

WYROK

z dnia 10 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Monika Szymanowska

Aneta Mlącka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2018 r. przez wykonawcę **Airbus Helicopters société par actions simplifiée z siedzibą w Marignane Cedex (Francja)**, w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Polskie Zakłady Lotnicze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Airbus Helicopters société par actions simplifiée z siedzibą w Marignane Cedex (Francja)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez

wykonawcę **Airbus Helicopters société par actions simplifiée** z siedzibą
w **Marignane Cedex (Francja)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień
publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia
jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej,
do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....
.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Główna Policji w Warszawie – udzielił zamówienia z wolnej ręki na dostawę dwóch sztuk śmigłowców transportowych dla Policji.

W postępowaniu zastosowanie mają przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwaną dalej ustawą P.z.p.

Stanowisko odwołującego:

W dniu 10 lipca 2018 roku wykonawca Airbus Helicopters société par actions simplifiée z siedzibą w Marignane Cedex, Francja (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec następujących czynności zamawiającego:

- (i) wybór trybu zamówienia z wolnej ręki i przeprowadzenie postępowania w tym trybie,
- (ii) sposób określenia wymagań zamawiającego odnośnie do przedmiotu zamówienia,
- (iii) udzielenie zamówienia Polskim Zakładom Lotniczym Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 131h ust. 6 pkt 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez:

- wybór trybu zamówienia z wolnej ręki i przeprowadzenie postępowania w tym trybie,

- udzielenie zamówienia i zawarcie umowy z Polskimi Zakładami Lotniczymi Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu, mimo iż:

- ustawowe przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki nie zostały spełnione, w szczególności nie istnieją żadne przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, ze względu na które zamówienie mogłoby zostać zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, a ponadto:

- Odwołujący posiada wszelkie niezbędne środki i możliwość realizacji zamówienia oraz wyraża gotowość do jego wykonania, o czym poinformował zamawiającego;

- 2) z ostrożności, także naruszenie art. 131h ust. 6 pkt 2 i 3 ustawy P.z.p., poprzez:

wybór trybu zamówienia z wolnej ręki i przeprowadzenie postępowania w tym

udzielenie zamówienia i zawarcie umowy z Polskimi Zakładami Lotniczymi Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu, mimo iż:

nie ma miejsca sytuacja kryzysowa, ze względu na którą wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, a także

nie ma miejsca wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, ze względu na którą wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem;

3) z ostrożności, także naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia, tj..

- uwzględnienie w opisie przedmiotu zamówienia, jako decydujących dla wyboru oferty Polskich Zakładów Lotniczych Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu okoliczności nieistotnych z perspektywy potrzeb operacyjnych jednostek Policji, w szczególności jednostek antyterrorystycznych (Biura Operacji Antyterrorystycznych), lub

- opis przedmiotu zamówienia w taki sposób, by wymaganiom zamawiającego nie mogły sprostać oferty innych wykonawców, lecz wyłącznie oferta jednego wykonawcy — Polskich Zakładów Lotniczych Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu, co stanowiło celowe zawężenie parametrów zamówienia oraz rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

W związku z powyższymi zarzutami, odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz:

1) unieważnienie umowy na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. a w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p.;

2) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, od zamawiającego na rzecz odwołującego, według norm przepisanych.

Ponadto, na podstawie § 24 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r. poz. 964 ze zm.), odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do przedstawienia wszelkiej dokumentacji dotyczącej postępowania, w szczególności:

1) protokołu postępowania w rozumieniu art. 96 ust. 1 ustawy P.z.p., wraz z załącznikami;

2) szczegółowego harmonogramu postępowania wskazującego daty poszczególnych czynności podjętych przez zamawiającego;

- 3) zawiadomienia o wszczęciu postępowania skierowanego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych;
- 4) dokumentów lub innych dowodów, na podstawie których zamawiający podjął decyzję o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki, w tym dokumentacji z dialogu technicznego (jeśli został przeprowadzony);
- 5) dokumentów lub innych dowodów wskazujących wymogi odnoszące się do przedmiotu zamówienia (w tym wymagań jednostek antyterrorystycznych Policji, w oparciu o które zostały określone parametry techniczne śmigłowców oraz samych parametrów), które w przekonaniu zamawiającego mogły zostać spełnione wyłącznie przez śmigłowce S-70i Black Hawk wyprodukowane przez Polskie Zakłady Lotnicze Sp. z o.o., a tym samym nie mogły zostać spełnione przez produkty Airbus lub innych potencjalnych wykonawców;
- 6) umowy zawartej przez zamawiającego z Polskimi Zakładami Lotniczymi Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu w dniu 30 maja 2018 r., w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie z wolnej ręki na dostawę 2 szt. śmigłowców transportowych dla Policji, nr 78/Cut/18/MP.

Odwołujący wniósł również o przeprowadzenie dowodu z:

- 1) zeznań świadków — W.K., B.M. d. G. oraz M. P. , na okoliczność braku podstaw do oceny ofert producentów śmigłowców przeznaczonych na potrzeby Policji i innych służb bezpieczeństwa poprzez zapoznanie się z informacjami zawartymi na stronach internetowych poszczególnych producentów, bez ustalenia zakresu możliwości dostosowania oferty (m.in- w zakresie parametrów technicznych) do indywidualnych potrzeb nabywcy, a także na okoliczność sposobu przygotowywania przez producentów ofert dostawy śmigłowców oraz na okoliczność współpracy odwołującego ze służbami policyjnymi wielu krajów poprzez dostawy śmigłowców;
- 2) dokumentów i wydruków oraz innych materiałów załączonych do odwołania:
 - na okoliczność braku podstaw do oceny ofert producentów śmigłowców przeznaczonych na potrzeby policji i innych służb bezpieczeństwa poprzez zapoznanie się z informacjami zawartymi na stronach internetowych poszczególnych producentów, bez ustalenia zakresu możliwości dostosowania oferty (m.in- w zakresie parametrów technicznych) do indywidualnych potrzeb nabywcy, a także na okoliczność sposobu przygotowywania przez producentów ofert dostawy śmigłowców,
 - na inne okoliczności szczegółowo wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący podniósł, że naruszenie przepisów ustawy P.z.p., którego dopuścił się zamawiający, miało rażący charakter. Świadczy o tym choćby fakt, że twierdzenie o możliwości dostarczenia śmigłowców transportowych dla Policji tylko przez jednego wykonawcę zamawiający miał oprzeć na wynikach internetowej kwerendy. Oznacza to, że kluczowe dla przebiegu postępowania ustalenie (decydujące o odstąpieniu od stosowania trybu konkurencyjnego) miało zostać poczynione na podstawie lektury stron internetowych producentów śmigłowców, mimo że na stronach tych dostępne są jedynie ogólne informacje na temat produkowanego sprzętu, w dużej mierze mające charakter marketingowy. Powszechną praktyką na rynku produkcji tego typu maszyn jest natomiast daleko idąca indywidualizacja oferty, tj. dostosowywanie parametrów technicznych śmigłowca do potrzeb konkretnego odbiorcy. Co więcej, zamawiający całkowicie pominął przekazane mu na piśmie stanowisko odwołującego, który wyraźnie wskazał na ograniczoną użyteczność danych dostępnych w internecie i zapewnił o możliwości spełnienia przez Airbus najwyższych wymagań w zakresie produkcji sprzętu dla służb policyjnych. W ocenie odwołującego, ocena właściwości śmigłowców na podstawie lektury treści stron internetowych z całą pewnością nie może uzasadniać twierdzenia o spełnieniu wymagań zamawiającego wyłącznie przez śmigłowiec S-70i Black Hawk.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie dokonał publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy przewidzianego w art. 66 ust. 2 ustawy P.z.p. Odwołujący o postępowaniu dowiedział się z prasy, w tym z wypowiedzi rzecznika prasowego zamawiającego z dnia 27 kwietnia 2018 r. zamieszczonego na łamach portalu InfoSecurity24 oraz z wypowiedzi Komendanta Głównego Policji z dnia 9 maja 2018 roku.

Odwołujący wskazał, że z wypowiedzi Komendanta Głównego Policji wynika, że:

Zamawiający sformułował sześć wymagań, które powinny spełniać śmigłowce objęte zamówieniem,

- (ii) wymogi te ustalono na podstawie taktyki operacyjnej jednostek antyterrorystycznych
- (iii) śmigłowce objęte zamówieniem powinny w szczególności umożliwiać przeprowadzenie szybkiego desantu i ewakuacji;
- (iv) istotnym kryterium udzielenia zamówienia był czas dostawy — zamawiający przyjął, iż śmigłowce muszą zostać dostarczone do końca 2018 r.; dla zamawiającego ważne jest również, by wykonawca był w stanie zapewnić serwis śmigłowców na terenie Polski;
- (vi) zamawiający prowadził także rozmowy z innym producentem wielozadaniowych śmigłowców — Wytwórnią Sprzętu Komunikacyjnego „PZL-Świdnik” S.A. z siedzibą w Świdniku;

(vii) zamawiający ustalił, że sformułowane przezeń wymogi spełnia wyłącznie jeden model śmigłowca — Black Hawk S70 produkowany przez Polskie Zakłady Lotnicze Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu;

(viii) powyższe ustalenie zostało dokonane przez zamawiającego na podstawie ogólnodostępnych informacji zamieszczonych na stronach internetowych producentów śmigłowców;

(ix) w związku z powyższym, zamawiający przyjął, że została spełniona przesłanka udzielenia zamówienia z wolnej ręki określona w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a P.z.p.

