

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 lipca 2017r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, Sąd Gospodarczy, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący:	SSO Maria Więckowska
Sędziowie:	SSO Paweł Kieta (spr.) SSO Bolesław Wadowski
Protokolant:	prot. sąd. Arkadiusz Bogusz

po rozpoznaniu w dniu 23 czerwca 2017r. w Warszawie na rozprawie

sprawy ze skarg: zamawiającego Skarbu Państwa – Inspektoratu Uzbrojenia z siedzibą w W. oraz odwołującego (...) z siedzibą w L. w Wielkiej Brytanii,

z udziałem: wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego (...) z siedzibą w C. w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej i (...) z siedzibą w A. w Szwajcarii

o udzielenie zamówienia publicznego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2017r., sygn. akt: KIO (...), KIO (...), KIO (...)

I. uwzględnia skargę Skarbu Państwa – Inspektoratu Uzbrojenia z siedzibą w W. w części i zmienia zaskarżony wyrok:

a. w pkt 1a. w ten sposób, że oddala odwołanie (...) z siedzibą w A. w Szwajcarii,

b. w pkt 2 i ustala, że kosztami postępowania odwoławczego obciąża dodatkowo także (...) z siedzibą w A. w Szwajcarii,

c. w pkt 2.3 w ten sposób, że zasądza od (...) z siedzibą w A. w Szwajcarii na rzecz Skarbu Państwa – Inspektoratu Uzbrojenia 3.600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania odwoławczego,

II. oddala skargę Skarbu Państwa – Inspektoratu Uzbrojenia w pozostałej części,

III. umarza postępowanie wywołane skargą (...) z siedzibą w L. w Wielkiej Brytanii,

IV. zasądza od (...) z siedzibą w A. w Szwajcarii na rzecz Skarbu Państwa – Inspektoratu Uzbrojenia 12.500,00 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego,

V. znosi wzajemnie koszty postępowania skargowego pomiędzy Skarbem Państwa – (...) z siedzibą w L. w Wielkiej Brytanii,

VI. nakazuje wypłacić ze Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie na rzecz (...) z siedzibą w L. w Wielkiej Brytanii 37.500,00 zł (trzydzieści siedem tysięcy pięćset złotych) tytułem zwrotu połowy opłaty sądowej.

SSO Paweł Kieta SSO Maria Więckowska SSO Bolesław Wadowski

Sygn. akt XXIII Ga 728/17

UZASADNIENIE

Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia (dalej także: zamawiający) wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na dostawę samolotów „średnich” do przewozu najważniejszych osób w państwie i zaprosił do negocjacji wykonawcę (...) z siedzibą w C. (dalej także: (...)).

W dniu 14 marca 2017r. zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante. Wybór trybu zamówienia z wolnej ręki uzasadnił wystąpieniem pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których nie mógł przewidzieć oraz z uwagi na to, że dostawa mogła być zrealizowana tylko przez określonego wykonawcę z przyczyn technicznych oraz w związku z ochroną wyłącznych praw. Przedmiotem zamówienia była dostawa sprzętu wojskowego - samolotów „średnich”, z wbudowanymi systemami ochrony własnej samolotu, walki radioelektronicznej oraz łączności specjalnej. Wskazał nadto, że poprzednie konkurencyjne postępowanie na dostawę trzech samolotów „średnich” zostało unieważnione z powodu błędów formalno-prawnych złożonych ofert. Zamawiający dołożył wówczas należytej staranności, aby umożliwić podmiotom biorącym udział w postępowaniu złożenie prawidłowych ofert, więc przyczyny zaistniałej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego. Stanowisko wykonawców prezentowane w czasie negocjacji wskazywało na brak przeciwwskazań do złożenia prawidłowych ofert, złożenie zaś wadliwych ofert nie mogło być przewidziane na tym etapie prowadzenia postępowania. Unieważnienie postępowania, a co za tym idzie brak dostaw samolotów w zakładanych terminach, zaburzało harmonogram kompleksowej odbudowy floty samolotów oraz miało negatywny wpływ na osiągnięcie przez Siły Zbrojne RP zakładanej zdolności operacyjnej do przewozu najważniejszych osób w państwie, co powodowało sytuację wyjątkową oraz miało wpływ na już podjęte działania w tym zakresie. W dalszej części uzasadnienia Zamawiający powołał się na potrzebę utrzymania realizacji kompleksowego harmonogramu osiągnięcia zdolności do przewozu najważniejszych osób w państwie - wobec nieprzewidzianego złożenia ofert podlegających odrzuceniu, mimo przeprowadzonych negocjacji - i 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.

Podniósł także, iż w odpowiedzi na wymagania zawarte w poprzednim postępowaniu konkurujący wykonawcy zaproponowali typ samolotów (...) produkowany przez (...). Oznaczało to, że rynek lotniczy zweryfikował wymagania zamawiającego w zakresie wyposażenia i osiągnięć samolotów, proponując tylko jeden typ samolotu. Innego samolotu nie zgłoszono w poprzednim postępowaniu. Wskazał także dlaczego jego zdaniem jedynie (...) może wykonać zamówienie w szczególności z uwagi na to, iż jest producentem samolotu i posiada dwa ostatnie wolne sloty produkcyjne. Dlatego tylko firma (...) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz związanych z ochroną praw wyłącznych, była jedynym wykonawcą, który przy założeniu natychmiastowego wykonania zamówienia będzie w stanie złożyć ofertę i zrealizować dostawy oraz nie istniało inne rozsądne rozwiązanie alternatywne lub zastępcze, a brak konkurencji nie był wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

