czego nie byłaby zdolna wykonać jakakolwiek inna firma z rynku lotniczego.

49

Nadmienił, że wyposażenie samolotów dla przedstawicieli administracji państwowej wiąże się z koniecznością zabudowy (i integracji z pozostałymi systemami samolotu) na ich pokładzie systemów łączności specjalnej umożliwiających sprawne zarządzanie państwem z

ich pokładów. Uwagę na konieczność specjalnego wyposażenia zwróciło już w 2010 r. Biuro Bezpieczeństwa Narodowego, które w swoim raporcie pt. Zasady i procedury bezpieczeństwa programu powietrznego osób ujmujących ważne stanowiska państwowe wskazało iż samoloty te powinny stanowić Powietrzny Punkt Kierowania Państwem („PPKP”) Oznacza to iż wyposażenie specjalne, w tym łączność szyfrowana, powinno być skonfigurowane na poziomie umożliwiającym zapewnienie komunikacji w relacji PPKP - komponent naziemny odpowiedzialny za dany obszar (sztab Państwowej Straży Pożarnej, Komenda Główna Policji, Centrum Zarządzania Kryzysowego, stanowiska dowodzenia Siłami Zbrojnymi RP, Rządowe Centrum Bezpieczeństwa, itp.).

I. Nieprawdziwość zarzutów dotyczących domniemyanych wad wyboru trybu postępowania:

1) Uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z Rozdziału 4, - zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

Przedmiotem zamówienia jest dostawa trzech samolotów „średnich”, w tym:

a) dwóch samolotów fabrycznie „nowych” z zabudowanym wojskowym wyposażeniem specjalnym oraz;

b) jednego samolotu „używanego” w standardowej konfiguracji pasażerskiej,

- wraz z dokumentacją techniczną, wyposażeniem, pakietem logistycznym oraz szkoleniem personelu latającego i technicznego.

Planowanie do zabudowy na samolotach fabrycznie „nowych” systemy aktywnej i pasywnej ochrony własnej samolotu, walki radioelektronicznej oraz łączności specjalnej wpływają na konieczność w prowadzenia zmian konstrukcyjnych względem wersji cywilnych samolotów i ich zaadaptowanie do celów wojskowych. Systemy te spełniają kryteria zawarte w „Wspólnym wykazie uzbrojenia Unii Europejskiej przyjętym przez Radę w dniu 9 lutego 2015r.” (sprzęt objęty wspólnym stanowiskiem Rady 2008/944/WPZIB określającym wspólne zasady kontroli wywozu technologii wojskowych i sprzętu wojskowego) – DZ.U.U.E.C 2016.122.1 z dnia 6 kwietnia 2016r. w pozycjach odpowiednio

a) ML4 pkt c „lotnicze systemy ochrony przed rakietami (Aircraft Missile Protection Systems-AMPS)”

b) ML 11 pkt a „elektroniczne urządzenia zakłócające działanie systemów

przeciwnika i elektroniczne urządzenia przeciw działające

zakłóceniom systemów elektronicznych

- co w ocenie zamawiającego jednoznacznie klasyfikuje ww. systemy jako sprzęt wojskowy.

50

Z uwagi na „wojskowy” zakres dostosowania samolotów fabrycznie nowych wymagający głębokiej integracji z konstrukcją „samoloty nowe” mieszczą się w definicji sprzętu wojskowego zawartej w art. 2 ust. 8a ustawy, gdyż zostały:

a) zaadaptowane do potrzeb wojskowych (integracja ww. systemów) oraz,

b) przeznaczone do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne (planowane wykorzystanie samolotów do wykonywania działań w obszarach działania PKWPJW/Polski Kontyngent Wojskowy/Polska Jednostka Wojskowa).

Z uwagi na powyższe, do zakupu samolotów fabrycznie „nowych” zastosowanie ma art. 131a ust. 1 pkt. 1 ustawy, tj. należy je pozyskać w oparciu o przepisy dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, z zastosowaniem dyspozycji art. 131a ust. 2 ustawy.

Zamawiający wymaga, aby pozyskiwany samolot „używany” był samolotem tego samego typu co samoloty fabrycznie „nowe”. Zamierzaniem zamawiającego jest osiągnięcie jak największej interoperacyjności w wszystkich pozyskiwanych samolotów, w szczególności w celu ograniczenia wydatków związanych z realizacją szkolenia, pozyskiwaniem osobnych pakietów logistycznych oraz kosztami obsługi samolotów w trakcie ich eksploatacji. W wypadku pozyskania samolotu „używanego” w ramach odrębnego postępowania, prawdopodobna jest sytuacja, w której zamawiający pozyska inny typ samolotu „używanego” niż samolotów fabrycznie „nowych” lub samolot w innej konfiguracji technicznej – samoloty muszą być identyczne w zakresie konstrukcji (w tym silników) oraz wyposażenia lotniczego. Powyższe uniemożliwiłoby stworzenie jednego spójnego systemu szkolenia dla wszystkich pozyskiwanych samolotów oraz wymagałoby budowy dwóch różnych systemów logistycznych (eksploatacyjnych). Z uwagi na powyższe pozyskanie w odrębnym postępowaniu tego samego typu samolotu jest niezasadne ze względów ekonomicznych oraz organizacyjnych. Dlatego też zachodzą przesłanki zastosowania art. 131a ust. 2

ustawy.

2. Uzasadnienie wyboru trybu z wolnej ręki zgodnie z art. 131h ust. 6 pkt. 1 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a i b ustawy.

W dniu 13 czerwca 2016 r. Minister Obrony Narodowej zatwierdził „Kompleksową koncepcję ubezpieczenia transportu powietrznego najważniejszych osób w państwie (VIP). Na tej podstawie, w dniu 30 czerwca 2016 r. Rada Ministrów podjęła Uchwałę Nr 73 w sprawie ustanowienia programu wieloletniego zabezpieczenia transportu powietrznego najważniejszych osób w państwie (VIP).

Jak wskazano we wcześniejszej części niniejszego pisma, przedmiotowe dokumenty stanowiły podstawę do rozpoczęcia odbudowy całego systemu przewozu lotniczego najważniejszych osób w państwie. Zamawiający zaznaczył, iż obecnie funkcjonujące rozwiązania w zakresie samolotowego transportu lotniczego najważniejszych osób w

51

państwie realizowane jest w oparciu o rozwiązanie tymczasowe (zgodnie z dyspozycją Rady Ministrów, czarter samolotów ma być rozwiązaniem tymczasowym funkcjonującym do momentu uzyskania przez Siły Zbrojne RP zdolności do przewozu najważniejszych osób w państwie) - czarter samolotów Embraer ERJ 175-200 LR od PLL LOT S.A. Umowa czarteru, zawarta w 2013 roku obowiązuje tylko do 31 grudnia 2017r. Na podstawie wyżej wspomnianych dokumentów zaplanowano szereg wzajemnie zależnych działań mających na celu m.in. pozyskanie odpowiedniej liczby różnych typów samolotów, przygotowanie zmian struktur organizacyjno-etatowych w Siłach Zbrojnych RP oraz wydzielenie z budżetu państwa niezbędnych środków finansowych – uchwała nr 73 Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 2016r. w sprawie ustanowienia programu wieloletniego „Zabezpieczenia transportu powietrznego najważniejszych osób (VIP). Realizując ww. postanowienia - w zakresie sprzętowym - w dniu 2 września 2016 roku wszczęto równoległe dwa postępowania na pozyskanie samolotów do przewozu najważniejszych osób w państwie: (i) na dostawę dwóch samolotów „małych” klasy business jet oraz (ii) na dostawę trzech samolotów „średnich”. Po przeprowadzonym postępowaniu nr IU/149/IX-34/ZO/PN/DOS/Z/2016 na dostawę samolotów „małych”, w dniu 14 listopada 2016 r. zawarto umowę na dostawę dwóch samolotów Gulfstream G5509 z terminami dostaw w 2017 r.

Postępowanie nr IU/151/IX-34/ZO/NZOIB/DOS/Z/2016 na dostawę trzech samolotów „średnich”, w dniu 9 marca 2017 r. zostało unieważnione z powodu błędów formalno - prawnych złożonych ofert oraz ich wysokości. Oferty zostały odrzucone z następujących przyczyn faktycznych i prawnych: (i) oferta Glomex podlega odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7b ustawy, t.j. z uwagi na brak wniesienia przez wykonawcę wadium. Dodatkowo oferta złożona samodzielnie przez Glomex sro, a podmiotem zakwalifikowanym do udziału w postępowaniu było konsorcjum Glomex sro i Lufthansa Technik AG. Powyższe powoduje, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy tj. została złożona przez wykonawcę nie zaproszonego do składania ofert (ii) oferta The Boeing Company podlega odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy tj. jej treść nie odpowiada treści siwz. Oferta ma charakter warunkowy tzn. jej ważność jest uzależniona od podpisania przez zamawiającego i wykonawcę umowy w kształcie zaproponowanym przez wykonawcę, odrinnym od w zoru umowy (załącznik nr 1 do siwz) w zakresie warunków udzielenia zaliczki, pokrycia przez wykonawcę kosztów w wypadku odstąpienia od umowy, zmiany warunków odstąpienia od umowy oraz postanowień dotyczących warunków i wysokości kar umownych. Ponadto wykonawca nie złożył w raz z ofertą wymaganych przez zamawiającego załączników 2aU – 2dU i 2aN – 2dN do w zoru umowy, a powyższe uzależniał od uzgodnienia ostatecznej konfiguracji samolotów. Przedmiotowe postępowanie prowadzone było w trybie konkurencyjnym – negocjacje z ogłoszeniem. Przebieg negocjacji uprawdopodobniał w bardzo wysokim stopniu złożenie ofert ważnych przez wszystkie

52

podmioty zakwalifikowane do udziału w postępowaniu, a złożenie wadliwych ofert stanowiło okoliczności, których zamawiający nie miał podstaw przewidywać. Zamawiający uwzględnił zgłaszane przez wykonawców, w trakcie negocjacji, uwagi oraz gotowy był podpisać stosowną umowę (w zakresie wymagań formalno-prawnych) o ile tylko w postępowaniu wpłynęłaby prawidłowa oferta. Zamawiający dołożył zatem należytej staranności, aby umożliwić podmiotom biorącym udział w postępowaniu złożenie prawidłowych ofert, więc

przyczyny zaistniałej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego. Ponadto stanowisko wykonawców prezentowane na negocjacjach oraz zgłaszane i uwzględnione uwagi wskazywały na brak przeciwwskazań do złożenia ważnych ofert, co nie mogło być przewidziane na etapie prowadzenia postępowania.

Unieważnienie postępowania nr IU/151/IX-34/ZON/ZOQB/DOS/Z/2016, a co za tym idzie brak dostaw samolotów w zakładanych terminach, zaburza w sposób istotny harmonogram kompleksowej odbudowy floty samolotów oraz ma negatywny wpływ na osiągnięcie przez Siły Zbrojne RP zakładanej zdolności operacyjnej do przewozu najważniejszych osób w państwie (VIP), co w ocenie zamawiającego powoduje sytuację wyjątkową oraz ma wpływ na już podjęte działania w tym zakresie.

W celu utrzymania realizacji kompleksowego harmonogramu osiągnięcia zdolności do Przewozu najważniejszych osób w państwie (VIP) — wobec nieprzewidzianego złożenia ofert polegających odrzuceniu, mimo przeprowadzonych negocjacji — za zasadną należy uznać zdaniem zamawiającego konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, zwłaszcza związanego:

- z dostawą samolotu „używanego” (do 15 listopada 2017 r.),
- utrzymaniem terminów dostaw samolotów „nowych”,
- programem szkolenia personelu latającego i technicznego,
- rozpoczętym procesem zmian organizacyjno-etatowych Sił Zbrojnych RP,
- realizacją zadań infrastrukturalnych w 1. Bazie Lotnictwa Transportowego na Okęcie,
- przygotowaniem zakładów obsługowych w kraju,
- przygotowaniem restrukturyzacji procedur przewozu powietrznego najważniejszych osób w państwie (VIP), w tym instrukcje HEAD, pozostałe instrukcje i wytyczne w jednostkach poza resortem obrony narodowej.

Rozpoczęcie kolejnego postępowania, z zachowaniem ustawowych (w tym skróconych) terminów doprowadzi do wygaśnięcia części środków budżetowych przewidzianych na ten cel — Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 15 grudnia 2016r. w sprawie wydatków budżetu państwa, w które w 2016r. nie wygasają z upływem roku budżetowego, a ponadto w płynie negatywnie na:

a) możliwość realizacji zadań przez najwyższe organy władzy państwowej — sprawne funkcjonowanie państwa wymaga, aby przedstawiciele najważniejszych organów władzy

53

państwowej posiadali zdolność do swobodnego i bezpiecznego przemieszczania się, w tym z wykorzystaniem transportu lotniczego. Zapewnienie bezpieczeństwa państwa oraz prowadzenie sprawnej polityki zagranicznej wiąże się bezpośrednio z koniecznością zapewnienia przez Siły Zbrojne RP zdolności do przewozu lotniczego przedstawicieli administracji państwowej, bez ograniczeń w zakresie czasu realizacji zadania (24 godzinna gotowość operacyjna). Brak środków transportu lotniczego, jak również korzystanie z usług podmiotów trzecich (każdorazowy czarter samolotów od linii lotniczych, podróże samolotami z siatki połączeń) niesie za sobą ryzyko nałożenia ograniczeń związanych z możliwościami operacyjnymi (np. konieczność skrócenia oficjalnej wizyty państwowej z uwagi na godzinę wylotu wynikającą z siatki połączeń operatora lotniczego) oraz w sposób istotny wpływa na zapewnienie bezpieczeństwa w transporcie najważniejszych osób w państwie (HEAD/VIP). Nie bez znaczenia dla zamawiającego pozostaje fakt, iż samoloty fabrycznie „nowe” wraz z ich wyposażeniem stanowić będą Powietrzne Punkty Kierowania — Raport Biura Bezpieczeństwa Narodowego „Zasady i procedury bezpieczeństwa przewozu powietrznego osób zajmujących stanowiska państwowe”, zarówno w czasie pokoju jak i kryzysu, czy wojny. Planowane do zabudowy wyposażenie specjalne (w tym łączność specjalna) ma za zadanie zapewnić ciągłość zarządzania państwem, tak więc pozyskanie tych samolotów w zakładanych terminach wpływa bezpośrednio na zapewnienie bezpieczeństwa państwa. Zamawiający podkreślił, że w chwili obecnej państwo polskie nie posiada takich zdolności.