Odwołujący podniósł, że w dniu 30 maja 2017 r. pomiędzy zamawiającym a Polskimi Zakładami Lotniczymi Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu została zawarta umowa, a informacja na ten temat pojawiła się m.in. w portalu internetowym www.hej.mielec.pl, a także na stronie internetowej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia ukazało się natomiast w dniu 3 lipca 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (S 125) 1. W ogłoszeniu tym kryteria udzielenia zamówienia nie zostały ujawnione. Zamawiający zadeklarował, iż „wybrana konstrukcja posiada unikatowe rozwiązania techniczne, konstrukcyjne i funkcjonalne”. Nie wyjaśnił jednak, o jakie unikatowe rozwiązania chodzi, powołując się na poufność tych danych.

Odwołujący poinformował, że w dniu 12 kwietnia 2018 r. oraz w dniu 11 maja 2018 roku skierował do Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji pisma z propozycją przedstawienia własnej oferty. W pismach tych odwołujący zapewnił o możliwości zaoferowania polskiej Policji kompletnych rozwiązań w zakresie dostawy śmigłowców dostosowanych do potrzeb jednostek antyterrorystycznych, jak również obsługi technicznej dostarczonych maszyn. Analogiczne informacje znalazły się w piśmie odwołującego z dnia 20 kwietnia 2018 r. skierowanym do Komendanta Głównego Policji. Na żadne z ww. pism odwołujący nie otrzymał odpowiedzi.

W dniu 7 maja 2018 r. złożył odwołanie do KIO, wskazując na brak podstaw do zastosowania trybu z wolnej ręki dla udzielenia zamówienia publicznego. W dniu 28 maja 2018 r. odwołanie to zostało odrzucone przez KIO jako przedwczesne.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia na dostawę takich maszyn dla polskiej Policji. Wobec tego, zarzucane w niniejszym odwołaniu naruszenia przepisów Pzp, skutkujące udzieleniem zamówienia publicznego Polskim Zakładom Lotniczym Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu, narażają odwołującego na poniesienie szkody w postaci utraty zysku, jaki osiągnąłby ze sprzedaży dwóch śmigłowców wielozadaniowych

zamawiającemu. W tej sytuacji, w świetle art. 179 ust. 1 Pzp, odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania.

W zakresie zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 131h ust. 6 pkt 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., odwołujący podniósł, że zamawiający nie wykazał, że wyłącznie śmigłowce S-70i Black Hawk, wytwarzane przez Polskie Zakłady Lotnicze Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu, spełniają określone przez niego wymagania.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający, który powołuje się na przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki przewidziane w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., powinien udowodnić, że inny wykonawca nie byłby w stanie w ogóle tego zamówienia wykonać, a dodatkowo wykazać, że nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a na odwołującym spoczywa jedynie ciężar uprawdopodobnienia, że przesłanki, które podał zamawiający jako podstawę wyboru trybu postępowania nie istnieją lub zamawiający nieprawidłowo ustalił ich istnienie. Wskazał, że skuteczne powołanie się na art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. wymaga od zamawiającego spełnienia bardzo restrykcyjnego standardu, tj. ustalenia w sposób rzetelny i obiektywny, iż ponad wszelką wątpliwość zamówienie może zostać zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, przy czym brak jest rozsądnych rozwiązań alternatywnych lub zastępczych, a stan ten ma charakter trwały. Wszystkie posiadane przez odwołującego informacje na temat przebiegu postępowania wskazują, że w okolicznościach niniejszej sprawy przedmiotowy standard nie został spełniony.

Odwołujący stwierdził, że kwerenda w internecie nie stanowi trafnej i rzetelnej metody ustalenia rzeczywistej możliwości realizacji zamówienia przez poszczególnych producentów śmigłowców wielozadaniowych. Na rynku produkcji tego typu maszyn powszechną praktyką jest bowiem umieszczanie na stronach internetowych producentów jedynie niewielkiej części informacji na temat oferowanego sprzętu. Są to przy tym informacje całkowicie podstawowe: wymiary śmigłowców, udźwig, prędkości maksymalne lub przelotowe, prędkość wznoszenia, czy zasięg. Informacje na temat poszczególnych śmigłowców mają charakter przede wszystkim marketingowy. Szczegółowe dane techniczne, świadczące o rzeczywistych walorach danego produktu, nie są z reguły publikowane, co jest uzasadnione m.in. względami ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa producenta. Potwierdzeniem powyższego jest choćby treść strony internetowej Polskich Zakładów Lotniczych Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu opisującej parametry śmigłowców S—70i Black Hawk: <http://www.pzlmielec.pl/oferta/produkty/black-hawk/dane-techniczne/>. Oprócz wymiarów śmigłowca, jego wagi i mocy silników, podane są parametry maksymalnych: prędkości wznoszenia, prędkości, prędkości przelotowej, a także zasięg. Są to zatem informacje, które

pozwalają co najwyżej ogólnie scharakteryzować śmigłowiec (a więc określić go jako duży, średni, ciężki czy lekki), ale nie są tymi, które pozwalają określić go jako posiadający „unikatowe rozwiązania techniczne, konstrukcyjne i funkcjonalne”, a jednocześnie kluczowe dla realizacji potrzeb jednostek operacyjnych Policji. Podobne uwagi można odnieść do strony odwołującego, choć zawiera ona więcej informacji niż strona internetowa śmigłowca S-70i Black Hawk. Co więcej, zakres informacji publikowanych przez poszczególnych producentów jest różny, a ponadto podawane parametry są często nieporównywalne. Na przykład, producent śmigłowców S-70i Black Hawk podaje maksymalny zasięg śmigłowca (600 km), nie wskazując jednak, czy jest on podany dla śmigłowca w pełnym obciążeniu, ani też przy jakiej prędkości przelotowej. Z kolei odwołujący zasięg jego śmigłowca AirbusH225 (909 km) podaje przy rekomendowanej prędkości przelotowej i typowym zbiorniku (Maximum range without reserve at Recommended Cruise Speed standard tank). Parametru rekomendowanej prędkości przelotowej producent śmigłowca S-70i Black Hawk w ogóle nie wskazuje.

Odwołujący stwierdził, że publikacja szczegółowych danych technicznych nie jest zresztą potrzebna z uwagi na sposób, w jaki oferty dostawy śmigłowców są przygotowywane. Podkreślił, że nie jest to towar standardowy, wybierany wyłącznie w oparciu o katalog dostępnych modeli. Przeciwnie, parametry techniczne zamawianego śmigłowca są w znacznym stopniu dostosowywane do indywidualnych potrzeb odbiorcy. Ostatecznie zatem rozwiązania zastosowane w sprzedawanym produkcie mogą istotnie odbiegać od przedstawionych w specyfikacji technicznej modelu katalogowego. Stąd też, w przypadku zamówień o podobnym charakterze praktyką stosowaną powszechnie przez zamawiających jest zwracanie się do potencjalnych wykonawców o przedstawienie zindywidualizowanej specyfikacji technicznej, a także prowadzenie dialogu technicznego z producentami.

Odwołujący stwierdził, że o braku zachowania przez zamawiającego należytej staranności przy ustalaniu, czy zachodzą podstawy do zastosowania trybu z wolnej ręki świadczy także okoliczność, iż zamawiający nie odpowiedział na informacje przekazane mu przez odwołującego w kolejnych pismach. Odwołujący poinformował zamawiającego, że produkuje różne modele śmigłowców, które mogą być wykorzystywane w działaniach antyterrorystycznych, a z jego oferty skorzystały już służby policyjne wielu krajów. Co więcej, odwołujący podkreślił, że na swojej stronie internetowej nie publikuje wszystkich danych technicznych oferowanych maszyn. Wskazał także wyraźnie, iż jest w stanie spełnić dwa istotne dla zamawiającego kryteria wspomniane w czasie sejmowej Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych w dniu 9 maja 2018 r., tj. dostarczyć maszyny do końca 2018 r. oraz zapewnić obsługę techniczną śmigłowców na terenie Polski. Uzyskawszy powyższe

informacje, zamawiający powinien był zatem co najmniej powziąć wątpliwość, czy faktycznie zamówienie może zostać zrealizowane wyłącznie przez jednego wykonawcę. Tymczasem zamawiający w żaden sposób nie zareagował na pisma odwołującego, mimo iż w toku postępowania kontaktował się z innymi producentami śmigłowców — Polskimi Zakładami Lotniczymi Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu oraz Wytwórnią Sprzętu Komunikacyjnego „PZL-Świdnik” S.A. z siedzibą w Świdniku.