W dniu 17 marca 2017r. (...) z siedzibą w L. (dalej także: (...)) wniósł odwołanie na wybór trybu postępowania, wszczęcie i prowadzenie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. Sprawie nadano sygn. KIO (...).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a) art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej także: PZP) przez niezasadnione faworyzowanie producenta samolotów (...), polegające na przyjętym z góry zamiarze udzielenia zamówienia producentowi samolotów (...), pomimo tego, że na rynku istnieją inni wykonawcy, mogący zrealizować

zamówienie, którym uniemożliwiono przystąpienie do postępowania, wyłączając tym samym całkowicie możliwość konkurencji;

a) art. 29 ust. 2 i 3 ww. ustawy przez wskazanie w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, że przedmiotem zamówienia jest samolot typu (...), podczas gdy brak jest przesłanek do stwierdzenia, że tylko tego typu maszyny odpowiadają uzasadnionym potrzebom zamawiającego;

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

c) art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) w zw. z art. 131h ust. 6 pkt 1 i art. 10 ust. 2 ustawy PZP, 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;

d) art. 131h ust. 6 pkt. 3w zw. z art. 10 ust. 2 ustawy PZP, 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 wymagała 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.

W związku z powyższym Odwołujący żądał:

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,

a. 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,

b. nakazania zamawiającemu zmiany ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w ww. zakresie trybu, w jakim udzielone będzie zamówienie publiczne.

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

W dniu 17 marca 2017r. (...) s.r.o. z siedzibą w B. wniósł odwołanie od czynności wyboru trybu postępowania - zamówienia z wolnej ręki oraz od wszczęcia i prowadzenia postępowania w tym trybie. Sprawie nadano sygn. KIO (...).

W dniu 20 marca 2017r. wykonawca (...) z siedzibą w Szwajcarii, w A., 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.. Sprawie nadano sygn. KIO (...).

Zarzuty i wnioski ostatnich dwóch odwołujących były co do zasady identyczne z zarzutami i wnioskami (...).

W dniu 23 marca 2017r. (...) zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Zamawiający, w dniu 28 marca 2017r., przedstawił odpowiedź na odwołania wnosząc o ich oddalenie zarówno ze względów proceduralnych, jak i braku podstaw merytorycznych zgłoszonych żądań. Zamawiający wskazał, że podstawą oddalenia odwołań każdego z odwołujących są:

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.

1. 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 (...).

2. 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.

3. 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.

W wyroku z dn. 3 kwietnia 2017r. Krajowa Izba Odwoławcza

- w pkt 1a. swojego orzeczenia uwzględniła odwołania (...) z siedzibą w Wielkiej Brytanii i A. A. 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. 131 h ust. 6 pkt 3 ustawy w związku z art. 10 ust 2 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy i stwierdziła 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 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), w pozostałym zakresie odwołania oddaliła,

- w pkt 1 b oddaliła w całości odwołanie (...) z siedzibą w Republice Słowackiej,

- w pkt 2. kosztami postępowania obciążyła Skarb Państwa - Ministerstwo Obrony Narodowej Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w W. oraz (...) z siedzibą w Republice Słowackiej i w:

2.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdziestu pięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę (...) z siedzibą w Wielkiej Brytanii oraz wykonawcę (...) s.r.o. z siedzibą w Republice Słowackiej, oraz wykonawcę A. A. z siedzibą w Szwajcarii tytułem wpisów od odwołań,

2.1. zasądziła od Skarbu Państwa - Ministerstwo Obrony Narodowej Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w W. na rzecz (...) 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, jak też zasądziła od Skarbu Państwa - Ministerstwo Obrony Narodowej Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w W. na rzecz A. A. 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.

W uzasadnieniu Izba wskazała, że 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 (...) oraz złożone na rozprawie przez odwołującego (...) z wyłączeniem folderu w języku angielskim, a także dowody załączone przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, z wyłączeniem załącznika do notatki ze spotkania z firmą (...) z dnia 27 stycznia 2016r., załącznika do notatki ze spotkania z firmą (...) 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. KIO oddaliła także wnioski (...) i (...) o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z uwagi na to, że rozstrzygnięcie sprawy nie wymaga wiadomości specjalnych.

KIO ustaliła, że przedmiotem postępowania było nabycie 1 samolotu średniego używanego z terminem dostawy do 15 listopada 2017 i 2 samolotów średnich nowych z terminami dostawy do 31 grudnia 2020r. i 31 grudnia 2021. Samolot powinien realizować zadania transportu pasażerskiego z lotnisk (...) / (...) 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 (...), być eksploatowany według stanu technicznego z możliwością jego eksploatacji przez co najmniej 25 lat, wskazane jest, aby był na wyposażeniu Sił Zbrojnych państw NATO. Przedstawiła także szczegółowe parametry jakie winny posiadać zamawiane samoloty – wynikający z opisu przedmiotu zamówienia zawartego w dokumentacji z postępowania oraz opis przedmiotu zamówienia zamieszczony przez zamawiającego w ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości ex ante, a także przyczyny dla których zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki.

Izba 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 (...) i (...) zamawiający ustalił, że obaj producenci oferują samoloty, które odpowiadają jego wymaganiom, w tym w zakresie lotu transatlantyckiego. Ze zgromadzonego materiału dowodowego nie wynikało, 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. 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 (...) w lipcu 2017 nadal brał pod uwagę obu producentów (...) i (...) informując o planowanym harmonogramie postępowania o udzielenie zamówienia i koncepcji przeprowadzenia negocjacji z ogłoszeniem. Wówczas zamawiający podał prognozowany termin zawarcia umowy: pierwszy kwartał 2017r., a także terminy dostaw 15 listopada 2017r., 2020 i 2021. Podał również informacje o oczekiwanej konfiguracji pokładu, wymaganego zasięgu dla lotu regionalnego i 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 (...) interesowała się możliwością złożenia oferty, a poza nią także Embraer oraz (...), a także inne podmioty, których statusu i nazw nie dało 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. 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 byłiby w stanie zaoferować dostawy samolotów. Samoloty z rodziny (...) (...) (...), w tym (...) proponowali zamawiającemu (...) z B. oraz (...). Obaj ci wykonawcy poza samolotami firmy (...) proponowali także dostawę (...). Ostatecznie, w ocenie Izby, zgromadzony materiał dowodowy nie dawał 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 (...), z czego do co najmniej 7 (wyjąwszy (...) s.r.o.) zamawiający nie mógł przed wniesieniem odwołań przypuszczać, że nie są w stanie zrealizować zamówienia. Co do producenta (...) 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 wskazywał na to, że (...) z rodziny (...) 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 (...), 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 B. tak sam producent jak i konsorcjum Glomex (w tym po unieważnieniu wcześniejszego postępowania), a zamawiający nie zbadał, co ze slotami producenta (...) i jego przedstawicieli.