- b) Utrzymanie ciągłej zdolności operacyjnej poprzez zapewnienie największej dostępności samolotów - w przypadku nie dokonania zakupu samolotów w zakładanych harmonogramie terminach, Siły Zbrojne RP dysponować będą tylko dwoma samolotami „małymi”. Ilość ta w żaden sposób nie zapewni utrzymania ciągłej zdolności operacyjnej wymaganej chociażby przez „Instrukcje organizacji lotów oznaczonych statusem HEAD w lotnictwie Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej. Zamawiający nadmieniał, iż zapewnienie możliwości przewozu najważniejszych osób w państwie wiąże się z koniecznością utrzymywania w

gotowości samolotów i personelu w cyklu 24h na dobę przez cały rok. Brak samolotów w zakładanych terminach uniemożliwi utrzymanie ciągłej zdolności operacyjnej, gdyż nie nastąpi zapewnienie niezbędnej dostępności statków powietrznych,

- c) zapewnienie bezpieczeństwa przewozu najważniejszych osób w państwie (VIP) - najbardziej optymalnym sposobem zapewnienia bezpieczeństwa przewozu najważniejszych osób w państwie jest realizacja tego typu zadań przez specjalnie wydzieloną lotniczą jednostkę wojskową. Zamawiający podkreślił, iż sposób realizacji tego typu zadań określony został w „Instrukcji organizacji lotów oznaczonych statusem HEAD w lotnictwie Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej”. Osiągnięcie pełnej zdolności do realizacji

54

zadań lotniczych z najważniejszymi osobami w państwie na pokładzie — a tym samym zapewnienie im należytego poziomu bezpieczeństwa — wymaga czasu, potrzebnego nie tylko na pozyskanie sprzętu, ale także dostosowania struktur oraz wyznaczenie i przeszkolenie personelu operacyjnego, latającego i technicznego,

d) rozpoczęty proces przekształceń strukturalno-etatowych jednostki realizującej zadania pozyskanymi samolotami — pozyskanie samolotów „małych” do przewozu najważniejszych osób w państwie rozpoczęło proces zmian struktur Sił Zbrojnych RP pod kątem osiągnięcia pełnej zdolności operacyjnej. Dokonano stosownych zmian organizacyjno-etatowych, a ponadto wydzielono z zasobów całych Sił Zbrojnych RP personel, spełniający wysokie wymagania dotyczące posiadanych kwalifikacji lotniczych. Zamawiający nadmieniał, że pozyskanie doświadzonego personelu, z uwagi na specyfikę zawodu, jest procesem trudnym i skomplikowanym. Brak kolejnego elementu floty samolotów do przewozu najważniejszych osób w państwie, jakim jest pozyskanie samolotów „średnich” może spowodować niekontrolowany odpływ doświadzonej kadry (np. do cywilnych linii lotniczych). Odbudowa całego systemu, bazując na niedoświadczonym personelu oraz osiągnięcie chociażby wstępnej gotowości operacyjnej może być procesem skomplikowanym i długotrwałym

e) terminy dostaw samolotów — w trakcie negocjacji, uzyskano informacje o obowiązujących w cywilnym przemyśle lotniczym zasadach pozyskiwania samolotów z produkcji bieżącej. Kadłuby samolotów (tzw. wersja „Green Aircraft”) należy zarezerwować z odpowiednim wyprzedzeniem, a producent na podstawie zgłaszanego zapotrzebowania decyduje o długości serii danego modelu. Nie ma możliwości dodatkowego zamówienia samolotu, a jedyną możliwość szybkiego pozyskania pojawia się w momencie, gdy któryś z kadłubów „w produkcji” nie jest w danym momencie zarezerwowany (np. rezygnacja klienta). Na chwilę obecną producent dysponuje dwoma niezarezerwowanymi samolotami w wersji B737-800/BBJ2, jednakże w każdej chwili ten stan może ulec zmianie. Dodatkowo, w chwili obecnej producent dokonuje zmiany wersji produkowanych samolotów - samoloty serii B737-800 zastąpione zostaną samolotami B737-800MAX (obecnie samoloty B737-800MAX są w fazie prób zakładowych). Użytkowanie samolotów świeżo wprowadzonych do służby niesie za sobą ryzyko występowania usterek w pierwszym okresie eksploatacji (tzw. okres wieku dziecięcego). Zamawiający mając na uwadze fakt, że samoloty będące przedmiotem zamówienia będą przewozić najważniejsze osoby w państwie (HEAD/VIP), podjęcie takiego ryzyka, z punktu widzenia bezpieczeństwa uznał za niemożliwe. Nie dokonanie zakupu w obecnych warunkowanych, czyli zakup ostatnich samolotów B737-800, spowoduje przesunięcie całego odbudowy floty samolotów do przewozu najważniejszych osób w państwie o co najmniej dwa lata — w wymaganiach technicznych postawiono żądanie, aby oferowany samolot był „w służbie” od co najmniej trzech lat, co zapewnia pozyskanie

55

samolotu sprawzonego technicznie o dojrzałej technicznie konstrukcji, a co za tym idzie wystąpi znaczące opóźnienie w osiągnięciu przez Siły Zbrojne RP zdolności do przewozu najważniejszych osób w państwie.

Z powyższego wynika, iż sytuacja braku samolotów, jest sytuacją wyjątkową, a realizacja zamówienia w trybie innym niż natychmiastowy, uniemożliwi realizację zamówienia -mówienia nie tylko w zakresie terminowej dostawy samolotu używanego, ale również dostawy w najbliższych latach samolotów nowych w ogóle. To z kolei uniemożliwi realizację całego Programu transportu powietrznego najważniejszych osób państwie (VIP) i narazi

Skarb Państwa na znaczne straty związane z już wykonanymi gotowaniami do realizacji tego Programu.

W odpowiedzi na wymagania zawarte w konkursowym postępowaniu nr IU/151/X-34/ZON/COIB/DOSZ/2016 obaj konkurujący wykonawcy zaproponowali typ samolotów B737-800/BBJ2 produkowany przez firmę Boeing. Oznacza to według zamawiającego, że to rynek lotniczy zweryfikował wymagania zamawiającego w zakresie wyposażenia i osiągnięć samolotów, proponując tylko jeden typ samolotu. Zamawiający zaznaczył, iż w postępowaniu obok producenta samolotów udział wzięli podmiot pośredniczący w zakupach, co wskazuje, iż tylko ten typ samolotu spełnia wymagania operacyjne zamawiającego - żaden z wykonawców, pomimo takiej możliwości, nie zgłosił żadnego produktu firmy Airbus. Dlatego też za zasadne należy uznać zdaniem zamawiającego skierowanie zaproszenia do negocjacji do podmiotu, spełniającego nie tylko wymagania formalne ale również posiadającego w swojej ofercie samoloty rodziny Boeing, co znajduje uzasadnienie w tym, iż:

- a) samoloty rodziny Boeing typu 737-800/BBJ2 jako jedyne były oferowane przez wykonawców w postępowaniu uprzednio prowadzonym w trybie konkursowym - negocjacji z ogłoszeniem

- b) spółka The Boeing Company jako producent samolotów zapewnia bezpośrednią (bez udziału pośredników) rezerwację samolotów nowych, co jest kluczowe z punktu widzenia realizacji zamówienia, jak również gwarantuje terminową ich dostawę, a w chwili obecnej jest właścicielem dwóch ostatnich egzemplarzy (slotów produkcyjnych);

- c) spółka The Boeing Company jest producentem samolotów B737 wszystkich typów wersji, właścicielem certyfikatów typu oraz wyłącznym właścicielem dokumentacji Produkcyjnej samolotów bazowych.

Ponadto przed wszczęciem postępowania zwrócono się do producenta samolotów B737-800 z szeregiem pytań, a uzyskane odpowiedzi wskazują, że: (i) firma The Boeing Company ma wyłączne prawo do dysponowania slotami produkcyjnymi samolotów B737-800, (ii) posiada swobodę dysponowania ostatnimi dwoma slotami produkcyjnymi na samoloty B737-800 oraz (iii) gotowa jest zarezerwować przedmiotowe sloty produkcyjne dla Sił Zbrojnych RP,

56

Jako dowód 21 powołał pismo zamawiającego do firmy The Boeing Company z dnia 9.03.2017 r. (nr wych. K/2992/17).

Jako dowód nr 22 powołał pismo firmy The Boeing Company z dnia 9.03.2017 r. (nr wych. 4978/17).

Podkreślenia w ocenie zamawiającego wymaga także fakt, iż fakt zakończenia produkcji samolotów B737-800 oraz istnienie na rynku (w posiadaniu firmy The Boeing Company) ostatnich dwóch slotów produkcyjnych tego modelu samolotu, potwierdził także drugi z wykonawców zakwalifikowanych do etapu negocjacji, a więc konsorcjum Glomex s.r.o. i Lufthansa Technik AG.

Jako dowód 23 powołał: Protokół z negocjacji z dnia 23.01.2017 r.

Powyższe zdaniem zamawiającego oznacza, że tylko firma The Boeing Company z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz związanych z ochroną praw wyłącznych, jest jedynym wykonawcą, który przy założeniu natychmiastowego wykonania zamówienia będzie w stanie złożyć ofertę i zrealizować dostawę oraz nie istnieje inne rozsądne rozwiązanie alternatywne lub zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Uwzględniając powyższe okoliczności, w ocenie Komisji, spełnione zostały przesłanki wynikające z art. 131h ust. 6 pkt 1 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a i b i art. 131h ust. 6 pkt. 3 w zw. z art. 131a ust. 1 pkt 1 i ust. 2 Ustawy.

5. Nieprawdziwość zarzutów dotyczących domniemych braków w opisie przedmiotu zamówienia:

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem odwołujących, że opis przedmiotu zamówienia nie był dość szczegółowy i nie wskazywał, czego zamawiający oczekuje. Nie trzeba w tym zakresie dokonywać jakiegokolwiek szczególnej wykładni ogłoszenia. Wystarczającym jest zapoznanie się z jego szczegółami. Treść odwołań wskazuje, że odwołujący doskonale zrozumieli treść ogłoszenia. W odwołaniach wskazują bowiem argumentację odnoszącą się do szczegółów zamówienia, co ten fakt jednoznacznie potwierdza. Do treści ogłoszenia nie zgłosił też uwag oferent, który jest stroną postępowania, a więc spółka The Boeing Company.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, dowody złożone do odwołania w sprawie sygn. akt KIO 514/17 oraz złożone na rozprawie przez odwołującego JET Business International Corp z wyłączeniem folderu w języku angielskim, dowody załączone przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, z wyłączeniem załącznika do

57

notatki ze spotkania z firmą Boeing z dnia 27 stycznia 2016r., z wyłączeniem załącznika do notatki ze spotkania z firmą Airbus z dnia 22 lutego 2016r., dowodów nr 16, 17, 19 i 20 z uwagi na przedłożenie ich wyłącznie w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski, co stanowi naruszenie § 19 ust. 3 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014r. poz. 964 –t.j. ze zm. z 2017r. poz. 14).

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki wynika, że :

W dniu 9 marca 2017r. zamawiający zwrócił się do przystępującego z prośbą o udzielenie odpowiedzi na pytania:

1. Czy przystępujący ma wyłączne prawa do dysponowania slotami produkcyjnymi samolotów B737-800?
2. Z informacji uzyskanych podczas negocjacji w postępowaniu nr IU/151/DX-34/NZOCIB/DOS/Z/2016 wynika, iż w chwili obecnej nieobłożone pozostają dwa ostatnie sloty produkcyjne na samoloty B737-800. Czy przystępujący posiada swobodę dysponowania tymi slotami tj. czy nie zostały one zarezerwowane, zastrzeżone lub w inny sposób objęte prawami osób trzecich?
3. Czy w przypadku wszczęcia kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przystępujący gotowy jest zarezerwować przedmiotowe sloty produkcyjne dla Sił Zbrojnych RP?

Przystępujący w dniu 9 marca 2017r. odpowiedział:

1. Tak, przystępujący ma wyłączne prawa do dysponowania slotami/pozycjami produkcyjnymi samolotów, które były przedmiotem oferty złożonej w postępowaniu.
2. Przystępujący potwierdza, iż pozycje/sloty produkcyjne samolotów będące przedmiotem oferty złożonej w postępowaniu, nie zostały zarezerwowane, zastrzeżone lub w inny sposób objęte prawami osób trzecich.
3. Tak, przystępujący jest gotowy zarezerwować te same pozycje/sloty produkcyjne, które były przedmiotem oferty w postępowaniu, na potrzeby ich potencjalnej sprzedaży na rzecz Sił Zbrojnych RP, na maksymalny okres do 45 dni kalendarzowych liczonych od dnia 10 marca 2017r., z zastrzeżeniem wyniku jakiegokolwiek kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokument ten został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa firmy Boeing, ale na rozprawie w dniu 28 marca 2017r. został doręczony wraz z odpowiedzią na odwołanie odwołującym uczestnikom postępowania oraz zamawiający w toku rozprawy złożył jego tłumaczenie, które doręczył stronom przystępującemu, co w ocenie Izby stanowi dowód na to, że dokument ten stał się dostępny powszechnie i nie zachowano wobec niego czynności w celu zachowania go w poufności. W aktach postępowania znajduje się ogłoszenie nr

58

2017/S 051 – 094591 o dobrowolnej przejrzystości ex ante, którego treść została ustalona w części historycznej uzasadnienia.

Dalej znajduje się zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki skierowane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 13 marca 2017r. na podstawie, którego Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest dostawa trzech samolotów „średnich” do przewozu najważniejszych osób w państwie (VIP) o szacunkowej wartości zamówienia: 2.489.313.498,91 zł, co stanowi 596.257.035,83 euro. Zamawiający zamierza udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Wykonawca zaproszony do negocjacji to The Boeing Company, 100N Riverside, Chicago, IL 60606, USA.

Jako uzasadnienie prawne wyboru trybu zamawiający podał art. 131h ust. 6 pkt 1 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a i b i art. 131h ust. 6 pkt 3 w zw. z art. 131a ust. 1 pkt 1 i ust. 2

Ustawy.

W uzasadnieniu faktycznym wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa trzech samolotów „średnich” do przewożenia najważniejszych osób w państwie (VIP), w tym

a) dwóch samolotów fabrycznie „nowych” z zabudowanym wojskowym wyposażeniem specjalnym oraz

b) jednego samolotu „używanego” w konfiguracji pasażerskiej,

- wraz z dokumentacją techniczną, wyposażeniem, pakietem logistycznym oraz szkoleniem personelu latającego i technicznego.

Planowane do zabudowy na samolotach fabrycznie „nowych” wojskowe systemy aktywnej i pasywnej ochrony własnej samolotu, walki radioelektronicznej oraz łączności specjalnej, wpływają na konieczność w prowadzenia zmian konstrukcyjnych w stosunku do cywilnych wersji tych samolotów, a tym samym zaadaptowanie ich do celów wojskowych. Wskazane wyżej systemy spełniają kryteria zawarte we „Wspólnym wykazie uzbrojenia Unii Europejskiej przyjętym przez Radę w dniu 14 marca 2016 r.” (sprzęt objęty wspólnym stanowiskiem Rady 2008/944/WPZIB określającym wspólne zasady kontroli w wywozu technologii wojskowych i sprzętu w wojskowego) - Dz.U.U.E.C.2016.122.1 z dnia 6 kwietnia 2016 r. w pozycjach odpowiednio:

a) ML4 pkt c: „lotnicze systemy ochrony przed rakietami (Aircraft Missile Protection Systems-AMPS”);

b) ML11 pkt a: „elektroniczne urządzenia zakłócające działanie systemów elektronicznych przeciwnika i elektroniczne urządzenia przeciw działające zakłóceniom systemów elektronicznych...”,

- co jednoznacznie klasyfikuje ww. systemy jako sprzęt wojskowy.

59

Z uwagi na „wojskowy” zakres dostosowania samolotów fabrycznie „nowych”, wymagający głębokiej integracji z ich konstrukcją, samoloty „nowe” mieszczą się w definicji sprzętu wojskowego zawartej w art. 2 ust. 8a Ustawy, gdyż zostały:

a) zaadaptowane do potrzeb wojskowych (integracja ww. systemów) oraz

b) przeznaczone do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne (planowane wykorzystanie samolotów do wykonywania działań w obszarach działania (PKW- Polskiego Kontyngentu Wojskowego /PJW – Polskiej Jednostki Wojskowej).