Odwołujący podniósł, że w chwili składania odwołania nie były znane kryteria udzielenia zamówienia, jakie przyjął zamawiający, poza ujawnionymi przez Komendanta Głównego Policji na posiedzeniu komisji sejmowej w dniu 9 maja 2018 r. W szczególności odwołujący nie zna sześciu głównych wymogów technicznych, jakie winny spełniać zamówione śmigłowce. Z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można jednak stwierdzić, że odwołujący jest w stanie zapewnić polskiej Policji produkty odpowiadające wszelkim uzasadnionym potrzebom operacyjnym jej jednostek, w tym także oddziałów antyterrorystycznych. Przemawiają za tym następujące okoliczności:

Fakt, że produkowane przez odwołującego śmigłowce są z powodzeniem wykorzystywane przez służby policyjne w krajach Europy Zachodniej, Chinach i USA. Trudno byłoby przy tym znaleźć uzasadnienie dla twierdzenia, że działania operacyjne Policji w Polsce cechują się tak daleko posuniętą specyfiką (nawet w zakresie działań antyterrorystycznych), iż wymagają rozwiązań, które dostarczyć może wyłącznie jeden producent śmigłowców. Dodatkowo odwołujący stwierdził, iż zamawiający nie wyjaśnił, które modele śmigłowców oferowanych przez producentów innych niż Polskie Zakłady Lotnicze Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu (w tym przez Airbus) uwzględnił w swojej kwerendzie internetowej i uznał za niespełniające przyjętych wymogów technicznych.

Fakt, iż zamawiający prowadził wcześniej w trybie konkurencyjnym postępowanie w sprawie zamówienia publicznego na dostawę trzech śmigłowców jednosilnikowych (nr sprawy 230/Cut/17/MP/PMP).

Fakt, że w trybie konkurencyjnym było także prowadzone postępowanie w sprawie dostawy śmigłowców wielozadaniowych dla Sił Zbrojnych RP (nr referencyjny postępowania: IU/36/IX-30/UZ/PRüDOS/S/2012).

Fakt, iż w ww. postępowaniu do etapu testów został zakwalifikowany śmigłowiec produkowany przez odwołującego (H225M/EC725 Caracal) także świadczy o możliwości spełniania przez odwołującego bardzo wysokich wymogów w zakresie produkcji sprzętu wykorzystywanego dla potrzeb bezpieczeństwa i obronności.

W ocenie odwołującego, nie można również wykluczyć, że ze względu na ograniczoną ilość informacji w zamieszczonych na jego internetowej materiałach marketingowych, weryfikacja poprzez kwerendę internetową wszystkich sześciu wymagań, które musiałby spełniać śmigłowiec wielozadaniowy dla polskiej Policji, nie była możliwa, ponieważ o niektórych z takich kryteriów po prostu nie ma tam mowy.

Odwołujący stwierdził, że powyższe uwagi prowadzą do wniosku, że co najmniej uprawdopodobnił, iż ustanowione w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki nie zostały spełnione.

Odwołujący stwierdził, że prowadząc postępowanie w takim trybie i udzielając zamówienia Polskim Zakładom Lotniczym Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu, zamawiający naruszył jednocześnie art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p..

W zakresie zarzutu naruszenia naruszenie art. 131h ust. 6 pkt 2 i 3 ustawy P.z.p., odwołujący stwierdził, że jego wiedza o przebiegu postępowania, w tym w szczególności o przyjętym przez zamawiającego uzasadnieniu wyboru trybu z wolnej ręki, pochodzi zasadniczo z publikacji prasowych, a zwłaszcza z transmisji posiedzenia sejmowej Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych, które odbyło się 9 maja 2018 r. oraz z treści ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Zważywszy na ograniczony zakres informacji, jakie posiada na ten temat, ani nie ograniczać kognicji KIO, odwołujący z ostrożności podniósł także zarzut naruszenia art. 131h ust. 6 pkt. 2 i 3 ustawy P.z.p. W okolicznościach niniejszej sprawy nie wystąpiła bowiem sytuacja kryzysowa ani inna wyjątkowa sytuacja, ze względu na którą wymagane byłoby natychmiastowe wykonanie zamówienia. Jednocześnie wyjaśnił, że asumpt do podniesienia tego zarzutu dała wypowiedź Komendanta Głównego Policji, który wskazał, iż dla zamawiającego istotnym kryterium był m.in. czas dostawy śmigłowców.

Odwołujący zauważył, iż nie zachodzą ww. okoliczności uzasadniające udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki. Nie sposób w szczególności przyjąć, że potrzeba zakupu dwóch śmigłowców przez zamawiającego ma charakter nagły, skoro wymianę floty śmigłowców policyjnych planowano od dawna i plany te zostały upublicznione już w roku 2016. Przykładowo, w przedstawionej w dniu 1 grudnia 2016 r. odpowiedzi na interpelację poselską nr 7056, Jarosław Zieliński, sekretarz stanu w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i Administracji, poinformował, że „w projekcie ustawy o ustanowieniu „Programu modernizacji Policji, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej i Biura Ochrony Rządu w latach 2017-2020«, zabezpieczono środki finansowe na zakup 4 śmigłowców, w tym 2 śmigłowców wielozadaniowych oraz 2 śmigłowców operacyjnopatrolowych w miejsce sukcesywnie wycofywanych śmigłowców kończących resursy techniczne.

Odwołujący podniósł, że gdyby postępowanie odbywało się na zasadach ogólnych ustawy P.z.p., tym bardziej nie znalazłby zastosowania przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. Przesłanki jego zastosowania są bowiem bardziej rygorystyczne niż przesłanki określone w art. 131h ust. 6 pkt 2 i 3 ustawy P.z.p., i również w sprawie nie zachodzą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p., odwołujący wskazał, że w orzecznictwie KIO podkreśla się, że zamawiający może skutecznie zakwestionować zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 p.z.p. jeśli wykaże, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach lub przez wykazanie, że wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia spełniają inne produkty w sposób zapewniający konkurencję. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia musi mieć na uwadze, że jest uprawniony do zakupu dóbr, które są niezbędne do zrealizowania powierzonych mu zadań, ale winien mieć także na względzie umożliwienie jak najszerszemu kręgu wykonawców złożenie oferty. Zamawiający winien więc przy opisie wymagań rozważyć, gdzie jest granica pomiędzy istotnymi a nieistotnymi cechami, parametrami, funkcjonalnościami zakupywanych produktów, tak aby mieć pewność, że potrzeby zamawiającego zostaną zrealizowane, przy jednoczesnym zagwarantowaniu uczciwej konkurencji.

Odwołujący stwierdził, że posiada odpowiednie zasoby techniczne i organizacyjne, by do końca 2018 r. dostarczyć zamawiającemu dwa śmigłowce wielozadaniowe przystosowane do zadań podejmowanych przez jednostki Policji, w tym w szczególności oddziały antyterrorystyczne. Jeśli jednak po przedstawieniu stosownej dokumentacji okazałoby się, że zamawiający sformułował w postępowaniu wymogi, które są w stanie spełnić wyłącznie Polskie Zakłady Lotnicze Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu, to mogłoby to świadczyć m.in. o tym, że sposób opisu przedmiotu zamówienia zakładał spełnienie wymagań nieistotnych dla osiągnięcia celów operacyjnych jednostek polskiej Policji. Airbus dostarcza śmigłowce służbom policyjnym na całym świecie, m.in.: Policji w Los Angeles w USA, francuskiej Żandarmerii Narodowej, niemieckiej Policji Federalnej, Policji hiszpańskiej, brytyjskiej oraz chińskiej. W każdym przypadku, parametry śmigłowców Airbus zostały uznane za wystarczające dla realizacji celów operacyjnych tych jednostek. Zważywszy na wielość schematów operacyjnych realizowanych przez służby policyjne różnych krajów, i to o zagrożeniu terrorystycznym znacznie wyższym niż w Polsce, odwołujący stwierdził, że jego śmigłowce odpowiadają wszelkim, a zarazem najbardziej wygórowanym wymaganiom, o ile tylko zostały one sformułowane w sposób racjonalny. Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania odwołujący jest gotowy wykazać, iż jeżeli w istocie opis przedmiotu zamówienia zakładał spełnienie wymagań nieistotnych dla osiągnięcia celów operacyjnych jednostek polskiej Policji, to wymagania te nie znajdują obiektywnego uzasadnienia

potrzebami zamawiającego (rzeczywistymi potrzebami operacyjnymi, względnie technicznymi).