Dalej Izba ustaliła, że poza (...) dostawę mógł wykonać (...), który był również właścicielem slotów do produkcji swoich samolotów, a zatem nie można było przyjąć, że (...) dysponuje jako właściciel jedynymi prawami wyłącznymi do slotów. KIO nie podzieliło stanowiska zamawiającego, że prawo własności jest takim prawem wyłącznym, które uniemożliwia dostawę innym wykonawcom, jest to prawo zbywalne, współdzielne (współwłasność) 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. Zdaniem KIO ochrona praw wyłącznych dotyczy raczej niemajątkowych praw autorskich, czy koncesji wyłącznych lub licencji wyłącznych, co jednak w przedmiotowej sprawie nie zostało wykazane.

W ocenie Izby zamawiający nieprawidłowo zatem ustalił stan faktyczny przyjmując, iż istnieje tylko jeden wykonawca (...) 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, zdaniem KIO, nie podjął nawet próby wykazania, że nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub zastępcze.

W ocenie Izby druga przesłanka uzasadniająca zastosowanie zamówienia z wolnej ręki także nie zaistniała, ponieważ 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 również wiary stanowisku zamawiającego, co do przepadku kwoty 540 000 000 zł. 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.

Odnosząc się z kolei do zarzutu zamawiającego o złożeniu odwołania jako czynów nieuczciwej konkurencji tj. iż odwołujący działali w ramach zmyślenia Izba uznała, że istnieją znaczące podobieństwa pomiędzy odwołaniami (...) i A. A., tak co do zarzutów, żądań jak i argumentacji. Izba wzięła jednak pod uwagę fakt, że odwołanie (...) zostało wniesione w dniu 17 marca 2017r., a odwołanie A. A. w dniu 20 marca 2017r., zatem ich zbieżność może nie wynikać z istnienia zmyślenia, ale skorzystania przez jednego pełnomocnika z pracy drugiego pełnomocnika. Tym samym w ocenie Izby sam fakt praktycznej identyczności odwołań nie daje wystarczających podstaw do stwierdzenia zmyślenia przetargowej.

Analizując przepisy art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji KIO doszło do wniosku, że nie zostały spełnione przesłanki z ww. przepisów. Dodatkowo zaś wskazała, że 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.

Odnosząc się do interesu w wystąpieniu z odwołaniem, w rozumieniu art. 179 PZP, przez (...) s.r.o., Izba uznała, że zamawiający słusznie podniósł, że odwołujący nie wykazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, w szczególności w świetle ustaleń dotyczących wykluczenia ww. podmiotu z wcześniejszego postępowania potwierdzonych pismem z dn. 20 marca 2017r. Służby Kontrwywiadu Wojskowego.

Natomiast Izba oceniła, że odwołujący (...) i odwołujący (...) 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.

W dalszej części uzasadnienia KIO szczegółowo odniosło się do wszystkich zarzutów odwołujących, w tym również dotyczących naruszenia przepisów PZP w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu ex ante.

W zakresie zarzutu 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 (...), podczas gdy brak jest przesłanek do stwierdzenia, że tylko tego typu maszyny odpowiadają uzasadnionym potrzebom zamawiającego Izba uznała, że nie zasługuje on na uwzględnienie. Jak wynikało bowiem 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. 131 h ust. 6 pkt 1 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 również nie znalazł uznania Izby, ponieważ jak wynikało z ustaleń stanu faktycznego i prawnego zamawiający miał obowiązek określić przedmiot zamówienia i zrobił to wskazując na dostawę samolotów średnich do przewozu 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 dopatrywała się naruszenia przez zamawiającego art. 66 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Kolejny zarzut - naruszenia przez zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy w zw. z art. 131 h 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 zasługiwał na uwzględnienie. Jak wynikało z ustaleń stanu faktycznego i prawnego zamawiający błędnie przyjął, że istnieje tylko jeden wykonawca zdolny dostarczyć mu przedmiot zamówienia, gdyż jak wynikało z ustaleń faktycznych poczynionych przez Izbę istniał więcej niż jeden podmiot zdolny dostarczyć zamawiającemu samolot średni w wymaganej konfiguracji. Izba podkreśliła, że w przypadku odwołania na wybór trybu postępowania, na odwołującym spoczywał jedynie ciężar uprawdopodobnienia, że przesłanki, które podał zamawiający jako podstawę wyboru trybu postępowania nie istnieją lub zamawiający nieprawidłowo ustalił ich istnienie. Natomiast ciężar dowodu, że istniały przesłanki wyboru trybu postępowania obciążał zamawiającego. Nadto granice oceny wykazania tych przesłanek były wyznaczone treścią ogłoszenia, gdyż to ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w procedurze dobrowolnej przejrzystości ex ante stanowiło czynność, o której odwołujący powzięli wiadomość, o której mowa w art. 182 ust. 3 pkt. 1 ustawy. W ocenie Izby odwołujący uprawdopodobnili, że poza (...) i samymi odwołującymi istnieją inni wykonawcy zdolni wykonać zamówienie jak (...), konsorcjum (...) i (...) czy (...). Zamawiający natomiast nie wykazał, że z uwagi na określone przez niego wymagania ci wykonawcy nie są w stanie zamówienia wykonać. KIO wskazała, że zamawiający w ogłoszeniu nie powołał się na wymóg 3 lat w służbie, ani na wykonanie lotu transatlantyckiego (...) 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, że 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.