Z uwagi na powyższe, do zakupu samolotów fabrycznie „nowych” zastosowanie ma art. 131a ust. 1 pkt 1 Ustawy, tj. należy je pozyskać w oparciu o przepisy dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa z zastosowaniem dyspozycji art. 131a ust. 2, w odniesieniu do samolotu „używanego”.

W przedmiocie pozyskania samolotu „używanego”, zamawiający będzie wymagał, aby był on samolotem tego samego typu, co samoloty fabrycznie „nowe”. Zamierzając osiągnąć jak największą interoperacyjność w wszystkich pozyskiwanych samolotów, w szczególności w celu ograniczenia wydatków związanych z realizacją szkolenia, pozyskiwaniem osobnych pakietów logistycznych oraz kosztami obsługi samolotów w trakcie ich eksploatacji. W wypadku pozyskania samolotu „używanego” w ramach odrębnego postępowania, prawdopodobna jest sytuacja, w której zamawiający pozyska inny typ samolotu „używanego” niż samolotów fabrycznie „nowych” lub samolot w innej konfiguracji technicznej – samoloty muszą być identyczne w zakresie konstrukcji (w tym silników) oraz wyposażenia lotniczego. Powyższe uniemożliwiłoby stworzenie jednego spójnego systemu szkolenia dla wszystkich pozyskiwanych samolotów oraz wymagałoby budowy dwóch różnych systemów logistycznych (eksploatacyjnych). Z uwagi na powyższe pozyskanie w odrębnym postępowaniu tego samego typu samolotu jest niezasadne ze względów ekonomicznych oraz organizacyjnych. Dlatego też zachodzą przesłanki zastosowania art. 131a ust. 2 ustawy.

W dniu 13 czerwca 2016 r. Minister Obrony Narodowej zatwierdził „Kompleksową koncepcję zabezpieczenia transportu powietrznego najważniejszych osób w państwie (VIP)”. Na tej podstawie, w dniu 30 czerwca 2016 r. Rada Ministrów podjęła Uchwałę Nr 73 w sprawie ustanowienia programu wieloletniego Zabezpieczenie transportu powietrznego najważniejszych osób w państwie (VIP). Przedmiotowe dokumenty stanowiły podstawę do rozpoczęcia odbudowy całego systemu przewożenia lotniczego najważniejszych osób w państwie. Zaznaczył, iż obecnie funkcjonujące rozwiązania w zakresie samolotowego transportu lotniczego najważniejszych osób w państwie realizowane jest w oparciu o

przewozu najważniejszych osób w państwie (VIP). Umowa czarteru, zawarta w 2013 roku, obowiązuje tylko do 31 grudnia 2017 r. Na podstawie wyżej wspomnianych dokumentów zaplanowano szereg wajemnie zależnych działań mających na celu min. pozyskanie odpowiedniej liczby różnych typów samolotów, przygotowanie zmian struktur organizacyjno-etatowych w Siłach Zbrojnych RP oraz wydzielenie z budżetu państwa niezbędnych środków finansowych - Uchwała nr 73 Rady Ministrów z dnia 30.06.2016 r. w sprawie ustanowienia programu wieloletniego „Zabezpieczenie transportu powietrznego najważniejszych osób w państwie (VIP)”.

Realizując ww. postanowienia - w zakresie sprzętowym - w dniu 2 września 2016 roku wszczęto równoległe dwa postępowania na pozyskanie samolotów do przewozu najważniejszych osób w państwie (VIP), tj.: (i) na dostawę dwóch samolotów „małych” klasy business jet oraz (ii) na dostawę trzech samolotów „średnich”. Po przeprowadzonym postępowaniu nr IU/149/IX-34/ZO/PN/DOS/Z/2016 na dostawę samolotów „małych”, w dniu 14 listopada 2016 r. zawarto umowę dostawy dwóch samolotów Gulfstream G550, z terminami dostaw obu maszyn w 2017 roku.

Drugie postępowanie (nr IU/151/IX-34/ZO/NZOOB/DOS/Z/2016) na dostawę trzech samolotów „średnich” w dniu 9 marca 2017 r. zostało unieważnione z powodu błędów formalno - prawnych złożonych ofert oraz ich wysokości. Oferty zostały odrzucone z następujących przyczyn faktycznych i prawnych:

- oferta Glomex podlega odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Ustawy, tj. z uwagi na brak wniesienia przez Wykonawcę wadium. Dodatkowo oferta została złożona samodzielnie przez Glomex s.r.o., a podmiotem zakwalifikowanym do udziału w postępowaniu było konsorcjum Glomex s.r.o i Lufthansa Technik AG. Powyższe powoduje, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy, tj. została złożona przez wykonawcę nie zaproszonego do składania ofert;
- oferta The Boeing Company podlega odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, tj. jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SMZ”). Oferta ma charakter warunkowy, tzn. jej ważność jest uzależniona od podpisania przez Zamawiającego i Wykonawcę umowy w kształcie zaproponowanym przez Wykonawcę, odmiennym od Wzoru Umowy (Załącznik nr 1 do SMZ) w zakresie: warunków udzielenia zaliczki, pokrycia poniesionych przez Wykonawcę kosztów w wypadku odstąpienia od umowy, zmiany warunków odstąpienia od umowy oraz postanowień dotyczących warunków i wysokości kar umownych. Ponadto, wykonawca nie złożył wraz z ofertą wymaganych przez zamawiającego załączników nr 2aU-2dU i 2aN-2dN do Wzoru Umowy, a powyższe uzależnił od uzgodnienia ostatecznej konfiguracji samolotów. Przedmiotowe postępowanie prowadzone było w trybie konkurencyjnym - negocjacje z ogłoszeniem. Przebieg negocjacji z wykonawcami uprawdopodobniał w bardzo wysokim

stopniu złożenie prawidłowych ofert przez wszystkie podmioty zakwalifikowane do udziału w postępowaniu, a złożenie wadliwych ofert przez wszystkich uczestników postępowania stanowiło okoliczności, których zamawiający nie miał podstaw przewidywać. Zamawiający uwzględnił bowiem zgłaszane przez wykonawców, w trakcie negocjacji, uwagi oraz gotowy był podpisać stosowną umowę (w zakresie wymagań formalno-prawnych), o ile tylko w postępowaniu płynęłaby prawidłowa oferta. Zamawiający dołożył zatem należytej staranności, aby umożliwić podmiotom biorącym udział w postępowaniu złożenie prawidłowych ofert, więc przyczyny zaistniałej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego. Ponadto stanowisko wykonawców prezentowane na negocjacjach oraz zgłaszane i uwzględnione uwagi w skazywały na brak przeciwwskazań do złożenia prawidłowych ofert, co nie mogło być przewidziane na etapie prowadzenia postępowania.

Unieważnienie postępowania nr IU/151/IX-34/ZO/NZOOB/DOS/Z/20169 a co za tym idzie brak dostaw samolotów w zakładanych terminach, zaburza w sposób istotny (lub nawet uniemożliwia) harmonogram kompleksowej odbudowy floty samolotów oraz ma negatywny wpływ na osiągnięcie przez Siły Zbrojne RP zakładanej zdolności operacyjnej do przewozu

najważniejszych osób w państwie (VIP), co powoduje sytuację wyjątkową oraz ma wpływ na już podjęte działania w tym zakresie. W celu utrzymania realizacji kompleksowego harmonogramu osiągnięcia zdolności do przewozu najważniejszych osób w państwie (VIP) - wobec nieprzewidzianego złożenia ofert podlegających odrzuceniu, mimo przeprowadzonych negocjacji - za zasadną należy uznać zatem konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, zwłaszcza związanego z dostawą samolotu „używanego” (do 15 listopada 2017 r.), utrzymaniem terminów dostaw samolotów „nowych”, programem szkolenia personelu latającego i technicznego oraz rozpoczętym procesem zmian organizacyjno-etatowych Sił Zbrojnych RP. Rozpoczęcie kolejnego postępowania, z zachowaniem ustawowych (w tym skróconych) terminów, doprowadzi do wygaśnięcia części środków budżetowych przewidzianych na ten cel - Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 15 grudnia 2016 r. w sprawie wydatków budżetu państwa, które w 2016 r. nie wygasają z upływem roku budżetowego, a ponadto wplynie negatywnie na:

a) możliwość realizacji zadań przez najwyższe organy władzy państwowej - sprawne funkcjonowanie państwa wymaga, aby przedstawiciele najważniejszych organów władzy państwowej posiadali zdolność do swobodnego i bezpiecznego przemieszczania się, w tym z wykorzystaniem transportu lotniczego. Zapewnienie bezpieczeństwa państwa oraz prowadzenie sprawnej polityki zagranicznej wiąże się bezpośrednio z koniecznością zapewnienia przez Siły Zbrojne RP zdolności do przewozu lotniczego przedstawicieli administracji państwowej, bez ograniczeń w zakresie czasu realizacji zadania (24 godzinna gotowość operacyjna). Brak środków transportu lotniczego, jak również korzystanie z usług podmiotów trzecich (każdorazowy czarter samolotów od linii lotniczych, podróże samolotami z

62

siatki połączeń) niesie za sobą ryzyko nałożenia ograniczeń związanych z możliwościami operacyjnymi (np. konieczność skrócenia oficjalnej wizyty państwowej z uwagi na godzinę wylotu wynikającą z siatki połączeń operatora lotniczego) oraz w sposób istotny wpływa na zapewnienie bezpieczeństwa w transporcie najważniejszych osób w państwie (HEAD/VIP). Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż samoloty fabrycznie „nowe” wraz z ich wyposażeniem stanowić będą Powietrzne Punkty Kierowania (Raport Biura Bezpieczeństwa Narodowego pt. „Zasady i procedury bezpieczeństwa przewozu powietrznego osób zajmujących ważne stanowiska państwowe”) zarówno w czasie pokoju, jak i kryzysu czy wojny. Planowane do zabudowy wyposażenie specjalne (w tym łączność specjalna) ma za zadanie zapewnienie ciągłości zarządzania państwem, tak więc pozyskanie tych samolotów w zakładanych terminach wpływa bezpośrednio na zapewnienie bezpieczeństwa państwa. Podkreślić należy, że w chwili obecnej państwo polskie nie posiada takich zdolności;

b) utrzymanie ciągłej zdolności operacyjnej poprzez zapewnienie niezbędnej dostępności samolotów - w przypadku nie dokonania zakupu samolotów w zakładanych harmonogramie terminach, Siły Zbrojne RP dysponować będą tylko dwoma samolotami „małymi”. Ilość ta w żaden sposób nie zapewnia utrzymania ciągłej zdolności operacyjnej (wymaganej chociażby przez „Instrukcję organizacji lotów oznaczonych statusem HEAD w lotnictwie Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej”). Nadmienić, iż zapewnienie możliwości przewozu najważniejszych osób w państwie wiąże się z koniecznością utrzymywania w gotowości samolotów i personelu w cyklu 24 godzin na dobę przez cały rok. Brak samolotów w zakładanych terminach uniemożliwi utrzymanie ciągłej zdolności operacyjnej, gdyż nie nastąpi zapewnienie niezbędnej dostępności statków powietrznych;

c) zapewnienie bezpieczeństwa przewozu najważniejszych osób w państwie (HEAD/VIP) - najbardziej optymalnym sposobem zapewnienia bezpieczeństwa przewozu najważniejszych osób w państwie jest realizacja tego typu zadań przez specjalnie wydzieloną lotniczą jednostkę wojskową. Podkreślić należy, iż sposób realizacji tego typu zadań określony został w „Instrukcji organizacji lotów oznaczonych statusem HEAD w lotnictwie Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej”. Osiągnięcie pełnej zdolności do realizacji zadań lotniczych z najważniejszymi osobami w państwie na pokładzie - a tym samym zapewnienie im należytego poziomu bezpieczeństwa - wymaga czasu, potrzebnego nie tylko na pozyskanie sprzętu, ale także dostosowania struktur oraz wyznaczenie i przeszkolenie personelu operacyjnego, latającego i technicznego;

d) rozpoczęty proces przekształceń strukturalno-etatowych jednostki realizującej zadania pozyskanymi samolotami - pozyskanie samolotów „małych” do przewozu najważniejszych osób w państwie rozpoczęło proces zmian struktur Sił Zbrojnych RP pod kątem osiągnięcia pełnej zdolności operacyjnej. Dokonano stosownych zmian organizacyjno-

wysokie wymagania dotyczące posiadanych kwalifikacji lotniczych. Nadmienię, że pozyskanie doświadczonego personelu, z uwagi na specyfikę zawodu, jest procesem trudnym i skomplikowanym. Brak kolejnego elementu floty samolotów do przewozu najważniejszych osób w państwie, jakim jest pozyskanie samolotów „średnich”, może spowodować niekontrolowany odpływ doświadczonej kadry (np. do cywilnych linii lotniczych). Odbudowa całego systemu, bazując na niedoświadczonym personelu oraz osiągnięciu chociażby wstępnej gotowości operacyjnej może być procesem skomplikowanymi długotrwałymi: e) terminy dostaw samolotów - w trakcie negocjacji uzyskano informacje o obowiązujących w cywilnym przemyśle lotniczym zasadach pozyskiwania samolotów z produkcji bieżącej. Kadłuby samolotów (tzw. wersja „Green Aircraft”) należy zarezerwować z odpowiednim wyprzedzeniem, a producent na podstawie zgłaszanego zapotrzebowania decyduje o długości serii danego modelu. Nie ma możliwości dodatkowego zamówienia samolotu, a jedyna możliwość szybkiego pozyskania pojawia się w momencie, gdy któryś z kadłubów „w produkcji” nie jest w danym momencie zarezerwowany (np. rezygnacja klienta). Na chwilę obecną producent dysponuje dwoma niezarezerwowanymi samolotami w wersji B737-800/BBJ2, jednakże w każdej chwili ten stan może ulec zmianie. Dodatkowo, w chwili obecnej, producent dokonuje zmiany wersji produkowanych samolotów - samoloty serii B737-800 zastąpione zostaną samolotami B737-800MAX (obecnie samoloty B737-800MAX są w fazie prób zakładowych). Użytkowanie samolotów świeżo w prowadzonych do służby niesie za sobą wysokie ryzyko występowania usterek w pierwszym okresie eksploatacji (tzw. okres wieku dziecięcego). Mając na uwadze fakt, że samoloty będące przedmiotem zamówienia będą przewozić najważniejsze osoby w państwie (HEADVIP), podjęcie takiego ryzyka, z punktu widzenia bezpieczeństwa, uznać należy za niemożliwe. Nie dokonanie zakupu w obecnych uwarunkowaniach, czyli zakup ostatnich samolotów B737-800, spowoduje przesunięcie całego procesu odbudowy floty samolotów do przewozu najważniejszych osób w państwie o co najmniej dwa lata, a co za tym idzie wystąpi znaczące opóźnienie w osiągnięciu przez Siły Zbrojne RP zdolności do przewozu najważniejszych osób w państwie.