W ocenie odwołującego, nie można również wykluczyć, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób wyłączający uczciwą konkurencję między producentami śmigłowców wielozadaniowych, a więc tak, aby spełniał go wyłącznie śmigłowiec S-70i Black Hawk oferowany przez Polskie Zakłady Lotnicze Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu, pomimo, że również śmigłowce produkowane przez odwołującego odpowiadają wymaganiom taktycznym

Odwołujący zażądał unieważnienia umowy zawartej przez zamawiającego oraz Polskie Zakłady Lotnicze Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu w wyniku przeprowadzenia postępowania. Stwierdził, że podjęcie decyzji o zastosowaniu trybu z wolnej ręki w oparciu o ustalenia poczynione na podstawie przeglądu stron internetowych producentów śmigłowców stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy P.z.p. Zwrócił uwagę, że zamawiający nie podjął żadnych działań minimalizujących ryzyko następczego kwestionowania ważności umowy jako sprzecznej z przepisami ustawy P.z.p., mimo iż musiał sobie zdawać sprawę z kontrowersji, jakie będzie budzić udzielenie przedmiotowego zamówienia z pominięciem trybu konkurencyjnego. Zamawiający nie zdecydował się na publikację ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy przewidzianego w art. 66 ust. 2 ustawy P.z.p. Następnie w żaden sposób nie zareagował na pisma odwołującego, choć na ich podstawie powinien był co najmniej powziąć wątpliwość, czy zamówienie faktycznie może zostać zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, a tym samym, czy zachodzą podstawy do zastosowania trybu z wolnej ręki. Wreszcie, mimo złożenia odwołania, które zostało oddalone jako przedwcześnie, a więc bez dokonania oceny merytorycznej sformułowanych w nim zarzutów, zamawiający postanowił zawrzeć umowę, niewątpliwie licząc się z tym, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki zostanie po raz kolejny zakwestionowane przez odwołującego.

Odwołujący podniósł, że odstąpienie od unieważnienia umowy — np. z powołaniem się na jej znaczenie dla bezpieczeństwa publicznego, czy też z uwagi na wydatki już poniesione w związku z jej realizacją byłoby rozwiązaniem niemożliwym do zaakceptowania w świetle zasad, na których opiera się system zamówień publicznych. Takie rozstrzygnięcie oznaczałoby bowiem, że zamawiający (zwłaszcza ci, których przedmiotem działalności jest porządek i bezpieczeństwo publiczne) mogą bezpodstawnie pomijać tryby konkurencyjne i udzielać zamówień preferowanym wykonawcom, by następnie w stosunkowo prosty sposób (np. powołując się na względy interesu publicznego, w tym obronności i bezpieczeństwa) zapobiegać unieważnieniu umów zawartych z ewidentnym naruszeniem przepisów ustawy P.z.p.

W ocenie odwołującego, przyjęcie, że umowa nie może zostać unieważniona, prowadziłyby ponadto do o pozbawienia odwołującego skutecznej ochrony prawnej. Odwołujący formalnie zakwestionował bowiem działania zamawiającego jeszcze przed zawarciem umowy. Wówczas KIO stwierdziła jednak, że odwołanie złożone przez odwołującego jest przedwczesne. Uznanie, że wniesienie odwołania nie może skutkować unieważnieniem umowy oznaczałoby zatem, iż odwołujący na żadnym etapie postępowania — ani przed podpisaniem umowy ani po jej podpisaniu — nie dysponował efektywnym środkiem prawnym, który pozwoliłby zapobiec udzieleniu zamówienia innemu wykonawcy w sposób sprzeczny z przepisami ustawy P.z.p.

Odwołujący wskazał, że na przeszkodzie unieważnieniu umowy nie stoi również art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy P.z.p., który nie znajdzie zastosowanie w niniejszej sprawie, albowiem umowa nie została bowiem zawarta „w okolicznościach dopuszczonych w ustawie”. W szczególności nie usprawiedliwia zamawiającego fakt zawarcia jej już po oddaleniu odwołania złożonego przez odwołującego, albowiem KIO nie przesądziła zgodności z prawem postępowania zamawiającego, a jedynie uznała odwołanie za przedwczesne.

Stanowisko zamawiającego:

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 sierpnia 2018 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego.

Zamawiający zaprzeczył wszelkim twierdzeniom, argumentom oraz faktom przedstawionym przez odwołującego. Wskazuje, iż odwołanie nie zawiera jakichkolwiek dowodów czy materiałów popierających twierdzenia odwołania.

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 131h ust. 6 pkt 1, 2 i 3 ustawy P.z.p., zamawiający wyjaśnił, że podstawą jakichkolwiek działań lub czynności zamawiającego nie były przepisy art. 131h ust. 6 pkt 1, 2 i 3 ustawy P.z.p. Zamawiający nie wskazał tych przepisów jako podstawy do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający nie był także zobowiązany do zastosowania przedmiotowych przepisów, które stanowią odrębne przesłanki uprawniające do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający stwierdził, że zamieścił ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, gdzie w sposób jednoznaczny, jako podstawę prawną udzielonego zamówienia, wskazano wyłącznie art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a ustawy P.z.p.

W ocenie zamawiającego, przepisy niestanowiące podstawy dokonanych przez zamawiającego czynności, nie mogą stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ustawy P.z.p., zamawiający stwierdził, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, naruszenie art. 7 ustawy P.z.p. nie może stanowić samodzielnej podstawy uwzględnienia odwołania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p., zamawiający stwierdził, że nie ma możliwości naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. w przypadku postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki. W pierwszej kolejności zamawiający ustala istnienie przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 ustawy P.z.p., uprawniających do stosowania przedmiotowego trybu zamówienia. Następnie zamawiający opracowuje zaproszenie do negocjacji, które – zgodnie z art. 68 ust. 1 ustawy P.z.p. – zawiera co najmniej: informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy,

Ponadto, art. 68 ust. 1 ustawy P.z.p. wskazuje, że w przypadku zamówienia z wolnej ręki (zaproszenie do negocjacji) nie mają zastosowania przepisy dotyczące obligatoryjnych elementów s.i.w.z., w tym opisu przedmiotu zamówienia.

Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w opinii Prezesa UZP.

Zamawiający stwierdził, że określenie przedmiotu zamówienia jest suwerenną decyzją zamawiającego i to w gestii zamawiającego leży ustalenie niezbędnych cech i funkcjonalności, które ten przedmiot zamówienia ma spełniać. Swoboda zamawiającego w kształtowaniu opisu przedmiotu zamówienia nie może jednak prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców.

W sytuacji określenia wymagań odnoszących się do potrzeb zamawiającego, mogących ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający winien wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach przez niego określonych umożliwia mu realizację celu założonego w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Zamawiający wskazał, że w dokumentacji niejawnej wskazano na uzasadnione potrzeby zamawiającego w szczególności wnikające ze specyfiki działań bojowych kontrterrorystycznych. Podkreślił, że uzasadnienie wskazuje na dokumenty niejawne potwierdzające realność potrzeb zamawiającego. co stanowi również potwierdzenie, iż są to wymagania obiektywne, niezależne od przedmiotowego zamówienia. Analiza dostępnych na rynku rozwiązań. wraz ze wskazaniem istotnych dla zamawiającego parametrów technicznych i funkcjonalności, z uwagi na powiązanie zawartych tam informacji z elementami prac operacyjnych, została objęta klauzulą „poufne” i — zgodnie z ustawą o ochronie informacji niejawnych – znajduje się w dokumentacji niejawnej postępowania.

Analiza ta w sposób jednoznaczny wykazała, że jedynie wybrana konstrukcja spełnia wszystkie wymogi zamawiającego. Istnienie tylko jednego dostawcy zdolnego do realizacji zamówienia jest oczywiste i wynika z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania zamawiającego. Wybrany śmigłowiec posiada unikatowe rozwiązania konstrukcyjne, techniczne oraz funkcjonalne niedostępne dla innych obecnie produkowanych śmigłowców. Informacje te zostały w sposób szczegółowy przedstawione w części niejawnej uzasadnienia. Nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, co również zostało opisane w części niejawnej dokumentacji.