Potwierdził się również 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.

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 miał posiadać zdolności do lotu transatlantyckiego ani zdolności bojowej - systemów aktywnej i pasywnej obrony własnej, systemów łączności specjalnej itp. Inspektorat Uzbrojenia nie wykazał także, że uzyskanie samolotów w późniejszym terminie będzie niemożliwe, a 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 oceniła, 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. 131 h ust. 6 pkt 3 ustawy stosując tryb zamówienia z wolnej ręki dopuścił się także obrazy art. 10 ust. 2 ustawy.

Rozważając ostatni z zarzutów tj. zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez nieuzasadnione faworyzowanie producenta samolotów (...), polegające na przyjętym z góry zamiarze udzielenia zamówienia producentowi samolotów (...), pomimo tego, że na rynku istnieją inni wykonawcy, mogący zrealizować zamówienie - którym uniemożliwiono przystąpienie do postępowania, wyłączając tym samym całkowicie możliwość konkurencji KIO uznała, że 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 to zamówienie wykonać. Biorąc to pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Uzasadniając sposób rozstrzygnięcia Izba wskazała, że w toku postępowania postanowieniem z dn. 30 marca 2017r. uchyliła zakaz zawierania umowy, a zamawiający i (...) zawarły umowę w dn. 31 marca 2017r. , wobec czego wzięła pod uwagę art. 192 ust. 3 ustawy PZP determinujący treść rozstrzygnięcia Izby w przypadku uwzględnienia przez nią odwołania, w zależności od tego czy umowa o zamówienie publiczne została zawarta, czy też nie. Powołała się przy tym na wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach 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 ostatecznie orzekła zgodnie z treścią art. 192 ust.3 pkt 3 PZP.

Od powyższego orzeczenia **skargę wniósł zamawiający** zaskarżając wyrok części, tj. w odniesieniu do:

1. punktu 1 a, w którym uwzględniono odwołania (...) z siedzibą w Wielkiej Brytanii i (...) z siedzibą w Szwajcarii i stwierdzono naruszenie przywołanych tam przepisów prawa tj. w zakresie uwzględnienia odwołania w części dotyczącej zarzutów naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a i b ustawy Pzp w związku z art. 131h ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 10 ust.1 ustawy Pzp i art. 131 h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 10 ust. 2 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp tj.: art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b w związku z art. 131h ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 10 ust. 2 ustawy Pzp i art. 131h ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 10 ust. 2 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na dostawę samolotów „średnich” do przewozu najważniejszych osób w państwie (VIP) oraz
2. punktu 2, w którym kosztami postępowania obciążony został Zamawiający oraz punktów 2.2 i 2.3 sentencji zaskarżonego orzeczenia, w których zasądzono od Zamawiającego na rzecz (...) z siedzibą w Wielkiej Brytanii i (...)

z siedzibą w Szwajcarii kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu i zastępstwa procesowego w kwotach po 18.600,00 zł.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. naruszenie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, iż obaj Odwołujący mają interes prawny w uzyskaniu zamówienia oraz mogli ponieść szkodę w związku z działaniami Skarżącego (Zamawiającego) podczas, gdy żaden z Odwołujących interesu takiego nie posiada, a także nie może ponieść szkody z uwagi na wykluczenie obu Odwołujących z postępowania o to zamówienie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, jak również nie wykazał, że miałby interes w uzyskaniu zamówienia nawet mimo niezastosowania art. 24 ust. pkt 20 ustawy Pzp.

1. naruszenie art. 190 ust. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp poprzez:

a. dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów przedstawionych przez Skarżącego (Zamawiającego) w odniesieniu do całokształtu okoliczności składających się na podstawę uznania, iż między Odwołującymi doszło do zмовы mającej na celu zakłócić konkurencję i ograniczyć dostęp do zamówienia spółce (...), a także poprzez analizę i oparcie się przez Izbę jedynie na wybranych przez siebie twierdzeniach, z pominięciem pozostałej argumentacji przedstawionej przez Skarżącego (Zamawiającego);

a. dowolną - nie opartą nawet na twierdzeniach Odwołujących - interpretację, że identyczność odwołań przez nich złożonych może być wynikiem kopiowania materiału postępowania przez jednego pełnomocnika po drugim (w tym kopiowania błędów i formy edycyjnej tych odwołań) podczas, gdy Odwołujący nie prezentowali takiego stanowiska na rozprawie oraz nie zaprzeczyli twierdzeniom Skarżącego (Zamawiającego) o zмовie tych Odwołujących;

b. dowolną – nie opartą na jakichkolwiek racjonalnych przesłankach - ocenę, złożenia odwołań przez Odwołujących w różnych terminach, jest przesłanką przekonującą, że Odwołujący ci nie weszli ze sobą w nieuprawnione porozumienie przeciwko (...) podczas, gdy szereg pozostałych okoliczności związanych w tym zarzutem świadczy za koniecznością uznania, że taka zмова miała miejsce;

c. dowolną, a nie swobodną ocenę i brak uznania dla materiału dowodowego wskazującego podstawy działania Skarżącego (Zamawiającego) w procesie oceny, że tylko samolot (...) spełnia wymagania Zamawiającego, podczas, gdy w materiale dowodowym - złożonym na piśmie oraz przedstawionym w formie wypowiedzi na rozprawie znajdują się dowody, że inne konstrukcje (w tym (...) (...) i (...) - także wersji (...) . jak również (...) (...)) nie spełniają wymagań Zamawiającego;