Z powyższego wynika, iż sytuacja braku samolotów jest sytuacją wyjątkową, a realizacja zamówienia w trybie innym niż natychmiastowe, uniemożliwi realizację zamówienia nie tylko w zakresie terminowej dostawy samolotu „używanego”, ale również dostawy w najbliższych latach samolotów „nowych” w ogóle. Ponadto zaburzona zostanie - kluczowa ze względów ekonomicznych i operacyjnych - zasada interoperacyjności pomiędzy samolotem „używanym”, a samolotami „nowymi”, gdyż dopiero za kilka lat pojawią się na rynku samoloty używane B737-800MAX.

W odpowiedzi na wymagania zawarte w konkurencyjnym postępowaniu nr IU/151/IX-34/ZO/NZOIB/DOS/Z/2016 obaj konkurujący wykonawcy zaproponowali typ samolotów

B737-800/BBJ2, produkowany przez firmę The Boeing Company. Oznacza to, że to rynek lotniczy zweryfikował wymagania zamawiającego w zakresie wyposażenia i osiągnięć samolotów, proponując tylko jeden, konkretny typ samolotu. Zaznaczyć należy, iż w postępowaniu obok producenta samolotów udział wzięły podmiot pośredniczący w zakupach, co wskazuje, iż tylko ten typ samolotu spełnia wymagania operacyjne Zamawiającego - żaden z wykonawców, pomimo takiej możliwości, nie zgłosił żadnego produktu innych producentów lotniczych.

W postępowaniu nr IU/151/IX-34/ZO/NZOIB/DOS/Z/2016 wnioski o udział w nim złożyły cztery podmioty:

- 1) wspólnie (konsorcjum): Glomex MS s.r.o. z Lufthansa Technik AG,
 - 2) The Boeing Company,
 - 3) Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o.,
 - 4) wspólnie: Aerospace International Group s.r.o. z "ASSA-POLAND" Zdzisław Kondrat.
- Po weryfikacji podmiotowej zaproszenie do składania ofert wstępnych skierowane zostało do: (i) występujących wspólnie w ramach konsorcjum Glomex MS s.r.o. z Lufthansa Technik AG oraz (ii) The Boeing Company. W oparciu o złożone oferty wstępne z ww. podmiotami przeprowadzono negocjacje, a następnie zaproszono je do składania ofert. Jak w wspomnianym

wcześniej, obie oferty podlegały odrzuceniu, niemniej ich analiza wskazuje, że:

- a) tylko spółka The Boeing Company była w stanie samodzielnie zrealizować zadanie, tzn. w żadnym zakresie (finansowym lub produkcyjnym) nie polegała na zasobach podmiotów trzecich;
- b) członkowie konsorcjum wspólnie spełniali wymagania podmiotowe. Glomex s.r.o. polegał na zasobach podmiotów trzecich zarówno w zakresie finansowym jak i produkcyjnym, z czego wynika, iż Glomex s.r.o. samodzielnie nie był w stanie zrealizować zadania;
- c) Glomex s.r.o. składając ofertę był świadomy, że będzie ona podlegała odrzuceniu z przyczyn formalnych (złożenie oferty przez podmiot nie zaproszony do składania ofert, brak wadium), a więc jej kalkulacja mogła być wykonana w sposób dowolny, gdyż i tak nie byłaby wiążąca dla stron. Ponadto zgłoszone przez Glomex s.r.o. uwagi w ofercie, dotyczące konieczności zmian zapisów umowy, mogły powodować wzrost końcowej wartości zamówienia.

Uwzględniając wszystkie powyższe wnioski za zasadne uznano skierowanie zaproszenia do negocjacji do podmiotu, mogącego samodzielnie zrealizować zadania i posiadającego w swojej ofercie (będącego producentem) samoloty rodziny Boeing, co znajduje uzasadnienie w tym iż:

65

- a) samoloty rodziny Boeing typu 737-800/BBJ2 jako jedyne były oferowane przez wykonawców w postępowaniu uprzednio prowadzonym w trybie konkurencyjnym - negocjacji z ogłoszeniem;
- b) spółka The Boeing Company jako producent samolotów zapewnia bezpośrednią (bez udziału pośredników) rezerwację samolotów nowych, co jest kluczowe z punktu widzenia realizacji zamówienia, jak również gwarantuje terminową ich dostawę, a w chwili obecnej jest właścicielem dwóch ostatnich egzemplarzy (tzw.: slotów produkcyjnych);
- c) spółka The Boeing Company jest producentem samolotów B737 wszystkich typów i wersji, właścicielem certyfikatów typu oraz wyłącznym właścicielem dokumentacji produkcyjnej samolotów bazowych.

Co istotne, przed wszczęciem postępowania zwrócono się do producenta samolotów B737-800 - spółki The Boeing Company, z szeregiem pytań, a uzyskane odpowiedzi wskazują, że The Boeing Company ma wyłączne prawa do dysponowania slotami/pozycjami produkcyjnymi samolotów, które były przedmiotem oferty złożonej w postępowaniu. Ponadto, The Boeing Company potwierdza, iż pozycje/sloty produkcyjne samolotów będące przedmiotem oferty złożonej w postępowaniu, nie zostały zarezerwowane, zastrzeżone lub w inny sposób objęte prawami osób trzecich. The Boeing Company jest również gotowa zarezerwować te same pozycje/sloty produkcyjne, które były przedmiotem oferty w postępowaniu, na potrzeby ich potencjalnej sprzedaży na rzecz Sił Zbrojnych RP na maksymalny okres do 45 dni kalendarzowych, liczonych od dnia 10 marca 2017 roku, z zastrzeżeniem wyniku jakiegokolwiek kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe oznacza, że tylko spółka The Boeing Company z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz związanych z ochroną praw wyłącznych, jest jedynym wykonawcą, który przy założeniu natychmiastowego wykonania zamówienia będzie w stanie złożyć ofertę i zrealizować dostawy oraz nie istnieje inne rozsądne rozwiązanie alternatywne lub zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Uwzględniając powyższe okoliczności, w ocenie Zamawiającego, spełnione zostały przesłanki wynikające z art 131h ust 6 pkt. 1 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a i b i art 131h ust 6 pkt 3 w zw. z art. 131a ust. 1 pkt 1 i ust. 2 Ustawy.

Dalej w aktach znajdują się dokumenty dotyczące powołania Komisji Przetargowej i innych osób biorących udział w postępowaniu, Regulamin pracy Komisji, wniosek o wszczęcie postępowania z argumentacją przedstawioną w taki sposób jak w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki skierowanym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

66

W dniu 10 marca 2017r. zamawiający zaprosił przystępującego do negocjacji załączając ogólne warunki umowy wraz z załącznikami, wóz oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia, wóz gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy i przykładowy wóz malowania samolotów, gdzie opis przedmiotu zamówienia stanowił załącznik nr 1A do OMU, gdzie w pkt. 1.2.1 opisano wymagany zasięg samolotu umożliwiający realizację lotu co najmniej z lotniska startu Warszawa i lądowaniem w Nowym Jorku z jednym międzylądowaniem, z kompletem nie mniej niż 85 pasażerów, bagażem oraz standardową załogą (2 pilotów, 4 osoby personelu pokładowego) zamawiający wskazał szczegółowe wymagania dotyczące wyliczenia zasięgu, m.in. z uwzględnieniem najbardziej niekorzystnej procedury odlotu i dolotu, paliwem dodatkowym (Extra Fuel) na 30 minut lotu z NOCS na poziomie FL100, lotnisko zapasowe Boston, trasa lotu WAW – KEF – JFK, średnia składowa wiatru czołowego 46kts, wskazano szczegółowe dane dotyczące założeń masowych do wyliczeń, prędkości, pułapu, masy startowej samolotu, dystansu oraz załącznik nr 1b do OMU, gdzie w 1.2 opisano wymagania dotyczące osiągnięć samolotów – zasięg nie mniejszy niż 5 500km z 65 pasażerami, bagażem, 2 pilotami i 4 osobami personelu pokładowego i powinien umożliwić realizację lotu transatlantyckiego z lotniska startu w Warszawie i lądowaniem w Nowym Jorku bez międzylądowania z co najmniej 30 pasażerami i standardową załogą, z podobnymi wymaganiami, co do obliczeń zasięgu jeśli chodzi o paliwo dodatkowe, lotnisko zapasowe składowej wiatru czołowego z inną trasą lotu, wskazano szczegółowe dane dotyczące założeń masowych do wyliczeń, prędkości, pułapu, masy startowej samolotu, dystansu. Samoloty miały składać się z kabiny załogi lotniczej, przedziału Business, przedziału pasażerskiego Economy, części cateringowej/cateringowych, części bagażowej, trzech toalet, przy czym samoloty nowe miały posiadać także przedział VIP z wydzielonym salonem HEAD, pomieszczenie operatora systemów specjalnych oraz w ramach trzech toalet jedną w podwyższonym standardzie w przedziale VIP. Nowe samoloty miały być także wyposażone w systemy łączności i identyfikacji oraz samoobrony samolotu – załącznik nr 1 do załącznika nr 1b do OMU.

Do postępowania dołączono pismo Glomex MS z dnia 10 marca 2017r., w którym informował on, że nie zachodzi przesłanka możliwości zrealizowania zamówienia wyłącznie przez jednego wykonawcę jako dysponującego slotami produkcyjnymi. Firma Glomex wskazała, że sloty produkcyjne samolotów Boeing B 737-800 są dedykowane również dla Lufthansa Technik AG, głównego podwykonawcę Glomex MS i nie widzą podstaw do pominięcia ich w postępowaniu, zwłaszcza, że do realizacji zamówienia zamierzali zaangażować Wojskowe Zakłady Lotnicze nr 2.

Dołączono także pismo z dnia 15 marca 2017r. firmy JET Aviation, w którym wskazuje ona, że jest licencjonowanym ośrodkiem produkcyjnym firmy Airbus i od 1997r. autoryzowanym

67

ośrodkiem produkcyjnym Boeinga i przez dwie dekady opracował 23 samoloty Airbus i 28 Boeing i zapewnił zgodność samolotów ACJ 319/320 i BBJ 737 z wymaganiami Rządu Polskiego. Wskazał na swoje doświadczenie w ostatnich dostawach samolotów ACJ 319 i 330 dla klienta z Bliskiego Wschodu. Wskazał na ilość zatrudnianych pracowników jak również doświadczenie w wyposażaniu samolotów w systemy auto-ochrony. Na kolejnych kartach akt postępowania znajdują się protokoły z negocjacji w okresie 13 marca 2017 – 17 marca 2017r. wraz z załącznikami oznaczone przez zamawiającego jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa Boeing stanowiące sprawozdanie z przebiegu negocjacji oraz obrazujące obszary negocjacji wpływające na zakres umowy. Dokumentacja postępowania zawiera także kopie odwołań wniesionych w sprawach KIO 514/17, KIO 525/17 i KIO 546/17.

Z dowodu dołączonego do odwołania w sprawie sygn. akt KIO 514/17 wynika, że odwołujący The Jet Business International Corp proponował zamawiającemu dwa nowe samoloty i jeden używany samolot VIP w szczególności dla modeli ACJ 319/320 i BBJ 737, pismo to nie zostało oznaczone datą i nie znajduje się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia, jednak zamawiający nie zaprzeczał, że takie pismo otrzymał i wskazał, że było to w dniu 15 marca 2017r.

Dowody przedłożone przez zamawiającego:

Z Kompleksowej Koncepcji Zabezpieczenia Transportu Powietrznego najważniejszych osób w państwie (VIP) wynika, że Siły Zbrojne RP nie posiadają zdolności do realizacji zabezpieczenia transportu powietrznego najważniejszych osób w państwie (w tym o statusie

HEAD) z wykorzystaniem samolotów pasażerskich. Zbadano, że udział w realizacji zadań lotniczych samolotu TU-154 wykorzystywanego jako samolot średni w okresie 2005-2009 stanowił proporcję 2 : 1 w stosunku do samolotów małych - JAK -40. Natomiast w przypadku czarterowanych samolotów nalot średnioroczny w latach 2012-2015 kształtował się na poziomie 512 godzin. 2014-2015 realizowano loty oznaczone statusem HEAD samolotami wojskowymi CASA C-295M, które są wyposażone w systemy obrony pasywnej i przystosowane do lotów na "teatrze działań".

Kryteria, którymi kierowano się przy prowadzeniu analiz:

- możliwości przewozowe statku powietrznego,
- zasięg
- ujednolicenie typu statku powietrznego,
- bezpieczeństwo systemu eksploatacji statków powietrznych,
- osiągnięcie i utrzymanie zdolności operacyjnych, w tym na czas kryzysu i wojny,
- zabezpieczenie szkolenia personelu latającego i technicznego.

Przewidziano zakup samolotów w wariantie 2+2, co daje możliwość zabezpieczenia przelotów kontynentalnych i transatlantyckich, co pozwoli na uniezależnienie się od firm

68

zewnątrznych, loty transatlantyckie będą mogły być realizowane z ograniczeniami przez samoloty średnie w liczbie co najmniej 30 pasażerów, oraz z co najmniej 8 pasażerami w przypadku samolotów małych, zadania transportu delegacji w lotach transatlantyckich realizować będzie można siłami MON przez samoloty średnie. Samoloty średnie będą stanowić zapasowy środek transportu dla samolotów małych w przypadku ich ograniczonej dostępności. Koncepcja przewidywała że nie ma zastosowania idea unifikacji wyposażenia i systemów pokładowych samolotów małych i średnich z uwagi na inny segment samolotów, co będzie jednak powodować pewne ograniczenia, które szczegółowo przedstawiono. Przeprowadzono także analizę organizacyjno-etatową wskazano na konieczność stworzenia dodatkowych komórek wewnątrznych i etatów, co następnie zaprezentowano w formule graficznej prezentacji rozkładu komórek w poszczególnych pionach organizacyjnych, ze wskazaniem ilości zwiększanych etatów. Przewidziano także konieczność zapewnienia szkoleń pilotów personelu powietrznego oraz asysty technicznej. Opisano także zasady eksploatacji pozyskanych samolotów. Wskazano, że szacowany koszt zakupu samolotu średniego to 100 000 000 dolarów netto, zaś koszt doposażenia w system samobrony aktywnej i pasywnej oraz łączności specjalnej to około 10 000 000 dolarów netto, a czas dostawy oszacowano na 30 - 36 miesięcy.

Realizacja koncepcji pozwoli na :

- zapewnienie transportu powietrznego najważniejszych osób w państwie,
- zapewnienie realizacji zadań na najwyższym poziomie bezpieczeństwa przewożonych,
- uzyskanie ciągłej dostępności statków powietrznych,
- zwiększenie możliwości i skrócenie czasu lotu na teatry działań, ograniczenie uzależnienia od podmiotów zewnętrznych, podniesienie poziomu bezpieczeństwa przez ustanowienie zdolności serwisowych w podmiotach krajowych.

Koncepcja została zatwierdzona w dniu 30 czerwca 2016r.