Zamawiający stwierdził, że dostosowanie innych śmigłowców do spełnienia wymogów stawianych przez Policję wymagałoby zmian konstrukcyjnych w strukturach siłowych konstrukcji. Zatwierdzenie takich zmian wymaga przedstawienia do władzy lotniczej: programu prób, z którego wynika, że są mogą one potwierdzić spełnienie przepisów budowy (CS-29), przeprowadzenie prób z wynikiem pozytywnym, zatwierdzenie zmian przez władzę lotniczą. W przypadku zmian w strukturach siłowych proces może trwać od 2 do 10 lat. W praktyce zmiany w strukturach siłowych prowadzą do zaliczenia śmigłowca jako nowego typu. Przykład: H 175 po przedłużeniu kadłuba stał się 1-1225. Z pewnością nie są to rozsądne rozwiązania alternatywne. Należy pamiętać, iż każda poważna zmiana wymusza kolejne, przykładowo: wzmocnienie (ingerencja w strukturę siłową) powoduje wzrost masy śmigłowca, co wymaga mocniejszego silnika, aby unieść statek powietrzny. Nowy mocniejszy silnik powoduje kolejny wzrost masy. Ten prosty przykład pokazuje, że w przypadku poważnych zmian projektowych, optymalnym rozwiązaniem jest skonstruowanie nowego śmigłowca

Zamawiający wskazał na motyw 50 dyrektywy 2014/24/UE, z którego wynika: gdy sytuacja wyłączności spowodowana jest względami technicznymi, powinny one być rygorystycznie określone i uzasadnione w każdym indywidualnym przypadku. Mogą one obejmować na przykład techniczną niemożliwość osiągnięcia przez innego wykonawcę wymaganej wydajności lub konieczność skorzystania ze specjalistycznej wiedzy, narzędzi lub środków, którymi dysponuje wyłącznie jeden wykonawca. Względy techniczne mogą być także spowodowane szczególnymi wymogami z zakresu interoperacyjności, które należy spełnić, by zapewnić funkcjonowanie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a ustawy P.z.p., zamawiający w pierwszej kolejności uznał za błędne stwierdzenie odwołującego, iż ciężar dowodu leży po stronie zamawiającego. Jest to twierdzenie całkowicie błędne i sprzeczne z podstawowymi zasadami postępowania odwoławczego. To odwołujący podnosi zarzuty i to

na nim spoczywa obowiązek udowodnienia ich zasadności. Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza. Negatywne skutki nieudowodnienia prawdziwości twierdzeń spoczywają na tym, kto wywodzi z nich skutki prawne.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie tylko nie udowodnił, lecz nawet nie uprawdopodobnił, że doszło do naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. lub art. 67 ust. 1 pkt 1 ppkt a ustawy P.z.p. Odwołanie nie zawiera jakichkolwiek dowodów czy materiałów popierających twierdzenia odwołania.

Zamawiający stwierdził, że – jak wynika z treści art. 190 ust. 1a ustawy P.z.p. – odwrócony rozkład ciężar dowodu ustawodawca przewidział wtedy, gdy spór pomiędzy stronami dotyczy tego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jest to jedyna sytuacja, w której racjonalny prawodawca uznał za konieczne odwrócenie ciężaru dowodu.

Zamawiający podniósł, że odwołujący nie wykazał, że:

- brak konkurencji jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia
- potrzeby zamawiający są nieuzasadnione
- udzielenie zamówienia innemu niż wskazany przez zamawiającego wykonawcy było możliwe
- nie istnieją szczególne przyczyny techniczne przedmiotu zamówienia
- istnieją rozsądne rozwiązanie alternatywne
- szczegółowe uzasadnienie zastosowanego trybu zawiera nieprawdziwe informacje

Zamawiający stwierdził, że służby policyjne w innych krajach dokonywały zamówienia śmigłowców w trybach niekonkurencyjnych i dostawcą śmigłowców był częstokroć odwołujący. Na tę okoliczność przedstawił szereg dowodów w postaci ogłoszeń o zamówieniu.

Zamawiający stwierdził, że nieuprawnione i nieprawdziwe są twierdzenia, że analiza rynku została oparta wyłącznie o informacje internetowe.

Zamawiający wskazał, że analiza została oparta o m.in.:

- dane pozyskane z oficjalnych stron europejskiej władzy lotniczej (EASA)

- certyfikatów typu dla danego śmigłowca (Type Certificate Data Sheet TCDC) - Świadectwo typu oznacza zdatność do lotu określonej kategorii statku powietrznego, zgodnie z jego projektem produkcyjnym ("typ"). Potwierdza, że statek powietrzny jest wytwarzany zgodnie z zatwierdzoną konstrukcją i że konstrukcja zapewnia zgodność z wymogami zdatności do lotu.

- pozyskanych od producentów danych na temat śmigłowca
- udziału przedstawicieli zamawiającego na pokazach, prezentacjach producentów śmigłowców katalogów i innych informacji przekazywanych od producentów lub zamieszczonych na stronach internetowych
- wieloletnim doświadczeniu członków zespołu opracowującego wymagania minimalne, zdobytemu m.in. na zagranicznych misjach wojskowych i cywilnych

Zamawiający wskazał, że przedmiotowy zakup został poprzedzony analizą zadań i taktyki działania Policji, w szczególności jednostek kontrterrorystycznych. Analiza powyższa umożliwiła sformułowanie wymagań, jakie śmigłowiec musi spełniać, by stanowić skuteczne narzędzie pracy. Określenie dostępności śmigłowca wymagało przeprowadzenia badania rynku, w tym kontaktów z producentami śmigłowców (lub ich przedstawicielami). W tym celu przedstawiciele Policji kontaktowali się z firmą WSK „PZL-Świdnik”, należącą do włoskiej grupy Leonardo Helicopters, firmą Bell Textron Helicopter, odwołującym, firmą Helinvest, przedstawiciela firmy Airbus w Polsce, firmą PZL Mielec.

Zamawiający stwierdził, że w otrzymanej odpowiedzi odwołujący wskazał na właściwe modele w danej klasie, zostały wskazane także szacunkowe ceny, natomiast co do katalogów/konfiguratorów stwierdzono, że firma nie posiada innych materiałów niż prezentowane na stronach internetowych. Niezbędne dane dotyczące śmigłowców tej firmy pozyskano z oficjalnych stron europejskiej władzy lotniczej (EASA), certyfikatów typu dla danego śmigłowca (Type Certificate Data Sheet TCDC), oficjalnych stron producenta, wiedzy technicznej dotyczącej modeli tego wykonawcy.

Zamawiający podkreślił, że dokonana szczegółowa analiza rynku obejmuje wszystkie modele śmigłowców w klasie odpowiadające przedmiotowi zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący w odwołaniu poza bardzo szerokim cytowaniem orzecznictwa, przedstawieniem stanu faktycznego, postawił jedynie zarzuty oparte o własne twierdzenia i rozumienie informacji medialnych znajdujących się w przestrzeni publicznej. Przy tak wysokim stopniu ogólności praktycznie niemożliwe jest przedstawienie logicznej polemiki, wystarczające wydaje się samo zaprzeczenie ze strony zamawiającego. Niemniej jednak, zamawiający wskazał, iż w dokumentacji niejawniej

znajduje się szczegółowe uzasadnienie możliwości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Odnosi się ono do wszelkich okoliczności, które w orzecznictwie sądów powszechnych jak i Krajowej Izby Odwoławczej uznawane są za istotne dla oceny prawidłowości udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający stwierdził, że okoliczności wskazane przez odwołującego w zakresie terminu realizacji zamówienia oraz możliwej obsługi serwisowej na terenie polski, pozostawały bez wpływu na wybór trybu postępowania i nie stanowią podstawy uzasadnienia.

Zamawiający podniósł, że nie ma możliwości nakazania zamawiającemu przeprowadzenia danego postępowania w konkretnym trybie, w szczególności wyłącznie w trybach podstawowych.

Stanowisko przystępującego:

W piśmie procesowym z dnia 7 sierpnia 2018 roku wykonawca Polskie Zakłady Lotnicze Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu (przystępujący) stwierdził, że odwołanie winno zostać oddalone w całości.

Przystępujący stwierdził, że w niniejszej sprawie specyficzne potrzeby zamawiającego i wynikający stąd opis przedmiotu zamówienia zadecydowały o tym, że zamawiający uznał się uprawnionym do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. Dokonany opis przedmiotu zamówienia (OPZ), który wynikał z potrzeb zamawiającego, zdeterminował najwyraźniej - chociaż przystępujący nie zna tekstu tegoż uzasadnienia że z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, wyłącznie przystępujący jest w stanie wykonać zamówienie opisane w OPZ. Odwołujący postawił tezę, że jeśli przedmiot zamówienia został przez zamawiającego opisany w taki sposób, że wymaganiom zamawiającego jest w stanie sprostać tylko produkt przystępującego to taki opis przedmiotu narusza art. 29 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p.. Wbrew twierdzeniom odwołującego, nie jest jednak tak, że gdy wyłącznie jeden produkt, z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze spełnia wymagania OPZ, to tak dokonany opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy ustawy P.z.p. i zamawiający jest zobowiązany zmniejszyć swoje wymagania w celu umożliwienia innym wykonawcom ubieganie się o udzielenie zamówienia. Jeżeli bowiem potrzeby zamawiającego stojące za sformułowanym OPZ są uzasadnione, to nie dochodzi do naruszenia uczciwej konkurencji i wówczas zamawiający uprawniony jest do zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Przystępujący stwierdził, że zamawiający ukształtował treść OPZ, w tym wymagania techniczne na podstawie analizy pracy taktyki pracy operacyjnej Biura Operacji Antyterrorystycznych Policji. Zatem przyjął słusznie, jako punkt wyjścia własne obiektywne potrzeby i następnie uwzględniając je określił funkcjonalności, które muszą zapewnić nabywane helikoptery. Określone funkcjonalności przekładają się w oczywisty sposób na wymagane parametry techniczne helikopterów. Trudno też oczekiwać, jak stara się sugerować odwołujący, że zamawiający, w celu dopuszczenia odwołującego do konkurencji w ramach postępowania zmodyfikuje ustaloną „taktykę oddziałów pododdziałów antyterrorystycznych” BOA, aby była ona dostosowana do charakterystyki i parametrów technicznych oferowanych przez odwołującego helikopterów.