d. dowolną, a nie swobodną ocenę materiału dowodowego, na podstawie którego Izba stwierdziła, że zamówienie mogło wykonać co najmniej 8 podmiotów, gdy w materiale dowodowym brak jest podstaw do takiego twierdzenia natomiast (Zamawiający) skutecznie wykazywał, że omawiane „oferty”, to w rzeczywistości jedynie działania pozorowane, nie mające na celu udziału w przetargu,

a. dowolną, a nie swobodną ocenę materiału dowodowego i uznanie, że w sprawie tej wykazano, iż spółka (...) nie posiadała wolnych „slotów” produkcyjnych, podczas gdy materiał dowodowy wskazuje, że tylko spółka (...) mogła zapewnić dostawę samolotu spełniającego wymagania Zamawiającego;

b. dowolną, a nie swobodną ocenę materiału dowodowego i – nie poparte żadnym dowodem – uznanie, że firma (...) mogła brać udział w nowym postępowaniu (otwartym po unieważnieniu postępowania prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem), podczas, gdy spółka ta nie legitymowała się rezerwacją „slotów” produkcyjnych w niezbędnym okresie czasu, a więc ewentualne postępowanie prowadzone byłoby z podmiotem nie mogącym gwarantować swojej zdolności do realizacji zamówienia;

c. sprzeczną z treścią materiału dowodowego, dowolną oceną, że istniała możliwość nieskrępowanego dysponowania „slotami” produkcyjnymi przez podmioty, które nabyły do nich prawa od spółki (...), na zasadach podobnych

do udzielania licencji do autorskich praw majątkowych, podczas, gdy na rozprawie spółka (...) oświadczyła, że jakiegokolwiek dysponowanie „slotami” należącymi do osób trzecich mogłoby się odbywać wyłącznie za jej uprzednią zgodą (co wynika z umów z nabywcami „slotów”) oraz że spółka (...) nie zamierza zezwolić na takie zbycie „slotów” w celu przeznaczenia ich na potrzebę dostawy samolotów „średnich” do przewozu najważniejszych osób w państwie (VIP), jak również nie zamierza zbyć na rzecz osoby trzeciej posiadanych ostatnich dwóch „slotów” do produkcji samolotu (...)(...), którego produkcja na tych „slotach” kończy się;

i. dowolną, a nie swobodną ocenę materiału dowodowego w zakresie istnienia alternatywy dla zakupu samolotów, tj. uznanie przez Izbę, że nie istnieje pilność w udzieleniu zamówienia, ponieważ Polska ma inne możliwości zapewnienia transportu najważniejszych osób w państwie (VIP), jak np. kontynuacja czarteru od (...) SA., wykorzystana samolotów wojskowych (ASA, wykorzystanie samolotów wojskowych w ramach programu międzynarodowego (...) ((...) (...)) , co nie jest prawdą;

j. nie opartą na adekwatnych dowodach i nie uwzględniającą specyfiki analizowanej sprawy ocenę i uznanie, że w warunkach postępowania przetargowego, poprzedzającego bezpośrednio postępowanie z wolnej ręki, złożenie wszystkich ofert obarczonych błędami skutkującymi ich odrzuceniem, nie było sytuacją wyjątkową, podczas, gdy Skarżący (Zamawiający) wykazywał skutecznie, że w warunkach analizowanej sprawy Zamawiający mógł spodziewać ofert niepodlegających odrzuceniu;

k. nie opartą na materiale dowodowym ocenę i uznanie, iż w dostępnych dla Odwołujących dokumentach, brak było wskazania wymogu pozostawiania konstrukcji samolotu przez okres minimum 3 lat w służbie, aby wyeliminować konstrukcje obciążone tzw. „chorobą wieku dziecięcego), konstrukcje, których niezawodność dopiero jest potwierdzana w pierwszych miesiącach i latach eksploatacji na rynku, a także uznanie przez Izbę że zakup samolotu używanego, jego transatlantycki zasięg, nigdy nie były warunkiem koniecznym zamawiającego, a samolot używany był elementem fakultatywnym programu transportu najważniejszych osób w państwie (VIP).

3. naruszenia §19 ust. 1 rozporządzenia Prezesa rady Ministrów z 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań poprzez błędne uznanie, iż złożone do akt postępowania odwzorowania graficzne samolotów oraz tabele z danymi cyfrowymi dotyczącymi ich zasięgów – w których wprawdzie znajdują się informacje w języku angielskim ale nie wpływają one na możliwość oceny odwzorowań graficznych samolotów, ani danych cyfrowych – stanowią dokumenty w języku angielskim i nie mogą zostać przyjęte w postępowaniu odwoławczym gdy dokumenty te nie uchybiają zasadzie prowadzenia postępowania w języku polskim i mogłyby być przeanalizowane bez doręczenia ich pisemnego tłumaczenia, a tłumaczenie takie na język polski zostało dokonane podczas rozprawy.

W związku z powyższym zamawiający wniósł o zmianę wyroku i oddalenie odwołań.