Z wymagań Taktyczno-Technicznych zatwierdzonych w dniu 30 czerwca 2016r. wynika, że samolot średni powinien zapewnić transport najważniejszych osób w państwie w warunkach podwyższonego komfortu i zwiększonego bezpieczeństwa. Samolot powinien realizować zadania transportu pasażerskiego z lotnisk PKW/PJW oraz w rejonach niebezpiecznych, być konstrukcją nową pochodzącą z produkcji bieżącej na dzień złożenia oferty, posiadać certyfikat dopuszczający konstrukcję do lotu od co najmniej 3 lat (na dzień złożenia oferty) oraz certyfikat typu lub uznany przez EASA, być eksploatowany według stanu technicznego z możliwością jego eksploatacji przez co najmniej 25 lat, wskazane jest, aby był na wyposażeniu Sił Zbrojnych państw NATO. Ma latać z prędkością nie mniejszą niż 0,7 Ma, na pułapie przelotowym nie mniejszym niż 10 000 m. Zasięg samolotu powinien być nie mniejszy niż 5500 km z nie mniej niż 65 pasażerami, bagażem oraz standardową załogą 2 pilotów 1 operator systemów łączności i uzbrojenia, 4 osoby personelu pokładowego,

69

umożliwić realizację lotu transatlantyckiego co najmniej z lotniska startu w Warszawie i lądowaniem w Nowym Jorku z 30 pasażerami, bagażem i standardową załogą, z

uwzględnieniem najbardziej niekorzystnej procedury odlotu i dolotu, paliwo dodatkowe na 60 min lotu z NOCS na poziomie FL100, lotnisko zapasowe Boston łączna masa pasażerów, bagażu i załogi 5330kg o określonej trasie przelotu, średnia składowa wiatru czołowego na całej trasie lotu 36 węzłów. Jako elementy krytyczne wskazano także strukturę samolotu, która powinna w zakresie co najmniej obciążeń struktur, płatowca i podwozia zapewnić bezpieczne użytkowanie samolotu przez co najmniej 30 000 godzin lotu z jak największą liczbą cykli, samolot powinien posiadać możliwość przewożenia nie mniej niż 65 pasażerów, w tym co najmniej 6 w przedziale VIP (w tym 4 miejsca w wydzielonym salonie HEAD przy stole konferencyjnym). Powinien składać się z kabiny załogi lotniczej, przedziału VIP z oddzielnym salonem HEAD i przedziałem towarowym, przedział business, przedział economy, część/części cateringowe, części bagażowej, toalet. Pozabazowa konfiguracja - trzy komplety w wojskowych lotniczych radiostacjach pokładowych, dwie wojskowe radiostacje HF, dwa transpondery systemu IFF, pokładowy system łączności satelitarnej, system wymiany informacji CPDLC, system łączności wewnętrznej, system łączności komórkowej GSM, terminal radiowy systemu LINK 16, lotniczy system adresowania i przekazywania wiadomości, system rejestracji, system samoobrony samolotu. Samolot będzie eksploatowany w systemie wojskowego transportu lotniczego. Wykonawca powinien wyrazić zgodę na to, że dostarczane samoloty będą eksploatowane w wojskowej organizacji obsługowej i nie uchyłać się do zobowiązań gwarancyjnych. Samolot będzie wpisany do wojskowego rejestru statków powietrznych, główną bazą samolotu będzie 1 BLTr w Warszawie. Wykonawcy mieli zaoferować także pakiet szkoleń dla personelu latającego i technicznego, przedstawiono także wymagania dotyczące eksploatacji i naprawy oraz minimalne wymagane okresy gwarancji. Co do potrzeb ilościowych zdefiniowano je jako 2 samoloty w tej samej konfiguracji i wyposażeniu z opcjonalną możliwością rozszerzenia zamówienia o dwa następne samoloty w tej samej konfiguracji i wyposażeniu, czas dostawy - po jednym samolocie w 2020 i 2021. Dodatkowo wskazano, że jeden z posiadanych hangarów będzie wymagał modernizacji.

Z decyzji nr 1/Org/IIU Ministra Obrony Narodowej z dnia 18 czerwca 2016r. wynika, że Szef Inspektoratu Uzbrojenia przygotowuje i przeprowadzi dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym na dostawę 2 nowych samolotów średnich i to postępowanie przeprowadzone zostanie bez procedury oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa. Postępowanie to zostanie przeprowadzone z zastrzeżeniem możliwości pozyskania dodatkowego samolotu używanego, w ramach tej samej procedury przetargowej - na podstawie decyzji o pozyskaniu tego samolotu podjętej w odrębnym trybie.

70

Z notatki ze spotkania z firmą Boeing w dniu 22 stycznia 2016r. wynika, że Boeing zaproponował samolot BBJ2, który jest sprawdzoną konstrukcją posiadającą certyfikat typu od 1999 i dostarczono go od 2001 w liczbie 21 statków powietrznych, przy czym proponowano samolot doposażony w 5 zbiorników dodatkowych, co umożliwi realizację lotów regionalnych i transatlantyckich z lotniskiem startu w Warszawie i lądowaniem w Nowym Jorku z 45-55 pasażerami na pokładzie. Co do zasady firma Boeing dostarcza samolot bazowy w czasie około 12 miesięcy, a na podstawie odrębnego kontraktu jest on wyposażany przez centra, które Boeing posiada w Lufthansa Technik i Sabena Technics, ale może też zrealizować kompleksową dostawę samolotów w ramach jednego kontraktu, wybór podwykonawców jest w ówczesną rolę producenta samolotu. Wprowadzenie dodatkowych wymagań takich jak system samoobrony i łączności specjalnej spowoduje znaczące wydłużenie cyklu produkcyjnego i może się wiązać z uzupełnieniem certyfikacji typu, firma posiada doświadczenie w tym względzie i opracowywała technologie w oparciu o rozwiązania SAAB, ELBIT, Northrop Grumman, odrębnym problemem jest pozyskanie Sprzętu w wojskowego w ramach FMS od rządu USA. Koszt jednego samolotu może wynieść około 429 mln PLN bez odmiennej konfiguracji pokładu, wyposażenia w systemy samoobrony i łączności specjalnej.

Z notatki ze spotkania z firmą Airbus w dniu 10 lutego 2016r. wynika, że firma jest skłonna zaoferować Airbus ACJ 319 Sharklets, który jest konstrukcją nowoczesną, a samoloty z rodziny ACJ zostały dostarczone ponad 180 klientom w tym w 33% do sektora rządowego. Samolot doposażony w 6 dodatkowych zbiorników jest w stanie wykonać lot transatlantycki ze startem w Warszawie i lądowaniem w Nowym Jorku z 50 pasażerami. Produkcja samolotu bazowego trwa 12 miesięcy, a potem samolot jest doposażany, łączny czas

dostawy to 18-24 miesiące. Samoloty w ramach oferty posiadają system ochrony własnej, system identyfikacji, możliwość transportu na noszach, system bezpiecznego przyziemiania, system Fly-by - fire, pomocniczą jednostkę zasilającą, anti-intrusion system, intercom pokładowy, zintegrowane schody, 5 letnią gwarancję na samolot bazowy z silnikami i 3 letnią na wyposażenie kabiny, ponadto możliwe są dodatkowe opcje. Cena jednego samolotu może wynieść około 336 mln zł, a dodatkowe zdolności podniosą tę cenę.

Ze sprawozdania z wyjazdu do Wielkiej Brytanii w okresie 10-13 lipca 2016r. wynika, że delegacja polska spotkała się z producentami samolotów małych: Bombardier Inc., Dassault Aviation, Gulfstream Aerospace Corporation, samolotów średnich - Boeing i Airbus, oraz odwiedziła producenta systemów obrony własnej BEA Systems. Z producentami samolotów średnich rozmawiano o możliwości pozyskania 2 nowych samolotów zasygnalizowano koncepcję zawarcia umowy w I kwartale 2017r. z dostawami w 2020 i 2021 przekazano informacje dotyczące oczekiwanej konfiguracji pokładu z uwzględnieniem ilości miejsc pasażerskich, w wymaganego zasięgu dla lotu regionalnego i transatlantyckiego oraz

71

dodatkowego wyposażenia specjalnego w tym min. systemu podtrzymywania życia wraz z noszami, systemu łączności satelitarnej i utajnionej, obrony własnej samolotu, IFF, LINK 16 oraz LINK 22. Poinformowano o systemie eksploatacji samolotów w ramach personelu bazy wojskowej, poddano pod rozważenie możliwość przeniesienia zdolności serwisowych do polskich zakładów posiadających udziały Skarbu Państwa (np. LOT Aircraft Maintenance Services sp. z o.o.), ponadto poinformowano o możliwym wymogu pozyskania w ramach tego samego postępowania 1 używanego samolotu tego samego typu co samoloty nowe, bez wyposażenia specjalnego i przeznaczonego do lotów regionalnych z terminem dostawy do 15 listopada 2017r. Producenci potwierdzili możliwość realizacji tych dostaw w wymaganych terminach.

Z załączonych zapytań do treści ogłoszenia nr 2016/S 169-304826 (negocjacje z ogłoszeniem) wynika, że wykonawcy pytali o możliwość skorzystania z podwykonawców spoza EWG, wymagań dotyczących podwykonawców, konieczności posiadania dostępu do informacji niejawnych, w jakich językach ma być składana. Pytania zadawali SRCLAW, DENTONS, Airbus Defence and Space Embraer.

Z załączonych wyjaśnień zamawiającego do treści ogłoszenia wynika, że zamawiający nie ograniczył podwykonawców do obszaru EWG, przedłużył termin składania wniosków o dopuszczenie do postępowania do 12 grudnia 2016r.

Z zestawienia przebiegu postępowań na zakup samolotów małych i średnich wynika, że postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem rozpoczęło się we wrześniu 2016r., złożenie wniosków o dopuszczenie do postępowania nastąpiło w dniu 12 grudnia 2016r. z uwagi na wnioski Airbus i Boeing, po złożeniu wniosków i wykluczeniu wykonawców, w padkow nastąpiło postępowanie odwoławcze, 10 stycznia 2017r. złożono oferty wstępne, następnie prowadzone były negocjacje, w dniu 8 marca 2017r. złożono oferty ostateczne, a w dacie 9 grudnia 2017r. obie oferty odrzucono i unieważniono postępowanie, a założony harmonogram był taki, że złożenie ofert wstępnych nastąpi w listopadzie 2016r., w styczniu złożenie ofert ostatecznych i wybór oferty w lutym 2017r.

Z wyroku z dnia 29 grudnia 2016r. sygn. akt KIO 2394/16 wynika, że wykonawca Aerospace International Group sro został przez zamawiającego prawidłowo wykluczony z postępowania i czynność zamawiającego na skutek wyroku i braku skargi tego wykonawcy stała się ostateczna.

W dniu 20 marca 2017r. zamawiający wystąpił do Szefa Służby Kontroli Wywiadu Wojskowego z pytaniem czy wobec firmy Aerospace International Group od momentu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą z wyroku z dnia 29 grudnia 2016r. sygn. akt KIO 2394/16 nastąpiły istotne zmiany umożliwiające udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w procedurze prowadzonej przez zamawiającego.

72

W dniu 20 marca 2017r. Służba Kontroli Wywiadu Wojskowego podtrzymała swoje zastrzeżenia dotyczące podmiotu wymienionego w piśmie nr IX/3450/17 z dnia 20 marca 2017r. wyrażone w pismach nr ZE-z-7350/16 z dnia 10 listopada 2016r., oraz ZE-pf-79/58/16 z 7 grudnia 2016r.

Z porównania odwołań The Jet Business International Corp z dnia 17 marca 2017r. oraz Alternheim Aviation AD z dnia 20 marca 2017r. wynika, że poza nazwą odwołującego oraz kilkoma fragmentami zdań, odwołania są praktycznie identyczne, choć zostały złożone w różnych datach i przez dwie różne kancelarie prawne. Z porównania odwołania Aerospace International Group z pozostałymi odwołaniami wynika, że wszystkie odwołania są zbliżone do siebie zarzutami i żądaniaми oraz wybrany merytorycznym KIO, w tym w zakresie doboru tez orzeczeń. Jednakże co do merytorycznej treści uzasadnienia odwołania Aerospace International Group nie posługuje się sformułowaniami użytymi przez pozostałych wykonawców.

Ze spotkania negocyjacyjnego z firmą Glomex sro i Lufthansa Technik AG wynika, że w ramach procedowanego postępowania zamawiający udzieli zaliczki w wysokości 540 mln zł. w terminie do 31 marca 2017r. pod rygorem unieważnienia postępowania z powodu wygaśnięcia środków finansowych przewidzianych na to zamówienie. Zamawiający apelował także do wykonawcy o racjonalny sposób kalkulacji ceny, gdyż w przypadku znacznego przekroczenia kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na zakup samolotów średnich postępowanie zostanie unieważnione. Wykonawca stwierdził, że możliwe jest spełnienie praktycznie wszystkich wymagań zamawiającego i zaoferował dostawę trzeciego nowego samolotu w miejsce używanego. Jednocześnie poinformował, że obecnie są tylko dwa samoloty spełniające wymagania w narzuconych przez zamawiającego terminach. Samoloty są przebudowywane do innej wersji i istnieje możliwość, że przed rozstrzygnięciem przetargu nie będą już dostępne. Przewodniczący Komisji przetargowej poinformował, że nie istnieje możliwość podpisania umowy w terminie późniejszym niż do końca marca 2017r., z przyczyn, które zostały już omówione.

Co do wniosku The Jet Business International Corp o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. techniki lotniczej, czy istnieją średnie samoloty pasażerskie inne niż Boeing 737-800, które spełniałyby wymagania postawione w ogłoszeniu o zawarcu umowy z 14 marca 2017 r. oraz wytycznych taktyczno-technicznych stanowiących zał. nr 3 do odpowiedzi na odwołanie oraz biegłego ds. rynku lotniczego na okoliczność, czy Boeing 737-800 w konfiguracji wynikającej z ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy z 14 marca 2017 r. oraz w warunkach taktyczno-technicznych, zał. nr 3 do odpowiedzi na odwołanie może być dostarczony przez inny podmiot, niż producenta. Pytanie to obejmuje także wyposażenie samolotu cywilnego w urządzenia wojskowe, takie jak system łączności specjalnej czy radio, Izba postanowiła oddalić wnioski dowodowe z opinii biegłych, wskazując, że przedmiotem zarzutów

73

w wszystkich odwołań jest wadliwe rozeznanie rynku zamówienia i błędne przyjęcie, że tylko producent Boeing jest w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie i na tę okoliczność odwołujący wnioskowali o skorzystanie z wiedzy specjalistycznej. Jednak w ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy w sprawie pozwala na rozstrzygnięcie tego zagadnienia bez sięgania do wiedzy specjalnej, a zatem wniosek ten nie służy wykazaniu okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia. Izba wzięła pod uwagę, że okolicznością istotną do ustalenia w postępowaniu jest to jaki był stan wiedzy zamawiającego, co do rozwiązań istniejących na rynku lotniczym spełniających jego wymagania w dacie podejmowania decyzji o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki i czy ta wiedza upoważniała zamawiającego do stwierdzenia istnienia przesłanek do zastosowania trybu z wolnej ręki, a te okoliczności nie wymagają wiedzy specjalistycznej i możliwe są do ustalenia w oparciu o dowody z dokumentów.

Izba ustaliła, że w sprawie ma zastosowanie następujący stan prawny:

Art. 2 pkt. 8a) przy sprzęcie wojskowym - należy przez to rozumieć wyposażenie specjalnie zaprojektowane lub zaadaptowane do potrzeb wojskowych i przeznaczone do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne;

Art. 2 pkt. 15) przy zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – należy przez to rozumieć zamówienia, o których mowa w art. 131a ust. 1;

Art. 7 ust. 1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 10 ust. 2. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Art. 24 ust. 1 pkt 20 z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;

Art. 29 ust. 1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Ust. 2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Ust. 3. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do

74

uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a w wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Art. 66. ust. 2. Zamawiający, po wszczęciu postępowania, może odpowiednio zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazać do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zawierające co najmniej:

- 1) nazwę (firmę) oraz adres zamawiającego;
- 2) określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia;
- 3) uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki;
- 4) nazwę (firmę) albo imię i nazwisko oraz adres wykonawcy, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia.