Przystępujący stwierdził, że odwołujący nie wykazał w jakimkolwiek stopniu naruszenia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. przez zamawiającego, a argumentacja odwołującego wydaje się sprowadzać do stwierdzenia, iż odwołujący dysponuje wieloma modelami helikopterów i, że działania zamawiającego w celu ustalenia przyczyn technicznych sprowadziły się do analizy stron internetowych producentów. Wskazał, że tak sformułowany zarzut w odwołaniu wydaje się być gołosłownym, a co więcej, że tak sformułowane odwołanie nie spełnia wymogów artykułu 187 ustawy P.z.p. Na istotność dla zastosowania niekonkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia wskazuje wprost motyw 52 dyrektywy 2009/81/ WE.

Przystępujący stwierdził, że również termin, w jakim zamawiający może być zmuszony do zrealizowania zamówienia, chociażby z uwagi na konieczność zapewnienia niezakłóconej ciągłości działań jednostek antyterrorystycznych oraz wydatkowania przyznanych na ten cel środków, powoduje, że jedynie przystępujący jest w stanie wyprodukować i dostarczyć przedmiot zamówienia, bez konieczności wprowadzania zmian technologicznych w oferowanych helikopterach, do końca 2018 roku. Ewentualne twierdzenie konkurentów przystępującego, iż są w stanie przystosować produkowane przez siebie helikoptery do wymagań zamawiającego nie uwzględniają okoliczności, iż proces zmiany parametrów technicznych helikopterów jest procesem długotrwałym i wymagającym przeprowadzenia całego procesu projektowania zmian, przeprowadzenie testów zmodyfikowanej wersji helikoptera, otrzymania wymaganych prawem zatwierdzeń i dopiero następnie wdrożenie produkcji seryjnej na potrzeby dostawy. Proces taki może trwać co najmniej kilka lat przed rozpoczęciem produkcji dostaw na rzecz klienta.

Przystępujący wskazał, że w rozważanej sprawie, nie istnieją także rozsądne rozwiązania alternatywne lub rozwiązania zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia, wręcz przeciwnie wynika z przyjętej strategii

zwalczania terroryzmu. Rozwiązania takie nie są w żadnym wypadku rozsądne, albo wiążą się ze znacznym opóźnieniem realizacji zamówienia i niepewnością możliwości zmiany parametrów helikopterów odwołującego. Z całą pewnością przepisy UZP nie wymagają dostosowywania metod działania jednostek antyterrorystycznych do możliwości produktów odwołującego. Także zawężenie parametrów określonych w OPZ z pewnością nie jest wynikiem celowego działania zamawiającego. Kuriozalny jest zarzut odwołującego, iż zamawiający rzekomo ustala „taktykę oddziałów, pododdziałów antyterrorystycznych” BOA w oparciu o parametry techniczne helikopterów przystępującego.

Przystępujący podniósł, że odwołujący sam szeroko korzysta z możliwości otrzymywania zamówień od Armii Francuskiej na 190 helikopterów i broni w sądach możliwości udzielania mu zamówień bez konkurencyjnego postępowania, a obecnie, kwestionuje prawo zamawiającego do samodzielnego określania własnego zapotrzebowania wynikającego z założeń „taktyki oddziałów, pododdziałów antyterrorystycznych” i zaspokajania ich w drodze zakupu oferowanych przez przystępującego helikopterów, gdy jedynie te zapewniają możliwości realizacji przyjętych przez zamawiającego założeń operacyjnych. Takie działanie odwołującego nie powinno znaleźć ochrony prawnej i stanowi przykład nadużywania swoich uprawnień przez Airbus, jedynie w celu blokowania działalności zamawiającego.

Odnosząc się do żądania unieważnienia zawartej umowy, przystępujący wskazał, że zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. c ustawy P.z.p., nawet jeżeli Izba uwzględni odwołanie, a umowa w sprawie zamówienia została zawarta, Izba może nałożyć na zamawiającego karę finansową i odstąpić od unieważnienia umowy, jeżeli utrzymanie umowy leży w ważnym interesie publicznym. Nadto, zgodnie z art. 192 ust. 5 ustawy P.z.p., interes gospodarczy w utrzymaniu ważności umowy może być uznany za ważny interes publiczny w przypadku, gdy unieważnienie umowy spowoduje niewspółmierne konsekwencje. Zdaniem przystępującego, w niniejszej sprawie istnieje ważny interes publiczny w utrzymaniu umowy w mocy, polegający zarówno na tym, że unieważnienie umowy będzie skutkowało zagrożeniem dla bezpieczeństwa publicznego i utrzymywanie się zagrożenia bezpieczeństwa publicznego, jak i polegający na tym, że unieważnienie umowy spowoduje niewspółmierne konsekwencje gospodarcze zarówno dla zamawiającego, jak i dla przystępującego. Przystępujący stwierdził, że nie zna szczegółowego uzasadnienia udzielenia zamówienia z wolnej ręki w tym postępowaniu także i przystępujący nie posiada dostępu do informacji sklasyfikowanych, jako poufne w tym postępowaniu - jednakże zawarł umowę w dobrej wierze i nie jest odpowiedzialny za ewentualny nieprawidłowy wybór trybu udzielenia zamówienia przez zamawiającego. Według zaś art. 192 ust. 6a ustawy P.z.p., Izba nie może unieważnić umowy, jeżeli mogłoby to stanowić istotne zagrożenie dla szerszego programu obrony i

bezpieczeństwa niezbędnego ze względu na interesy związane z bezpieczeństwem Rzeczypospolitej Polskiej.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 10 kwietnia 2018 roku zamawiający przesłał przystępującemu zaproszenie do negocjacji wraz z informacjami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania.

W dniu 13 kwietnia 2018 roku zamawiający zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień publicznych o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia. Uzasadnienie wyboru trybu zostało opatrzone klauzulą „poufne”, zgodnie z ustawą o ochronie informacji niejawnych.

Zamawiający w następujący sposób uzasadnił wybór trybu postępowania:

Podstawa prawna: art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a ustawy P.z.p.

Uzasadnienie faktyczne:

„Na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Prawo Zamówień Publicznych, zachodzą przesłanki obligujące do udzielenia Wykonawcy Polskie Zakłady Lotnicze Sp. z o. o., ul. Wojska Polskiego 3, 39-300 Mielec zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na dostawę 2 szt. śmigłowców transportowych dla Policji.

Niniejszy zakup wynika z przeprowadzonej analizy potrzeb i jest uwarunkowany charakterem zadań realizowanych przez Policję. Produkowany przez firmę Polskie Zakłady Lotnicze Sp. z o. o. śmigłowiec S-70i Black Hawk jako jedyny spełnia wszystkie parametry, niezbędne w pracy operacyjnej jednostki, na potrzeby której dokonywany jest zakup (BOA). Analiza dostępnych na rynku rozwiązań, wraz ze wskazaniem istotnych dla Zamawiającego parametrów technicznych i funkcjonalności, z uwagi na powiązanie zawartych tam informacji z elementami pracy operacyjnej, została objęta klauzulą „poufne” — zgodnie z ustawą o ochronie informacji niejawnych.

Niemniej jednak należy wyjaśnić, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający dokonał analizy wszelkich okoliczności, które w orzecznictwie sądów powszechnych jak i Krajowej Izby Odwoławczej uznawane są za istotne dla oceny prawidłowości udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie wyżej wymienionego przepisu jest uzależnione od kumulatywnego spełnienia następujących przesłanek, a mianowicie istnienia szczególnych przyczyn technicznych przedmiotu zamówienia oraz tego, aby ze względu na szczególne przyczyny techniczne udzielenie zamówienia innemu niż wskazany przez zamawiającego wykonawcy było obiektywnie niemożliwe, pod warunkiem że nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia

W części niejawniej wskazano na uzasadnione potrzeby Zamawiającego, w szczególności wynikające ze specyfiki działań bojowych kontr terrorystycznych. Należy podkreślić, że uzasadnienie wskazuje na dokumenty niejawnie potwierdzające realność potrzeb Zamawiającego, co stanowi również potwierdzenie, iż są to wymagania obiektywne, niezależne od przedmiotowego zamówienia.