W skardze zamawiający wniósł o dopuszczenie dowodów z dokumentów złożonych przed KIO tj. odwzorowania graficznego porównującego gabaryty i konfigurację pokładów samolotów (...), (...), (...) (...) oraz tabeli reprezentującej liczbowo zasięgi samolotów (...) i (...) (...). Z ostrożności procesowej Inspektorat Uzbrojenia wniósł także o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność potwierdzenia, że samoloty (...) (...) nie spełniają wymagań postawionych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Skargę złożył także (...), który zaskarżył wyrok KIO w części, tj. co do punktu 1a wyroku - w zakresie zaniechania przez Krajową Izbę Odwoławczą unieważnienia umowy zawartej przez zamawiającego z (...) w dniu 31 marca 2017 r., pomimo tego, że umowa ta została zawarta z kwalifikowanym naruszeniem przepisów prawa, tj. w sytuacji o której mowa w art. 146 ust. 1 pkt. 1 PZP.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono naruszenie:

a) art. 192 ust. 3 pkt 3 PZP poprzez jego zastosowanie, polegające na zaniechaniu unieważnienia umowy zawartej przez Zamawiającego, w sytuacji, w której przepis ten nie znajduje zastosowania w okolicznościach o których mowa w art. 146 ust.1 PZP - a których zaistnienie zostało potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą;

a) art. 192 ust. 3 pkt. 2 PZP w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1 PZP poprzez ich niezastosowanie - polegające na zaniechaniu unieważnienia umowy zawartej przez Zamawiającego z (...) - pomimo tego, że w toku postępowania zostało wykazane, że ziściła się hipoteza normy prawnej wynikającej z ww. przepisu, stanowiącego *lex specialis* wobec normy z art. 192 ust. 3 pkt 3 PZP;

b) naruszenie art. 2 pkt 8 a) PZP poprzez jego niewłaściwą wykładnię, polegającą na przyjęciu, że samoloty do przewozu najważniejszych osób w państwie, będące przedmiotem zamówienia, stanowią sprzęt wojskowy w rozumieniu ww. przepisu;

c) naruszenie art. 2d ust. 1 lit, a) Dyrektywy Rady (UE) 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane poprzez brak zapewnienia możliwości unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji naruszenia najbardziej podstawowych zasad prawa zamówień publicznych

(względnie)

d) naruszenie art. 60 ust. 1 lit, a) 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 poprzez brak zapewnienia możliwości unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji naruszenia najbardziej podstawowych zasad prawa zamówień publicznych;

W związku z ww. zarzutami, spółka wniosła o:

a. zmianę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2017 r. w sprawie KIO (...) w części, tj. co do punktu la wyroku - poprzez unieważnienie umowy zawartej w dniu 31 marca 2017 r. przez Zamawiającego z (...) w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na dostawę samolotów „średnich” do przewozu najważniejszych osób w państwie (numer sprawy nadany przez Zamawiającego: (...));

a. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Wykonawcy zwrotu kosztów niniejszego postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego - według norm przepisanych;

Ponadto skarżący zgłosił wnioski dowodowe w postaci dokumentów dołączonych do skargi oraz zobowiązania zamawiającego do złożenia oryginału umowy zawartej przez zamawiającego z (...).

Pismem z dn. 28 kwietnia 2017r. (...) zgłosiła swój udział w postępowaniu wywołanym skargą (...) i wniosła o jej oddalenie (k.643).

W odpowiedzi na skargę (...) zamawiający pismem z dn. 2 maja 2017r. wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania (k.665).

W odpowiedzi na skargę zamawiającego (...) Wniosła o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania (k.764).

Pismem z dn. 19 czerwca 2017r. (k.903) zamawiający wniósł o dopuszczenie dowodu z pisma Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego z dn. 13 czerwca 2017r. na okoliczność braku interesu w uzyskaniu przez (...). I (...) zamówienia publicznego będącego przedmiotem sporu

Pismem z dn. 19 czerwca 2017r. skarżący (...) cofnął swoją skargę (910).

Swój udział w postępowaniu skargowym po stronie zamawiającego zgłosił (...) i wniósł o zmianę wyroku i oddalenie odwołań.

Na rozprawie w dn. 23 czerwca 2017r. pełnomocnik (...). Podtrzymał wnioski dowodowe zgłoszone w cofniętej skardze.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Rozstrzygnięcie w przedmiocie wniosków dowodowych zgłoszonych przez strony postępowania, co do których zapadły postanowienia na rozprawie w dn. 23 czerwca 2017r.

W zakresie nowych dowodów należy mieć na uwadze treść art. 381 kpc w zw. z art. 198a ustawy PZP, zgodnie z którym sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynika później.

Odnosząc się do wniosków dowodowych skarżącego (...) należy wskazać, iż wnioski zgłoszone w skardze nie podlegały ocenie z uwagi na cofnięcie skargi i tym samym zawartych w niej wniosków. Z kolei zgłoszenie tych samych wniosków na rozprawie w dn. 23 czerwca 2017r. na sporne okoliczności było po pierwsze spóźnione albowiem skoro stanowiły one dowody w zakresie skargi zamawiającego to (...) mogła zgłosić je już w odpowiedzi na skargę z odpowiednimi tezami, które miały być udowodnione, a po drugie dotyczyły one zupełnie innych okoliczności, które nie stanowiły przedmiotu skargi Skarbu Państwa. Tym samym stawały się one bezprzedmiotowe. Dlatego na podstawie art. 381 kpc podlegały oddaleniu.

Wnioski zamawiającego złożone w jego skardze, za wyjątkiem bezspornego postanowienia KIO z dn. 30 marca 2017r. także podlegały oddaleniu.