Art. 67 ust. 1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:
 - a) technicznych o obiektywnym charakterze,
 - b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów- jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia;

Art. 131a. 1. Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do zamówień publicznych udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, zwanych dalej "zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa", jeżeli przedmiotem zamówienia są:

1. Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, jeżeli przedmiotem zamówienia są:
 - 1) dostawy sprzętu w wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;

Art. 131d. 1. O udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą ubiegać się wykonawcy mający siedzibę albo miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła umowę międzynarodową dotyczącą tych zamówień.

Ust. 2. Zamawiający może określić w ogłoszeniu o zamówieniu, że o zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą ubiegać się również wykonawcy z innych państw, niż wymienione w ust. 1.

75

Art. 131e. ust. 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się:

- 5) wykonawców, którzy naruszyli zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, lub których uznano za nieposiadających wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa, także w inny sposób niż w drodze wydania decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której

mowa w art. 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych;

Ust. 3. Informacje stanowiące przesłankę utraty wiarygodności wykonawcy, wskazujące na możliwość utraty przez niego zdolności ochrony informacji niejawnych, podlegają ochronie zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych.

Ust. 4. Zamawiający odstępuje od uzasadnienia decyzji o wykluczeniu, w przypadku gdy informacje otrzymane od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, stanowiące podstawę wykluczenia wykonawcy z uwagi na zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, są informacjami niejawnymi i przekazujący je zastrzegł, iż nie wyraża zgody na udzielanie informacji o treści dokumentu.

Ust. 5. Zamawiający może odstąpić od obowiązku wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu.

Ust. 6. Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b, pkt 5, 8 i 9;

3) ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem

Na podstawie powyższych ustaleń Izba ustaliła następujące okoliczności :

Przedmiotem postępowania jest nabycie 1 samolotu średniego używanego z terminem dostawy do 15 listopada 2017 i 2 samolotów średnich nowych z terminami dostawy do 31 grudnia 2020 r. i 31 grudnia 2021. Samolot powinien realizować zadania transportu pasażerskiego z lotnisk PKW/PJW oraz w rejonach niebezpiecznych, być konstrukcją nową pochodzącą z produkcji bieżącej na dzień złożenia oferty, posiadać certyfikat dopuszczający konstrukcję do lotu od co najmniej 3 lat (na dzień złożenia oferty) oraz certyfikat typu lub uznany przez EASA, być eksploatowany według stanu technicznego z możliwością jego eksploatacji przez co najmniej 25 lat, wskazane jest, aby był na wyposażeniu Sił Zbrojnych państw NATO. Ma latać z prędkością nie mniejszą niż 0,7 Ma, na pułapie przelotowym nie mniejszym niż 10 000 m. Zasięg samolotu powinien być nie mniejszy niż 5500 km z nie mniej niż 65 pasażerami, bagażem oraz standardową załogą 2 pilotów 1 operator systemów

łączności i uzbrojenia, 4 osoby personelu pokładowego, umożliwić realizację lotu transatlantyckiego co najmniej z lotniska startu w Warszawie i lądowaniem w Nowym Jorku z 30 pasażerami, bagażem i standardową załogą, z uwzględnieniem najbardziej niekorzystnej procedury odlotu i dolotu, paliw o dodatkowe na 30 min lotu z NOCS na poziomie FL100, lotnisko zapasowe Boston łączna masa pasażerów, bagażu i załogi 5330kg o określonej trasie przelotu, średnia składowa wiatru czołowego na całej trasie lotu 36 węzłów. Jako elementy krytyczne wskazano także strukturę samolotu, która powinna w zakresie co najmniej obciążeń struktur, płatowca i podwozia zapewnić bezpieczne użytkowanie samolotu przez co najmniej 30 000 godzin lotu z jak największą liczbą cykli, samolot powinien posiadać możliwość przewozu nie mniej niż 65 pasażerów, w tym co najmniej 6 w przedziale VIP (w tym 4 miejsca w wydzielonym salonie HEAD przy stole konferencyjnym). Powinien składać się z kabiny załogi lotniczej, przedziału VIP z oddzielnym salonem HEAD i przedziałem towarowym, przedziałem business, przedziałem economy, część/części cateringowe, części bagażowej, toalet. Samoloty nowe miały być wyposażone w systemy aktywnej i pasywnej ochrony własnej samolotu, walki radioelektronicznej, łączności specjalnej IFF, LINK 16 i LINK 22. Izba oceniła zatem, że zamawiający prawidłowo ustalił, że zamówienie publiczne jest zamówieniem publicznym w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa, o których mowa w art. 131 a ust. 1 ustawy jeśli chodzi o samoloty nowe i art. 131a ust. 2 jeśli chodzi o samolot używany.

Izba ustaliła, że w ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości ex ante zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 29 ust. 1 – 3 ustawy. Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako dostawę samolotów średnich do przewozu najważniejszych osób w państwie i w uzasadnieniu przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki zamawiający wskazał, że zamówienie może być zrealizowane jedynie przez dostawę Boeinga BBJ2 737-800 od firmy The Boeing Company. Izba wzięła pod uwagę treść art. 68 ust. 1 ustawy, który stanowi, że wraz z zaproszeniem do negocjacji zamawiający przekazuje informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które

zostaną w prowadzone do treści zawieranej umowy, ogólne warunki umowy lub wzór umowy. Przepisów art. 36 ust. 1 – 3 oraz art. 37 i 38 nie stosuje się Przepisy art. 36a i 36b stosuje się odpowiednio. W ocenie Izby określenie przedmiotu zamówienia nie wskazywało na konkretny produkt, natomiast skoro zamawiający twierdzi, że dostawa jest możliwa tylko od jednego wykonawcy z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, to nie jest możliwe wykazanie zaistnienia tej przesłanki bez określenia przedmiotu dostawy w tymż nazwy i modelu i wskazania na jej unikalne cechy techniczne, które powodują, że nie jest możliwe uzyskanie potrzebnego zamawiającemu przedmiotu zamówienia od innego wykonawcy. Tym samym Izba oceniła twierdzenia odwołujących o naruszeniu przez zamawiającego przepisów

77

art. 29 ust. 1 – 3 ustawy jako niewiarygodne w świetle ustalonego stanu faktycznego i prawnego.

Izba ustaliła, że w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy ex ante z dnia 14 marca 2017r. zamawiający podał:

- I. określenie przedmiotu zamówienia: dostawa samolotów „średnich” do przewożenia najważniejszych osób w państwie
- II. co do wymogu określenia wielkości lub zakresu zamówienia to z następujących elementów uzasadnienia przesłanek wyboru trybu „Pobprzednie konkurencyjne postępowanie na dostawę trzech samolotów „średnich”(…)” i „W celu utrzymania realizacji kompleksowego harmonogramu osiągnięcia zdolności do przewożenia najważniejszych osób w państwie – wobec nieprzewidzianego złożenia ofert podlegających odrzuceniu, mimo przeprowadzonych negocjacji – za zasadną należy uznać zatem konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, zwłaszcza związanego z dostawą samolotu „używanego”, utrzymaniem terminów dostaw samolotów „nowych” można było w ocenie Izby ustalić, że zakres ten to 3 samoloty średnie – 1 używany i 2 nowe. Izba zwraca uwagę na różnice w treści normy art. 36 ust. 1 pkt. 3 ustawy, gdzie mowa jest o opisie przedmiotu zamówienia i art. 66 ust. 2 pkt 2 ustawy, gdzie mowa jest o określeniu przedmiotu zamówienia.
W ocenie Izby z ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante z dnia 14 marca 2017r. wynikają minimalne wymagania ustawowe określone w art. 66 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Zamawiający w ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości ex ante jako powód zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki podał:

- istnienie wyłącznie jednego oferenta – The Boeing Company, bo w postępowaniu w trybie negocjacji z ogłoszeniem oferty ostateczne zostały złożone wyłącznie na samolot Boeing BBJ2 737-800,
 - przyczyny techniczne – właściciel ostatnich 2 wolnych slotów przeznaczonych do BBJ2 737-800, które może zarezerwować dla Sił Zbrojnych RP na okres 45 dni od dnia 10 marca 2017r.,
 - prawa wyłączne – The Boeing jest wyłącznym właścicielem tych wolnych slotów
- Czyli zamawiający powołał się na przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki wynikające z art. 131h ust. 3 pkt 1 lit. a i b ustawy.
- Zamawiający w ogłoszeniu nie podał okoliczności służących wykazaniu, że nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, wskazał jedynie na to, że brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia, gdyż

78

przeprowadził postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem, w którym nie wpłynęły ważne oferty i które musiał unieważnić.

Zamawiający w ogłoszeniu powołał się także to, że ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego – unieważnienie postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia – bo niezrealizowane zostaną zadania państwowe – utrzymanie ciągłej zdolności operacyjnej z uwagi na brak dostępności samolotów, bezpieczeństwo przewożenia najważniejszych osób w państwie, zachowanie procesu przekształceń strukturalno-etatowych, wygaśnięcie części środków budżetowych, a nie

można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, czy odwołał się do przesłanek określonych w art. 131 h ust. 6 pkt 3 ustawy.

Iżba analizując informacje podane w ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości ex ante ustaliła, że na podstawie rozpoznania rynku w postaci spotkań ze stycznia i lutego 2016r. z przedstawicielami The Boeing Company i Airbus zamawiający ustalił, że obaj producenci oferują samoloty, które odpowiadają jego wymaganiom, w tym w zakresie lotu transatlantyckiego. Ze zgromadzonego materiału dowodowego nie wynika, żeby zamawiający na etapie rozeznania rynku poczynił ustalenia, że któryś z badanych producentów nie spełnia określonych przez niego wymagań w szczególności, co do lotu transatlantyckiego przy określonych szczególnych parametrach, z notatek z tych spotkań nie wynika, że zamawiający oczekiwał wykazania zasięgu samolotów podając obu producentom swoje konkretne wymagania w tym zakresie, co do prędkości, obciążenia, siły wiatru, warunków atmosferycznych, choć rzeczywiście w notatce ze spotkania z Boeingiem wskazano przy jakich parametrach technicznych osiągnięcie tego zasięgu jest możliwe, u Airbusa takiej informacji nie zawarto. Natomiast obaj producenci wskazywali na konieczność doposażenia proponowanych modeli w dodatkowe zbiorniki paliwa. Zamawiający nie wskazywał do żadnego z producentów ewentualnych problemów z kwestią ilości i wielkości pomieszczeń, a obaj producenci twierdzili, że wymagania zamawiającego są w stanie spełnić. Wówczas zamawiający nie dysponował jeszcze Wymaganiami Taktyczno-Technicznymi, które zostały zatwierdzone w dniu 30 czerwca 2016r. Jednak już po ich zatwierdzeniu zamawiający na targach Farnborough Airshow w lipcu 2017 nadal brał pod uwagę obu producentów Boeing i Airbus informując o planowanym harmonogramie postępowania o udzielenie zamówienia i koncepcji przeprowadzenia negocjacji z ogłoszeniem. Wówczas zamawiający podał prognozowany termin zawarcia umowy – I kwartał 2017r., a także terminy dostaw 15 listopada 2017r., 2020 i 2021. Podał informacje o oczekiwanej konfiguracji pokładu co najmniej 6 miejsc w przedziale VIP, 16 miejsc w business class, 43 w economy class, wymaganego zasięgu dla lotu regionalnego i

79

transatlantyckiego i wymaganego wyposażenia dodatkowego. Przy czym na tych targach po raz pierwszy pojawiła się informacja o samolocie używanym bez wyposażenia specjalnego i o zasięgu regionalnym. Obaj producenci potwierdzili możliwość spełnienia wymagań zamawiającego w tym w zakresie lotu transatlantyckiego jak również możliwość dostawy samolotu używanego we wskazanym terminie. Również z zapytań do treści ogłoszenia o zamówieniu w trybie negocjacji z ogłoszeniem wynika, że firma Airbus interesowała się możliwością złożenia oferty, a poza nią także Embraer oraz Boeing, a także inne podmioty, których statusu i nazw nie da się ustalić, bo w ich imieniu zapytania składały kancelarie prawne. Jednak na podstawie tych zapytań nie można ustalić, czy te podmioty miały jakieś zastrzeżenia do opisu przedmiotu zamówienia, lub do postanowień umownych, które wskazywałyby na brak możliwości udziału w postępowaniu. Przeciwnie wnioski o dopuszczenie do udziału, co nie jest sporne w postępowaniu złożyły cztery podmioty, z których dwaj wykonawcy nie zostali zaproszeni do składania ofert tj. Aerospace International Group i Megmar Logistics & Consulting. Obaj wykonawcy zostali wyeliminowani z postępowania ze względów podmiotowych, a więc nie można co do nich twierdzić kategorycznie, że z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze lub z uwagi na istnienie praw wyłącznych nie byłoby w stanie zaoferować dostawy samolotów. Co do Aerospace International Group, to na podstawie wypowiedzi tego wykonawcy na rozprawie można było ustalić, iż ma on możliwość zaoferowania samolotów z rodziny Airbus ACJ 319-320, w tym Neo. Samoloty takie proponowali zamawiającemu także The Jet Aviation z Bazylei pismem z dnia 15 marca 2017r, oraz The Jet Business International Corp pismem z dnia 15 marca 2017r., obaj ci wykonawcy poza samolotami firmy Airbus proponowali także dostawę Boeingów 737. Nadto co nie jest sporne konsorcjum Glomex sro i Lufthansa Technik AG oferowali zamawiającemu dostawę Boeinga 737-800, tak w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem jak i pismem z dnia 10 marca 2017r., gdzie wykonawca zapewnił o dostępności slotów. W ocenie Izby stanowisko jakoby ten wykonawca składał świadomie nieważną ofertę nie ma podstaw, skoro strony nie przeczą, że do dnia 20-21 marca 2017r. dostępem do tych slotów dysponował, to w ocenie Izby zakładając, że zamawiający zamierza dokonać wyboru oferty przed końcem marca 2017r. mógł zakładać, że ten wybór nastąpi w terminie umożliwiającym mu podtrzymanie

rezerwacji. Sam The Boeing Company w trakcie pierwszego spotkania w styczniu 2016r. wskazywał Lufthansę Technik AG, jako swoje centrum wyposażeniowe, a zatem w ocenie Izby wskazuje to na dobrą współpracę tych podmiotów i mogło dać szansę na wykonanie przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby tak zgromadzony materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjęcia, że dostawa może być świadczona tylko przez jednego wykonawcę, gdyż wykonawców mogących dostarczyć przedmiot zamówienia ujawniło się co najmniej 8 i to nie licząc odwołującego się Alaternheim Aviation AG, z czego do co najmniej 7 (wyjawszy

80

Aerospace International Group) zamawiający nie mógł przed wniesieniem odwołań przypuszczać, że nie są w stanie zrealizować zamówienia. Co do producenta Airbus i przedstawicieli tego producenta zamawiający nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu w celu wykazania, że możliwy przez nich do zaoferowania przedmiot dostawy nie spełnia wymagań zamawiającego, a twierdzenia zamawiającego o niespełnianiu wymagań dla lotu transatlantyckiego czy zbyt małej długości, aby mieścić wymagane pomieszczenia przeznaczone na pobyt określonej ilości osób nie zostały przez zamawiającego w żaden sposób wykazane. Przeciwnie zgromadzony materiał dowodowy wskazuje na to, że Airbus z rodziny ACJ z 6 dodatkowymi zbiornikami paliwa jest w stanie wykonać lot transatlantycki, jak również z notatki z międzynarodowych targów lotniczych wynika, że producent ten potwierdził wymagania dotyczące rodzaju pomieszczeń i ich pojemności. Zamawiający nie wykazał także, że ani producent Airbus, ani jego przedstawiciele nie dysponują wolnymi slotami, które mogłyby być zarezerwowane dla Sił Zbrojnych RP. Tym samym nie została przez zamawiającego wykazana pierwsza przesłanka – możliwość wykonania tylko przez jednego wykonawcę, nie została też wykazana przesłanka przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze – czyli wolne sloty, bo te deklarowali co do Boeinga tak sam producent jak i konsorcjum Glomex (w tym po unieważnieniu postępowania), a zamawiający nie zbadał, co ze slotami producenta Airbus i jego przedstawicieli. Tym samym w ocenie Izby zamawiający nieprawidłowo ustalił stan faktyczny przyjmując, iż istnieje tylko jeden wykonawca The Boeing Company zdolny wykonać dostawę, podczas gdy w prawidłowo ustalonym stanie faktycznym zamawiający nie mógł dokonać subsumpcji tegoż stanu pod przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a w związku z art. 131h ust. 6 pkt. 1 ustawy. Izba dała natomiast wiarę zamawiającemu, że nie wyznaczali rynku zamówień na statki powietrzne potencjalni dostawcy z Rosji czy Chin, gdyż ta okoliczność wynika z art. 131 d ustawy.