Udzielenie zamówienia innemu niż wskazany przez zamawiającego wykonawca było obiektywnie niemożliwe

Należy wyjaśnić, iż na rynku międzynarodowym istnieje ograniczona liczba producentów, ponadto w wymaganej przez Zamawiającego klasie śmigłowców dostępna jest wskazana w części niejawniej uzasadnienia ograniczona liczba modeli. Tym samym, ustalenie katalogu dostępnych produktów nie jest problematyczne. Zamawiający dokonał szczegółowej analizy dostępności śmigłowców, spełniających wymagania w zakresie podstawowym. Analiza ta w sposób jednoznaczny wykazała, że jedynie wybrana konstrukcja spełnia wszystkie wymogi Zamawiającego. Istnienie tylko jednego dostawcy zdolnego do realizacji zamówienia jest oczywista i wynika z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania Zamawiającego.

Istnienie szczególnych przyczyn technicznych przedmiotu zamówienia

Wybrana konstrukcja posiada unikatowe rozwiązania techniczne, niedostępne dla innych obecnie produkowanych śmigłowców. Informacje te zostały w sposób szczegółowy przedstawione w części niejawniej uzasadnienia. Wybrany wykonawca, zgodnie ze złożonym oświadczeniem, jest jedynym producentem śmigłowca S-70i.

Nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze

Wybrana konstrukcja spełnia wymagania Zamawiającego dzięki posiadaniu unikatowych rozwiązań technicznych. Pozostałe dostępne na rynku rozwiązania posiadają rozwiązania standardowe, które nie są wystarczające dla specyficznego charakteru działalności Zamawiającego. Rozwiązania standardowe w sposób znaczny ograniczałyby możliwości użytkowe zamawianego śmigłowca, co uniemożliwiłoby realizowanie zadań ustawowych przez Policję. Z uwagi na termin realizacji zamówienia, powiązany z Programem Modernizacji Policji nie jest możliwe również przeprowadzenie przez innych producentów zmian technicznych śmigłowców dostępnych na rynku, nie jest również możliwe stworzenie nowego śmigłowca, który spełniałby wszystkie wymagania Zamawiającego. Zmiany techniczne śmigłowca dotyczyłyby bowiem jego konstrukcji, co jest powiązane zarówno z

długotrwałymi pracami projektowymi, doświadczalnymi, jak i z koniecznością uzyskania odpowiednich dokumentów lotniczych.”

Odwołujący w dniu 7 maja 2018 r. złożył odwołanie do KIO, wskazując na brak podstaw do zastosowania przez zamawiającego trybu z wolnej ręki. W dniu 28 maja 2018 r. odwołanie to zostało odrzucone przez KIO jako przedwczesne (sygn. akt: KIO 905/18).

W dniu 30 maja 2017 r. pomiędzy zamawiającym a przystępującym została zawarta umowa na dostawę dwóch sztuk śmigłowców transportowych S-70i Black Hawk dla Policji. Zamówienie zostało udzielone na podstawie art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a ustawy P.z.p. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia ukazało się w dniu 3 lipca 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2018/S 125-284828.

W dniu 10 lipca 2018 roku odwołujący wniósł odwołanie wobec następujących czynności zamawiającego:

- (i) wybór trybu zamówienia z wolnej ręki i przeprowadzenie postępowania w tym trybie,
- (ii) sposób określenia wymagań zamawiającego odnośnie do przedmiotu zamówienia,
- (iii) udzielenie zamówienia Polskim Zakładom Lotniczym Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Polskie Zakłady Lotnicze Sp. z o.o. w Mielcu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się na wstępie do stanowiska zamawiającego w kwestii podniesionych przez odwołującego zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p., których zamawiający nie stosował przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia, Izba stwierdza, że tego rodzaju argumentacja pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie odwołania.

Izba wskazuje, że zarzut to zawarte w treści odwołania stwierdzenie, że z pewnych wskazanych powodów czynność bądź zaniechanie dokonania czynności przez zamawiającego powinno być uznane za nieprawidłowe.

Prawidłowo podniesiony zarzut nie musi zawierać wskazania konkretnego przepisu, którego naruszenia dopuścił się zamawiający. W myśl łacińskiej zasady *da mihi factum dabo tibi ius* (podaj mi fakty, a ja wskażę ci prawo), wystarczy, że odwołujący zarzut swój sformułuje w sposób jednoznacznie określający jego stanowisko w kwestii budzącej jego sprzeciw. Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09/za stwierdził, iż o tym, jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu, nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę.

W przeważającej mierze stanowisko odwołującego w zakresie zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 131h ust. 6 pkt 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. opierało się na wykazywaniu braku przesłanek do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., czyli tej podstawy prawnej, na której zamawiający oparł się udzielając zamówienia. Zarzut ten został przez Izbę rozpoznany w zakresie zastosowania przez zamawiającego właśnie tego przepisu.

Izba wskazuje, że zgodnie z wyrażoną w art. 10 ust. 1 ustawy P.z.p. zasadą prymatu trybów konkurencyjnych wobec niekonkurencyjnych, podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg ograniczony i nieograniczony. Zasada ta koreluje z inną zasadą udzielania zamówień publicznych, a mianowicie z wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. zasadą przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Oczywistym jest, że zapewnienie przeprowadzenia postępowania w sposób wskazany w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. urzeczywistnia się najpełniej poprzez zastosowanie takiego trybu o udzielenie zamówienia publicznego, który zapewni pełną konkurencyjność tego postępowania.

Wyrażona w art. 10 ust. 1 zasada nie ma jednak charakteru bezwzględnego. Zamawiający może odstąpić od zastosowania trybów konkurencyjnych na rzecz któregośkolwiek z innych trybów przewidzianych w ustawie, jednakże wyłącznie w przypadkach w ustawie tej określonych. Uprawnia go do tego art. 10 ust. 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym 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. Przepis ten, będący odstępstwem od wyrażonej w ustępie poprzedzającym zasady, należy traktować jako wyjątek i tym samym nie może być on interpretowany w sposób rozszerzający.

Brak możliwości interpretowania przepisu prawnego w sposób rozszerzający oznacza, że nie można mu nadać szerszego znaczenia niż wynikałoby to z interpretacji językowej (literalnej). W przypadku art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. chodzi o to, by możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki zachodziła zawsze, gdy zaistnieje okoliczność odpowiadająca dyspozycji wskazanego artykułu, tj. w sytuacji, gdy dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Podstawą wskazanej regulacji jest art. 32 ust. 2 lit. b(ii) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zgodnie z którym procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji można stosować do zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi jeżeli roboty budowlane, dostawy lub usługi mogą zostać zrealizowane wyłącznie przez określonego wykonawcę z powodu braku konkurencji ze względów technicznych. Wyjątek zawarty w ppkt (ii) ma zastosowanie wyłącznie w przypadku, gdy nie istnieje inne rozsądne rozwiązanie alternatywne lub zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem sztucznego zawężenia parametrów zamówienia.

A zatem, przesłanki zawarte w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. powinny być interpretowane w świetle postanowień art. 32 ust. 2 lit. b(ii) Dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, powstałym co prawda na podstawie uchylonej dyrektywy 2004/18/WE, ale zachowującym aktualność również pod rządami dyrektywy aktualnie obowiązującej, przepisy dotyczące możliwości stosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji, jako odstępstwo od zasad służących zapewnieniu praw, jakie Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej przyznaje w zakresie zamówień publicznych, muszą być przedmiotem ścisłej wykładni, a ponadto na korzystającym z powyższej możliwości spoczywa obowiązek udowodnienia, że rzeczywiście zaistniały wyjątkowe okoliczności umożliwiające odstępstwo (tak np. wyrok z dnia 18 listopada 2004 roku, Komisja przeciwko Niemcom, C-126/03, Rec. str. I-11197, punkt 23).

Wobec powyższego, Izba co do zasady zgadza się z odwołującym, że to na zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia, że w rozpoznawanej sprawie zaszyły przesłanki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. Wynika to również z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w tym przytoczonego przez odwołującego w treści odwołania (np. wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2017 roku, sygn. akt KIO 514/17, KIO 525/17, KIO 546.17), z którym to orzecznictwem skład orzekający w niniejszej sprawie się w pełni identyfikuje. Izba podziela również wyrażony we wskazanych orzeczeniach pogląd, iż na

odwołującym spoczywa jedynie ciężar uprawdopodobnienia, że przesłanki, które podał zamawiający jako podstawę wyboru trybu postępowania nie istnieją lub zamawiający nieprawidłowo ustalił ich istnienie.