Po pierwsze, przedstawione odwzorowania graficzne porównujące gabaryty i konfigurację pokładów samolotów (...), (...), (...)(...) oraz tabele reprezentujące liczbowo zasięgi samolotów (...) i (...)(...) nie stanowią dokumentów w rozumieniu art. 245 kpc. Z fragmentów, które zostały zawnioskowane nie wynika, kto je sporządził, z jakiego dokumentu ewentualnie pochodzą. Po drugie, tabele zawierają w sobie dane techniczne i specjalistyczne sformułowania, którymi nie posługują się profesjonalni pełnomocnicy (prawnicy) oraz sąd. Nie można byłoby zatem ich zweryfikować, ponieważ wiedzę specjalistyczną posiadają, albo biegli, albo instytuty naukowe. Sąd nie byłby w stanie w oparciu tylko o przedstawione dane uznać, czy samoloty mają porównywalne gabaryty, osiągi techniczne, czy mają możliwości przekonfigurowania pokładu według potrzeb zamawiającego i czy byłoby to możliwe. Po trzecie wreszcie, dane techniczne nadal były w języku angielskim, a strona wnioskująca do chwili rozprawy nie przedłożyła tłumaczenia pomimo, że taka możliwość posiadała z uwagi na ilość czasu jaka upłynęła między skargą a rozprawą. Z uwagi na powyższe wniosek podlegał oddaleniu.

Z ostrożności procesowej Inspektorat Uzbrojenia wniósł także o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność potwierdzenia, że samoloty (...) (...) nie spełniają wymagań postawionych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Powyższy wniosek był spóźniony, albowiem powinien być zgłoszony jeszcze na etapie postępowania odwoławczego.

Nadto Sąd Okręgowy chciałby zwrócić uwagę na jedną istotną kwestię. Biegły sądowy (lub instytut naukowy) jest powoływany dla oceny stanu faktycznego z uwagi na posiadane wiadomości specjalne (por. wyr. SO we Wrocławiu z 15.01.2010 r., X Ga 380/09, LEX nr 1713386). Nie jest możliwe zastąpienie dowodu z opinii biegłego jakimkolwiek innym dowodem, np. zeznaniami świadków czy dokumentami przedstawionymi przez strony (w szczególności opiniami prywatnymi, nawet jeśli zostały przygotowane przez specjalistów).

Opinia biegłego powinna obejmować rozstrzygnięcie istotnych dla postępowania kwestii w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał, Jednocześnie zadaniem biegłego nie jest wyłączenie sądu w wyjaśnieniu rzeczywistej treści stosunków faktycznych czy też poszukiwania materiału dowodowego w oparciu o który sporządzi opinię. To na stronach postępowania spoczywa obowiązek przedstawienia materiału, który będzie stanowił podstawę opinii.

W ocenie Sądu Okręgowego materiał dowodowy w sprawie nie mógłby stanowić podstawy do wydania opinii, ponieważ nie zawierał on żadnych danych technicznych, dokumentów, analiz, planów projektów lub innych materiałów porównawczych dla wszystkich modeli samolotów.

Dlatego też na podstawie art. 381 kpc wniosek ten także podlegał oddaleniu.

Uzasadnienie oddalenia wniosku dowodowego Skarbu Państwa – Inspektoratu Uzbrojenia - dokumentu zawierającego informacje niejawne i złożonego przy piśmie z dn. 19 czerwca 2017r. znajduje się w odrębnym fragmencie uzasadnienia w części niejawne.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie skargi zamawiającego Skarbu Państwa – Inspektoratu Uzbrojenia.

Odnosząc się do oceny prawnej skargi zamawiającego należy wskazać, że dotyczyła ona częściowego uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołań (...) z siedzibą w Wielkiej Brytanii i (...) z siedzibą w Szwajcarii i stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp: 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 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na dostawę samolotów „średnich” do przewozu najważniejszych osób w państwie (VIP) oraz związanych z tym kosztów postępowania.

Zarzuty zamawiającego w pierwszym rzędzie dotyczyły błędnej oceny przez KIO posiadania przez odwołujących prawa do wniesienia środka ochrony prawnej tj. naruszenia art. 179 ustawy PZP, drugą zaś część dotyczyła nieprawidłowej przez KIO oceny materiału dowodowego związanego zarówno z ww. okolicznością oraz oceny czynności Inspektoratu Uzbrojenia polegającej na niewykazaniu przesłanek z art. 67 ust. 1 lit. a i b oraz z art. 131h ust. 6 pkt ustawy PZP tj. naruszenia art. 190 ustawy PZP.

Słusznie zwrócił uwagę Skarb Państwa na fakt, iż badanie treści art. 179 ust. 1 ustawy PZP jest podstawową czynnością, albowiem zmierza ona do ustalenia legitymacji odwołujących do wniesienia odwołania. W przypadku bowiem ustalenia, że podmioty takiego prawa nie posiadają wówczas, bez badania merytorycznego zarzutów odwołania, środek ten będzie podlegał oddaleniu.

I. naruszenie art. 179 ustawy PZP.

Zgodnie z treścią art.179 ust. 1 ustawy PZP środki ochrony prawnej [...] przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W niniejszej sprawie odwołujący nie są ani wykonawcami ani uczestnikami konkursu, lecz podmiotami trzecimi o jakich mowa w ww. przepisie. Są to bowiem podmioty, niezdefiniowane przepisem art. 2 pkt 11 ustawy PZP natomiast z orzecznictwa można wywieść, iż będą nimi także " potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia czy też zapytania o cenę). Podmioty te zostają bowiem pozbawione szansy wzięcia udziału w postępowaniu, którą miałyby, gdyby zamawiający prowadził postępowanie w trybie rozpoczynającym się publicznym ogłoszeniem” (tak np. SO w Gdańsku z 25.5.2012 r. (XII GA 92/12, Legalis).

Art. 179 ustawy PZP wskazuje na dwie przesłanki które muszą być spełnione, aby dany podmiot nabył uprawnienie do stosowania środków ochrony prawnej: 1. wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia 2. poniesienie lub możliwość poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy PZP.

1. wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia.