Izba wzięła w tym zakresie pod uwagę motyw dyrektywy obronnej nr:

(52) Może się zdarzyć, że w przypadku niektórych zakupów objętych zakresem niniejszej dyrektywy tylko jeden wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie z uwagi posiadania wyłącznych praw lub ze względów technicznych. W takich przypadkach instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający powinien mieć prawo udzielania zamówień lub zawierania umów ramowych bezpośrednio z tym jedynym wykonawcą. Jednak ze względów technicznych decydujące o tym, że tylko jeden wykonawca może zrealizować zamówienie, powinien być rygorystycznie zdefiniowane i uzasadnione w każdym indywidualnym przypadku. Może to obejmować przykładowo niemożność ze względów ściśle technicznych ze strony kandydata innego, niż wybrany wykonawca, realizacji wymaganych celów lub konieczność korzystania z wiedzy fachowej, narzędzi lub środków, którymi dysponuje tylko jeden wykonawca. Sytuacja taka może wystąpić przykładowo w przypadku modyfikacji lub modernizacji szczególnie

81

złożonego sprzętu. Względy techniczne mogą wynikać również z wymogów szczególnej interoperacyjności lub bezpieczeństwa, które muszą zostać spełnione, aby zapewnić funkcjonowanie sił zbrojnych lub służb bezpieczeństwa.

W ocenie Izby skoro Izba ustaliła, że poza The Boeing Company dostawę mógł wykonać Airbus, który jest również właścicielem slotów do produkcji swoich samolotów, to nie można było przyjąć, że Boeing dysponuje jako właściciel jedynymi prawami wyłącznymi do slotów. Przy czym Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że prawo własności jest takim prawem wyłącznym, które uniemożliwia dostawę innym wykonawcom, jest to prawo zwykłe, współdzielne (współłasność) jak i mogące być ograniczone wolą właściciela np. przez użytkowanie, czy umowy cywilnoprawne jak najem, dzierżawa itp. W tym zakresie

zbliża się ono do autorskich praw majątkowych, które także mają charakter zbywalny, a dostęp do nich może następować przez udzielenie licencji. Ochrona praw wyłącznych dotyczyć będzie raczej niemajątkowych praw autorskich, czy koncesji wyłącznych lub licencji wyłącznych, co jednak w przedmiotowej sprawie nie zostało wykazane.

Tym samym w ocenie Izby zamawiający nieprawidłowo ustalił stan faktyczny przyjmując, iż istnieje tylko jeden wykonawca The Boeing Company zdolny wykonać dostawę, podczas gdy w prawidłowo ustalonym stanie faktycznym zamawiający nie mógł dokonać subsumpcji tegoż stanu pod przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b w związku z art. 131h ust. 6 pkt. 1 ustawy.

Zamawiający jak już Izba sygnalizowała nie podjął nawet próby wykazania, że nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub zastępcze – mimo, że od 2012 świadczenie usług przewozu lotniczego najważniejszych osób w państwie wykonywane jest przez usługi czarterowe od PFL „LOT” i umowa ta trwa do 31 grudnia 2017r., a zamawiający nie wykazał, że po tym terminie nie mogła być przedłużona, jak również zamawiający nie wykazał, że nie jest możliwe wykonanie zastępcze przez realizację zamówienia za pomocą samolotów wojskowych CASA, które służą również do zadań na teatrze działań. Nadto zamawiający sam wskazał w Kompleksowej koncepcji zabezpieczenia transportu powietrznego najważniejszych osób w państwie VIP na uczestnictwo Polski w programie Multinational MRTT Fleet i możliwość korzystania z ich floty, a zamawiający nie wykazał, że w ramach tego uczestnictwa możliwe jest wyłącznie korzystanie z samolotów dużych i nie ma możliwości skorzystania z samolotów średnich. W ocenie Izby ustalony materiał dowodowy wskazuje na to, że zamawiający błędnie zastosował art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy w związku z art. 131h ust. 6 pkt. 1 ustawy.

Jak już ustalono wyżej zamawiający jako podstawę prawną zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wskazał art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy i podał, że natychmiastowe wykonanie zamówienia jest konieczne z uwagi na wyjątkową sytuację – złożenie ofert podlegających odrzuceniu i w konsekwencji unieważnienie postępowania, które to okoliczności nie są

82

zależne od zamawiającego i których nie mógł on przewidzieć, gdyż wolne sloty Boeinga są zarezerwowane na krótki czas, a niezrealizowanie zadania spowoduje, że ucierpi na tym ciągłość zdolności operacyjnej z uwagi na brak dostępności samolotów, bezpieczeństwo przewozu najważniejszych osób w państwie, zachowanie procesu przekształceń strukturalno-etatowych, wygaśnięcie części środków budżetowych.

W ocenie Izby przed zbadaaniem zaistnienia podanych przez zamawiającego przesłanek należy zbadać treść artykułu 28 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE - Przypadki uzasadniające zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu, gdzie ustawodawca unijny zaprojektował:

W następujących przypadkach instytucje/podmioty zamawiające mogą udzielać zamówień w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia, uzasadniając wykorzystanie tej procedury w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia zgodnie z wymogami art. 30 ust. 3:

1) w przypadku zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi:

d) w zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne, ze względu na wystąpienie pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których instytucje/podmioty zamawiające nie mogły przewidzieć, terminy przewidziane dla procedury ograniczonej lub negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia, w tym skrócone terminy, o których mowa w art. 33 ust. 7 nie mogą być dotrzymane. Zaistnienie okoliczności uzasadniających taką pilną konieczność nie może być w żadnym wypadku przypisane instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu.

Zatem ustawodawca unijny nie odnosi się jak argumentowały to strony i uczestnik postępowania do „natychmiastowego wykonania zamówienia”, ale do udzielenia zamówienia czyli zawarcia umowy. Nadto ustawodawca unijny mówi o tym, że procedura ta może być wykonana w takim zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne. Tym samym zamawiający zobowiązany był rozważyć, czy rzeczywiście udzielenie całego zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki jest absolutnie konieczne. W ocenie Izby należy wziąć w tym zakresie pod uwagę, że z Kompleksowej koncepcji zabezpieczenia transportu powietrznego najważniejszych osób w państwie VIP, ani z Wymagań Taktyczno-technicznych na średni samolot do przewozu najważniejszych osób w państwie nie wynika, że pierwotną wolą

zamawiającego było uzyskanie samolotu używanego, taka chęć i to w zamiarze ewentualnym pojawiła się dopiero w Programie Wieloletnim oraz decyzji nr 1/ORG/IU Ministra Obrony Narodowej z dnia 18 sierpnia 2017r., również notatka z międzynarodowych targów lotniczych wskazuje, że zakup 1 używanego samolotu jest zakupem ewentualnym. Tym samym w ocenie Izby nabycie go obecnie w tej procedurze nie było absolutnie

83

konieczne. W ocenie Izby również w tej procedurze nie była absolutnie konieczne nabycie samolotów nowych, gdyż jak już wskazywano powyżej w ocenie Izby zamawiający nie wykazał, że wyłącznie sloty, których właścicielem jest The Boeing Company mogą być wykorzystane do produkcji samolotów nowych. W ocenie Izby prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma jedynie dwa możliwe zakończenia pierwsze polegające na zawarciu umowy o zamówienie publiczne, drugie na unieważnieniu postępowania. Jak wynika ze sprawozdania Urzędu Zamówień Publicznych za rok 2015 w postępowaniach na dostawy składano średnio 2,35 oferty (w roku 2014 – 2,44; w 2013 – 2,48 a w 2012 – 2,47). Jak wynika z ogłoszeń o udzieleniu zamówienia w 19% (w roku 2014 również 19%) postępowań dochodziło do odrzucenia ofert. W ocenie Izby zatem ani unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ani fakt złożenia dwóch ofert ostatecznych, ani również fakt ich odrzucenia nie były wydarzeniami, których zamawiający nie mógł przewidzieć, gdyż w ocenie Izby są to zjawiska normalne występujące na rynku zamówień publicznych. Tym samym w ocenie Izby zamawiający błędnie ustalił, że nastąpiły wydarzenia nieprzewidywalne, które powodują konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia, co jest niemożliwe przy zachowaniu nawet skróconych terminów w innych trybach postępowania. Nadto Izba nie dała natomiast wiary stanowisku zamawiającego, co do przepadku kwoty 540 000 000zł. w sytuacji jej niewydatkowania do 31 marca 2017r., gdyż z jednej strony z przedstawionych dowodów wynika, że środki te mają być ostatecznie wydatkowane w tej dacie, a z drugiej z Programu wieloletniego wynika, że niewydatkowane w określonym terminie środki zwiększą nakłady na program w latach następnych. W ocenie Izby z zestawienia tych dowodów nie wynika, że środki niewykorzystane w ramach środków niewygasających za rok 2016r. wracają do budżetu państwa i nie są już przeznaczone na wydatek, jakim jest zakup samolotów średnich. Przeciwnie zgromadzony materiał dowodowy wskazuje na to, że środki te są alokowane w ramach programu przechodząc na kolejne lata finansowania. W ocenie Izby bardziej przekonującą do Izby argumentacją jest fakt, iż rezerwa wolnych slotów jest przedłużona o 45 dni licząc od dnia 10 marca 2017r. i zachodzi ryzyko ich utraty, a w konsekwencji wydłużenia okresu pozyskiwania nowych samolotów średnich, ale wobec braku wykazania, że inni wykonawcy nie są w stanie udostępnić slotów w późniejszym terminie bez zagrożenia terminów dostawy poszczególnych samolotów, to okoliczność ta w ocenie Izby nie może uzasadniać wyboru trybu postępowania jako zamówienia z wolnej ręki.

Izba przystąpiła także do zbadania możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawców: The Jet Business International Corp i Alternheim Aviation AG oraz Aerospace International Group.

Izba ustaliła, że zamawiający ostatecznie wykluczył wykonawcę Aerospace International Group z postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 131 e ust. 1 pkt 5

84

ustawy, czemu odwołujący nie przeczył, choć podnosił brak dowodu na to, że ta podstawa wykluczenia będzie się utrzymywać w dacie składania wniosków lub ofert w przyszłym postępowaniu. W ocenie Izby art. 179 ust. 1 ustawy interes w uzyskaniu zamówienia należy wykazać na datę złożenia odwołania. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego w dniu 29 grudnia 2016r. Izba w sprawie KIO 2394/16 orzekła, że wykluczenie odwołującego z postępowania było prawidłowe, a odwołujący nie kwestionował ostatecznego charakteru tego wykluczenia, zaś zamawiający udowodnił pismem Służby Kontroli Wywiadu Wojskowego, że na dzień 20 marca 2017r. (a więc także na dzień 17 marca 2017r. – data wniesienia odwołania) podstawy do wykluczenia z art. 131 e ust. 1 pkt 5 ustawy utrzymują się nadal. Izba wzięła pod uwagę motyw 65 i 67 dyrektywy obronnej

(65) Wykluczenie wykonawców powinno być również możliwe w przypadku gdy instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający posiada informacje, w stosownych przypadkach pochodzące z chronionego źródła, mówiące, że wykonawcy ci nie są wystarczająco

wiarygodni, aby wykluczyć zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego. Zagrożenie takie może wynikać z niektórych cech produktów dostarczonych przez kandydata lub z jego struktury własności.

(67) Ze względu na newralgiczny charakter sektora, zaufanie do wykonawców, którym udziela się zamówienia, jest rzeczą kluczową. Zaufanie to zależy szczególnie od ich zdolności do sprostania wymogom instytucji zamawiającej/ podmiotu zamawiającego w zakresie bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji. Ponadto żaden przepis niniejszej dyrektywy nie może uniemożliwić instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu wykluczenia wykonawcy na jakimkolwiek etapie procesu udzielania zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający posiadają informacje, z których wynika, że udzielenie całości lub którejkolwiek z części zamówienia wykonawcy mogłoby wiązać się z zagrożeniem podstawowych interesów bezpieczeństwa tego państwa członkowskiego.

Biorąc pod uwagę te okoliczności, w ocenie Izby zamawiający słusznie podniósł, że odwołujący Aerospace International Group nie wykazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia. Izba w tym miejscu zwraca uwagę na treść art. 24 ust. 7 ustawy, który wskazuje na to, że nie tylko w przypadku odwołującego Aerospace International Group wykluczenie z postępowania i to jakiegokolwiek, a nie danego może utrzymywać się w dłuższym przedziale czasowym. Tym samym nie jest niczym nadzwyczajnym, że dany wykonawca przez jakiś okres czasu nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż z przyczyn podmiotowych nie może go obiektywnie uzyskać, co także powoduje, że nie jest możliwe wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia przy wnoszeniu środków ochrony prawnej. W tym zakresie zamawiający prawidłowo i skutecznie powołał się na wyrok TSUE z dnia 21 grudnia 2016r. sygn. C-355/15 w sprawie Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich.