Podkreślenia wymaga, że w rozpoznawanej sprawie udowodnienie podnoszonych przez odwołującego zarzutów nie byłoby możliwe również z tego powodu, że szczegółowa specyfikacja zamawianych śmigłowców oraz wynikające z niej przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki zostały objęte klauzulą „poufne”, zgodnie z przepisami ustawy o ochronie informacji niejawnych. Informacje te nie zostały odwołującemu ujawnione.

Zamawiający przesłanki uzasadniające udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. zawarł w dokumentacji niejawnej postępowania. Poinformował też o nich Prezesa UZP w dniu 13 kwietnia 2018 roku. Wskazał na swoje uzasadnione potrzeby, w szczególności wnikające ze specyfiki działań bojowych kontrterrorystycznych. Podkreślił, że uzasadnienie wskazuje na dokumenty niejawne potwierdzające realność potrzeb zamawiającego, co stanowi również potwierdzenie, iż są to wymagania obiektywne, niezależne od przedmiotowego zamówienia. Stwierdził, że analiza dostępnych na rynku rozwiązań wykazała, że jedynie wybrana konstrukcja spełnia wszystkie wymogi zamawiającego. Istnienie tylko jednego dostawcy zdolnego do realizacji zamówienia jest oczywiste i wynika z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania zamawiającego. Wybrany śmigłowiec posiada unikatowe rozwiązania konstrukcyjne, techniczne oraz funkcjonalne niedostępne dla innych obecnie produkowanych śmigłowców. Informacje te zostały w sposób szczegółowy przedstawione w części niejawnej uzasadnienia. Nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, co również zostało opisane w części niejawnej dokumentacji.

A zatem, jak to już wyżej wskazano, odwołujący winien był jedynie uprawdopodobnić podniesione zarzuty. Izba stwierdziła wszakże, iż odwołujący w istocie obowiązkowi temu nie sprostał. Uprawdopodobnienie zarzutów nie może bowiem polegać wyłącznie na stwierdzeniu, że odwołujący jest producentem śmigłowców, w tym również śmigłowców dla jednostek antyterrorystycznych, i posiada stosowne doświadczenie.

W postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą dowód jest regułą. Odstępstwo od niej polega na posłużeniu się z zasady łatwiejszymi i w znacznym stopniu odformalizowanymi środkami zmierzającymi do wykazania wiarygodności. Nie oznacza to jednak, że uprawdopodobnienie można utożsamiać z powołaniem samych twierdzeń przez stronę. Powołując się na postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2005 r., sygn. akt: I CNP 37/2005, w celu uprawdopodobnienia "skarżący może powoływać i przedstawiać zarówno dowody, w tym tzw. dowody niedające pewności, jak i inne środki, nieuznawane

przez kodeks za dowody, np. pisemne oświadczenia, surogaty dokumentów". Strona musi zatem przedstawić coś, co pozwoli na zweryfikowanie przytaczanych przez nią twierdzeń, z tym, że materiał ten nie musi dawać całkowitej pewności. Mogą to być np. notatki, ogłoszenia, artykuły z prasy, czy projekty umów, jak również pisemne lub ustne oświadczenie osoby trzeciej, a czasem nawet samej strony. Niemniej jednak środki te muszą zawierać pewną treść, na podstawie której stanowisko strony będzie można uznać za wiarygodne.

Jak już wyżej wskazano, argumentacja odwołującego sprowadziła się do stwierdzenia, że jest on w stanie dostarczyć śmigłowce najwyższej klasy i dostosowane do wymagań jednostki antyterrorystycznej. Odwołujący nie podał żadnej natomiast informacji pozwalającej na ustalenie, że jego maszyny mogą spełniać potrzeby zamawiającego. W ocenie Izby, odwołujący mógł podać takie informacje, mimo braku dostępu do dokumentu niejawnego zawierającego dane zamawianych śmigłowców.

Z samej treści odwołania wynika, że odwołujący posiadał następujące informacje na temat zamawianych śmigłowców: mają to być śmigłowce przeznaczone dla jednostki antyterrorystycznej i dostosowane do taktyki operacyjnej tego rodzaju jednostek, powinny one w szczególności umożliwiać przeprowadzenie szybkiego desantu i ewakuacji, zamówiono śmigłowce Black Hawk S70i produkowane przez przystępującego. Na podstawie informacji zawartych na stronie internetowej przystępującego, odwołujący (o czym również informuje w odwołaniu) uzyskał dane techniczne śmigłowca, w tym w zakresie wymiarów śmigłowca, jego wagi i mocy silników, maksymalnych prędkości wznoszenia, prędkości, prędkości przelotowej, a także zasięgu. Nawet, jeżeli – w ocenie odwołującego – nie są to unikatowe rozwiązania techniczne, konstrukcyjne i funkcjonalne, a jednocześnie kluczowe dla realizacji potrzeb jednostek operacyjnych Policji, to nie wykazał on nawet, że jego śmigłowce je spełniają. Nie podał żadnych danych pozwalających na porównanie dostępnych na stronie internetowej parametrów śmigłowca Black Hawk S70i z parametrami śmigłowców, które produkuje.

Jedynym konkretnym parametrem, wskazywanym przez odwołującego jest maksymalny zasięg śmigłowca S-70i Black Hawk (600 km) przy jednoczesnym wskazaniu zasięgu śmigłowca AirbusH225, produkowanego przez odwołującego (909 km). Odwołujący wskazał jednak, iż w przypadku śmigłowca S-70i Black Hawk nie wiadomo, czy zasięg jest podany dla śmigłowca w pełnym obciążeniu ani też przy jakiej prędkości przelotowej. Odwołujący stwierdził, że zasięg jego śmigłowca podaje przy rekomendowanej prędkości przelotowej i typowym zbiorniku. Nie wiadomo zatem, czy wskazane wielkości są porównywalne. Odwołujący nie wykazał, że próbował ustalić powyższe, np. poprzez

zwrócenie się do przystępującego o podanie bardziej konkretnych danych. Podkreślić należy, że odwołujący od kwietnia br. wiedział o zamiarze zawarcia umowy pomiędzy zamawiającym i przystępującym i w tym czasie mógł poczynić starania w celu uzyskania informacji chociażby w zakresie pełniejszych danych technicznych. Odwołujący nie wykazał, że jakiegokolwiek starania w tym zakresie podjął.

Ponadto odwołujący mógł pozyskać podstawowe dane dotyczące śmigłowca Black Hawk S-70i z oficjalnych stron europejskiej władzy lotniczej (EASA) oraz certyfikatów dla danego typu śmigłowca. Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie przykładowy certyfikat Airbus Helicopters EC 157B. Wynika z niego, że certyfikat zawiera takie informacje, jak wyposażenie, wymiary, prędkość, ilość miejsc pasażerskich itp. Są to informacje ogólnodostępne i na ich podstawie można było sformułować argumentację uprawdopodobniającą podniesione zarzuty.

Wobec powyższego, uznając, że odwołujący nie uprawdopodobnił zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., Izba zarzut ten oddaliła.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 131h ust. 6 pkt 2 i 3 ustawy P.z.p., poprzez wybór trybu zamówienia z wolnej ręki i przeprowadzenie postępowania, w tym udzielenie zamówienia i zawarcie umowy z Polskimi Zakładami Lotniczymi Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu, mimo iż nie zaszły przesłanki do jego zastosowania, ponieważ zamawiający nie zastosował tych przepisów udzielając zamówienia przystępującemu ani nie powoływał się na nie w postępowaniu odwoławczym.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia, tj..

- uwzględnienie w opisie przedmiotu zamówienia, jako decydujących dla wyboru oferty Polskich Zakładów Lotniczych Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu okoliczności nieistotnych z perspektywy potrzeb operacyjnych jednostek Policji, w szczególności jednostek antyterrorystycznych (Biura Operacji Antyterrorystycznych), lub
- opis przedmiotu zamówienia w taki sposób, by wymaganiom zamawiającego nie mogły sprostać oferty innych wykonawców, lecz wyłącznie oferta jednego wykonawcy — Polskich Zakładów Lotniczych Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu, co stanowiło celowe zawężenie parametrów zamówienia oraz rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

Izba podkreśla, że zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki zamierza osiągnąć.

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawcom w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Za naruszenie zasad uczciwej konkurencji nie można uznać sytuacji, w której oferty nie może złożyć każdy wykonawca z danej branży z uwagi na to, że w swoim profilu działalności nie posiada akurat produktu o wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności.

A zatem nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie. Powyższe potwierdza orzecznictwo Zespołu Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok ZA z dnia 28 czerwca 2000 r., Sygn. akt UZP/ZO/0-602/00 oraz wyrok KIO z 30 lipca 2012 roku sygn. akt KIO 1516/12, zgodnie z którymi wskazanie w s.i.w.z. wymogów technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia trudnych lub niemożliwych do spełnienia przez odwołującego lub innego oferenta nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia określony został w sposób naruszający zasadę z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....
.....
.....