85

Izba zbadała następnie materiał dowodowy dotyczący zarzutu złożenia odwołania w czynnie nieuczciwej konkurencji tj. działając w ramach zмовы przetargowej. Zamawiający w ocenie Izby wykazał, że istnieją znaczące podobieństwa pomiędzy odwołaniami The Jet Business International Corp i Alternheim Aviation AG, tak co do zarzutów, żądań jak i argumentacji. Izba natomiast ustaliła, że takie znaczące podobieństwa upraw dopodabniające istnienie zмовы nie występują w odniesieniu do Aerospace International Group, gdyż dotyczą samych zarzutów, a te są w dużej mierze determinowane charakterem skarżonej czynności zamawiającego jak i żądań, które są z kolei determinowane postawionymi zarzutami, zatem zbieżności u wszystkich trzech wykonawców w tym zakresie w ocenie Izby w żaden sposób nie mogą w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości być ocenione jako pozytywny dowód istnienia zмовы przetargowej. Dalej zaś odwołanie Aerospace International Group wykazuje podobieństwa w zakresie doboru orzecznictwa Izby, w tym też, w ocenie Izby to również nie upraw dopodabnia zмовы przetargowej, gdyż w swojej istocie tryb zamówienia z wolnej ręki nie jest częstym powodem wnoszenia odwołań do Izby, co Izbie jest wiadome z urzędu, a zatem dobór orzeczeń w tym zakresie nie jest nieograniczony, nadto zbieżność też wynika w ocenie Izby z korzystania z podobnych lub nawet tych samych programów prawnych, które zamieszczają orzeczenia już uprzednio wyteżowane. Wobec powyższego taka zbieżność nie dowodzi w ocenie Izby, że Aerospace International Group działał w zмовie przetargowej z pozostałymi odwołującymi. Z kolei, aby rozstrzygnąć zasadność twierdzeń zamawiającego co do istnienia zмовы pomiędzy The Jet Business International Corp i Alternheim Aviation AG, to Izba wzięła pod uwagę fakt, że odwołanie The Jet Business International Corp zostało wniesione w dniu 17 marca 2017r., a odwołanie Alternheim Aviation AG w dniu 20 marca 2017r., zatem ich zbieżność może nie wynikać z istnienia zмовы, ale skorzystania przez jednego pełnomocnika z pracy drugiego pełnomocnika. Tym samym w ocenie Izby sam fakt praktycznej identyczności odwołań nie daje w wystarczających podstaw do stwierdzenia zмовы przetargowej. Gdyby wystarczające były niezbyt silne poszlaki, to również fakt złożenia przez przystępującego oraz firmę Glomex sro i Lufthansa Technik AG, co do których sam przystępujący oświadczył, że Lufthansa stanowi jego centrum wyposażeniowe na Europę, dwóch ofert o różniących cenach na ten sam przedmiot zamówienia, gdzie tańsza oferta obarczona była brakiem eliminującym z postępowania – jest opisywany w literaturze przedmiotu jako jeden z możliwych przejawów zмовы przetargowej, a zamawiający takich też w tym przypadku nie postawił, ani nie analizował jako przeszkód w zaproszeniu do negocjacji.

Ponadto Izba wzięła pod uwagę

jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na:

6) ograniczeniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem

7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Dz.U. 1993 Nr 47 poz. 211 ze zm., gdzie czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Ust. 2 Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, porównanie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniące funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym

Oraz art. 15 ust. 1. czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Zgodnie z ust. 2. czyn, o którym mowa w ust. 1 pkt 5, może polegać w szczególności na:

- 1) ograniczeniu w istotny sposób lub wylączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy.

W ocenie Izby również z uwagi na brzmienie powyższych przepisów nie można uznać, że wniesienie odwołań w niniejszej sprawie spowoduje ograniczenie, wyeliminowanie czy naruszenie konkurencji na danym rynku lub utrudnianie dostępu do rynku. Sam zamawiający przyznał, że jeżeli nie zawrze umowy do dnia 31 marca 2017r., to zawarcie takiej umowy nie będzie możliwe z żadnym z wykonawców, w tym z odwołującymi, tym samym oni, ani przystępujący zamówienia nie uzyskają. Dalej zamawiający wskazywał, że konieczne będzie przeprowadzenie postępowania w późniejszym terminie, które oddali perspektywę czasową uzyskania pełnej zdolności transportu powietrznego najważniejszych osób w państwie, jednak w ocenie Izby takie oddalenie w czasie nie spowoduje wyeliminowania przystępującego, czy ograniczenia mu dostępu, skoro będzie mógł startować z nowym

Boeingiem 737-800 MAX. Nadto samo skorzystanie ze środków ochrony prawnej ma na celu uzyskanie dostępu do postępowania, w którym odwołujący będą mogli złożyć oferty, a tym samym nie dojdzie do ograniczenia, ani wyeliminowania konkurencji. W tym stanie rzeczy Izba nie dała wiary zamawiającemu, że pomiędzy odwołującymi The Jet Business International Corp i Alternheim Aviation doszło do porozumienia zakazanego na gruncie art. 6 ust. 1 pkt. 6 i 7 uokik, ani art. 15 ust. 1 pkt 5 w związku z ust. 2 pkt 1 uznk. W konsekwencji Izba oceniła, że obaj ci wykonawcy jako działający na rynku lotniczym mają interes w uzyskaniu zamówienia w szczególności dążąc do otwarcia postępowania na konkurencję. Izba ustaliła ponadto, że w dniu 31 marca 2017 r. zamawiający na skutek uchylecia przez Izbę w dniu 30 marca 2017r. zakazu zawarcia umowy zawarł umowę z firmą The Boeing Company.

Izba wobec powyższego ustalenia wzięła pod uwagę, że treść art. 192 ust. 3 ustawy determinuje treść rozstrzygnięcia Izby w przypadku uwzględniania przez nią odwołań, w zależności od tego czy umowa o zamówienie publiczne została zawarta, czy też nie. Na ten problem zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Kielcach w wyroku z dnia 3 października 2014r.

sygn. akt VII Ga 150/14. Izba ustaliła, że zawarcie umowy nastąpiło w okolicznościach przewidzianych w ustawie tj. na skutek uchylenia przez Izbę zakazu zawarcia umowy, tym samym Izba utraciła możliwość nakazania zamawiającemu wykonania lub powtórzenia czynności lub nakazania unieważnienia czynności i zobowiązana była wziąć pod uwagę art. 192 ust. 3 pkt 4 ustawy.

Izba wzięła w tym zakresie pod uwagę motyw 73 dyrektywy obronnej, zgodnie z którym (73) Procedury odwoławcze powinny jednak uwzględniać ochronę interesów w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa w związku z procedurami organów odwoławczych, wyborem środków tymczasowych lub sankcji nałożonych za niewywiązanie się z zobowiązań odnoszących się do przejrzystości i konkurencji. Szczególnie państwa członkowskie powinny móc postanowić, że organ odwoławczy niezależny od instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego może nie uznać umowy za nieskuteczną, chociaż zamówienie zostało udzielone bezprawnie z przyczyn, o których mowa w niniejszej dyrektywie, jeżeli stwierdzi on, po rozpatrzeniu wszystkich istotnych aspektów, że nadrzędne przyczyny związane z interesem ogólnym wymagają utrzymania skutków umowy w mocy. W świetle charakteru i cech robót, dostaw i usług objętych zakresem niniejszej dyrektywy takie nadrzędne przyczyny powinny przede wszystkim wiązać się z ogólnymi interesami obronności i bezpieczeństwa państw członkowskich. Mogłoby tak być przykładowo w przypadku gdy nieskuteczność umowy poważnie zagroziłaby nie tylko realizacji konkretnego projektu będącego przedmiotem umowy, ale także istnieniu szerszego programu w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, którego projekt jest częścią.

88

Podstawą rozstrzygnięcia Izby jest art. 192 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.

Art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Art. 192 ust. 3 ust. Uwzględniając odwołanie, Izba może:

Zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt. 3 ustawy uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie – stwierdzić naruszenie przepisów ustawy.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie wystąpiły przesłanki z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby koniecznością odrzucenia któregośkolwiek z odwołań.

Izba oceniła, że odwołujący The Jet Business International Corp i odwołujący Alternheim Aviation AG wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnili materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Sygn. akt KIO 525/17

Izba oceniła, że odwołujący Aerospace International Group nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż przeszkoda podmiotowa udziału w postępowaniu w postaci niedawania przez tego odwołującego gwarancji braku zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa (art. 131e ust. 1 pkt 5 ustawy) utrzymywała się na datę wniesienia odwołania, a tym samym odwołujący nie wykazał, że miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Nie wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia przez odwołującego powoduje, iż nie wypełnił on przesłanki materialnoprawnej skuteczności odwołania. W konsekwencji odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 525/17 z mocy art. 192 ust. 1 i 2 ustawy podlegało oddaleniu bez rozstrzygania merytorycznego zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Sygn. akt KIO 514/17 i KIO 546/17

Oba odwołania z uwagi na tożsamość zarzutów i żądań zostaną rozpoznane łącznie: Odwołania zasługują na uwzględnienie.

89

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 2 i 3 ustawy przez wskazanie w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, że przedmiotem zamówienia jest samolot typu Boeing 737-800, podczas gdy brak jest przesłanek do stwierdzenia, że tylko tego typu maszyny odpowiadają uzasadnionym potrzebom zamawiającego

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego i prawnego zamawiający nie miał obowiązku dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 29 ust. 2 i 3 ustawy w ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości ex ante. Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia z odwołaniem się do konkretnego produktu. Produkt ten został podany przez zamawiającego nie jako opis przedmiotu zamówienia, ale jako element wykazania, że zaistniały przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy w związku z art. 131h ust. 6 pkt 1 ustawy. Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego naruszenie art. 66 ust. 2 pkt 2 ustawy przez nieuwzględnienie w ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki informacji o przedmiocie oraz wielkości lub zakresie zamówienia;

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego i prawnego zamawiający miał obowiązek określić przedmiot zamówienia i zrobić to wskazując na dostawę samolotów średnich do przewożenia najważniejszych osób w państwie VIP. Zamawiający miał obowiązek określić zakres zamówienia i ten zakres daje się ustalić na podstawie uzasadnienia wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki jako 1 samolot używany i 2 samoloty nowe. Biorąc to pod uwagę Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 66 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy w zw. z art. 131h ust. 6 pkt 1 ustawy i art. 10 ust. 2 ustawy, przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w odniesieniu do zamówienia publicznego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, sytuacji w której nie zachodzą przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, które przesądzałyby, że dostawa może być zrealizowana tylko przez jednego wykonawcę;

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego i prawnego zamawiający błędnie przyjął, że istnieje tylko jeden wykonawca zdolny dostarczyć mu przedmiot zamówienia, gdyż jak wynika z ustaleń faktycznych poczynionych przez Izbę istnieje więcej niż jeden podmiot zdolny dostarczyć zamawiającemu samolot średni w

90

wymaganej konfiguracji. Izba zwraca uwagę, że w przypadku odwołania na wybór trybu postępowania, na odwołującym spoczywa jedynie ciężar upraw dopodobnienia, że przesłanki, które podał zamawiający jako podstawę wyboru trybu postępowania nie istnieją lub zamawiający nieprawidłowo ustalił ich istnienie. Natomiast ciężar dowodu, że istniały przesłanki w wyborze trybu postępowania obciąża zamawiającego. Nadto granice oceny wykazania tych przesłanek są wyznaczone treścią ogłoszenia, gdyż to ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w procedurze dobrowolnej przejrzystości ex ante stanowiło czynność, o której wykonawca powziął wiadomość, o której mowa w art. 182 ust. 3 pkt. 1 ustawy. W ocenie Izby odwołujący upraw dopodobili, że poza The Boeing Company i samymi odwołującymi istnieją inni wykonawcy zdolni wykonać zamówienie jak Airbus, konsorcjum Glomex sro i Lufthansa Technik czy The Jet Aviation. Zamawiający natomiast nie wykazał, że z uwagi na określone przez niego wymagania ci wykonawcy nie są w stanie zamówienia wykonać. Zamawiający w ogłoszeniu nie powołał się na wymóg 3 lat w służbie, ani na wykonanie lotu transatlantyckiego WAW-JFK bez międzylądowania z rezerwą paliwa i przy spełnieniu innych parametrów, tym samym nie mogą mieć one obecnie znaczenia dla oceny postępowania zamawiającego. Zamawiający nie wykazał także nie istnieją wykonawcy posiadający wolne sloty lub sloty zarezerwowane, które mogą przeznaczyć na produkcję dla zamawiającego nowych samolotów w wymaganych terminach. Zamawiający w ogóle nie odniósł się do ustawowej przesłanki, jaką jest konieczność wykazania nie istnienia rozsądnych rozwiązań alternatywnych czy zastępczych. Biorąc powyższe pod uwagę Izba oceniła, że zamawiający naruszył art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy w związku z art. 131h

ust. 6 pkt 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 131h ust. 6 pkt. 3 ustawy w zw. z art. 10 ust. 2 ustawy, przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, w której nie została zrealizowana hipoteza normy prawnej wynikającej z ww. przepisu, ponieważ w okresie od 2011 r. nie wydarzyła się żadna wyjątkowa sytuacja, niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, a która wymaga natychmiastowego wykonania zamówienia - w szczególności nie można rozpatrywać w tych kategoriach unieważnienia poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem unieważnienie postępowania nie jest w praktyce - w tym również w praktyce zamawiającego — sytuacją wyjątkową.

Zarzut potwierdził się. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego i prawnego zamawiający nie wykazał, że natychmiastowa konieczność wykonania zamówienia zachodzi w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia, zwłaszcza, że początkowo nie planował zakupu samolotu używanego, a samolot ten nie ma posiadać zdolności do lotu transatlantyckiego ani

91

zdolności bojowej – system aktywnej i pasywnej obrony własnej, systemy łączności specjalnej itp. Zamawiający nie wykazał także, że uzyskanie samolotów w późniejszym terminie będzie niemożliwe, sam zamawiający przyznawał, że będzie możliwe, ale z dużym opóźnieniem czasowym. Okoliczności odrzucenia ofert ostatecznych i unieważnienia postępowania nie były okolicznościami niemożliwymi do przewidzenia przez zamawiającego. Tym samym zamawiający nie wykazał wypełnienia przesłanek z art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy i w konsekwencji Izba stwierdziła naruszenie tego przepisu.

Izba biorąc pod uwagę, że zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy w związku z art. 131h ust. 6 pkt 1 ustawy i przesłanek z art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy stosując tryb zamówienia z wolnej ręki dopuścił się także obrazy art. 10 ust. 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez nieuzasadnione faworyzowanie producenta samolotów Boeing, polegające na przyjętym z góry zamiarze udzielenia zamówienia producentowi samolotów Boeing, pomimo tego, że na rynku istnieją inni wykonawcy, mogący zrealizować zamówienie - którym uniemożliwiono przystąpienie do postępowania, wyłączając tym samym całkowicie możliwość konkurencji;

Zarzut potwierdził się. Skoro zamawiający zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki nie wykazując obligatoryjnych przesłanek jego zastosowania, to dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji i nierówno potraktował wykonawców zdolnych do zamówienia wykonać. Biorąc to pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt. 3 ustawy.

W sprawach sygn. akt KIO 514/17 i KIO 546/17

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b 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 ze zm. Z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszty wpisów od odwołań uiszczonej przez odwołujących się The Jet Business International Corp i Altnheim Aviation AG oraz nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz odwołujących kosztów związanych z wniesionym w pisem oraz kosztami zastępstwa prawnego, zgodnie ze złożonymi fakturami VAT, z ograniczeniem w zakresie zastępstwa prawnego do kwoty maksymalnej dopuszczonej przez rozporządzenie.

92

W sprawie sygn. akt KIO 525/17

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa

Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od
odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania
(Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego
postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczanego przez odwołującego
Aerospace International Group. .

Przewodniczący:

Członkowie:

.....