Rozpoznając zarzut dotyczący interesu w uzyskaniu zamówienia na wstępie należy ustalić zakres pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia, albowiem tylko sprecyzowanie przesłanek w tej, nietypowej sprawie, pozwoli na ustalenie

czy i jakie elementy musieli spełnić odwołujący, aby można ich uznać za uprawnionych do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Nie mamy bowiem w przedmiotowej sprawie do czynienia ze zwykłymi zazwyczaj sytuacjami kiedy zaskarżono czynności zamawiającego w ramach konkretnego konkurencyjnego trybu postępowania, lecz zaskarżenie samego wyboru trybu przez zamawiającego.

W zakresie zaskarżania wyboru trybu przez podmiot nieuczestniczący w postępowaniu, doktryna, orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów jednoznacznie stoją na stanowisku, że interes w uzyskaniu danego zamówienia powinien być rozumiany w sposób szeroki, abstrakcyjny jako potencjalna możliwość uzyskania zamówienia, którego przedmiot jest objęty postępowaniem udzielanym w zaskarżanym trybie (zob. wyr. SO w Gdańsku z 25.5.2012 r. sygn.. akt XII GA 92/12, Legalis, „Prawo zamówień publicznych. komentarz” Paweł Granecki wyd. 5 C.H.Beck 2016, str.1338 i nast., wyr. KIO z 16.7.2013 r., sygn.. akt KIO (...)).

Sąd Okręgowy w pełni podziela ww. stanowisko. Jego rozwinięcie znajduje się w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 13 stycznia 2013, sygn.. akt KIO (...) w którym możemy wyczytać, że „Odwołujący mają potencjalną możliwość dostarczenia Zamawiającemu pojazdów, o parametrach równoważnych z będącymi przedmiotem zamówienia. Wskutek wyboru przez Zamawiającego niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, Odwołujący zostali pozbawieni możliwości złożenia oferty, co stanowi o możliwości poniesienia szkody. Istnieje możliwość, że przy zastosowaniu trybu konkurencyjnego, oferta jednego z Odwołujących okazałaby się najkorzystniejsza. Interes Odwołujących winien być rozumiany możliwie szeroko. Na obecnym etapie postępowania nie jest możliwe wykazanie interesu w sposób bardziej skonkretyzowany, wystarczające w okolicznościach niniejszej sprawy jest wskazanie na potencjalną możliwość uzyskania zamówienia.”

Przy zaskarżeniu trybu postępowania tak rozumiane, szerokie pojęcie interesu jest zatem wyjątkiem od zasady badania rzeczywistego interesu w uzyskaniu danego zamówienia, które to pojęcie forsował Zamawiający.

Mając na względzie powyższe uwagi należało zastanowić się nad pojemnością sformułowania potencjalna możliwość w uzyskaniu zamówienia, na co zwrócił uwagę pełnomocnik (...) i taki zarzut wywiódł w trakcie postępowania tj. czy wystarczy aby odwołujący wykazał, że działa na rynku przedmiotu zamówienia, czy też musi spełniać wszystkie przesłanki z opisu przedmiotu zamówienia?

W niniejszej sprawie zatem należało ustalić jak szeroko należy interpretować sporny interes przy przedmiocie zamówienia polegającym na: zamówieniu publicznym w trybie zamówienia z wolnej ręki na dostawę samolotów „średnich” do przewozu najważniejszych osób w państwie (VIP) tj. **czy wystarczy, że dany podmiot działa na rynku lotniczym, czy też działa na rynku lotniczym dotyczącym samolotów średnich, czy też działa na rynku samolotów średnich do przewozu najważniejszych osób w państwie (VIP)?**

W ocenie Sądu Okręgowego rynek lotniczy jest pojęciem bardzo szerokim w sytuacji kiedy oceniamy go pod względem charakterystyki samych samolotów np. z uwagi na liczbę przewożonych osób. Mamy bowiem do czynienia zarówno z samolotami bardzo małymi np. dwuosobowymi, kilkuosobowymi, jak też z samolotami do przewozu kilkudziesięciu osób np. (...), (...) (...), (...) itp., a także z samolotami służącymi do przewozu kilkuset osób na pokładzie np. wspomniany przez zamawiającego (...) (...). Oczywiście jest zatem, że dochodzi do specjalizacji firm zajmujących się produkcją jak i ich serwisowaniem. Mamy zatem do czynienia z firmami produkującymi małe samoloty i firmami je obsługującymi, firmami obsługującymi średnie samoloty i ich serwisowaniem i odpowiednio dotyczy to także samolotów dużych. Możliwe jest, że firmy ze średniej i dużej kategorii mogą obsługiwać samoloty klas niższych jeśli mają taki cel gospodarczy, natomiast nie zawsze firmy obsługujące samoloty niższej klasy będą w stanie obsłużyć samoloty duże z uwagi np. na możliwości finansowe, kadrowe, wyposażenie technologiczne, licencje i uprawnienia itp. Oczywiście taka klasyfikacja środowiska lotniczego jest umowna ale zamawiający przy badaniu interesu w uzyskaniu zamówienia przez odwołujących taką klasyfikacją się posłużył, a żaden z podmiotów uczestniczących w niniejszym postępowaniu co do zasady jej nie podważył.

Dlatego też, w ocenie Sądu Okręgowego pojęcie całego rynku lotniczego jako kręgu potencjalnych wykonawców przedmiotu zamówienia jest zbyt szerokie, a na pewno wymagałoby to od firmy z branży samolotów małych i bardzo

małych wykazania w sposób szczegółowy, iż posiada potencjał w zakresie dostawy samolotów co najmniej średnich lub że współpracuje z takimi podmiotami.

Zdaniem Sądu Okręgowego nie można również zawęzić z kolei kręgu potencjalnych wykonawców, aż tak daleko jak sięga całkowity opis przedmiotu zamówienia. Należy bowiem zauważyć, że dodatek w opisie przedmiotu zamówienia w postaci przewozu najważniejszych osób w państwie (VIP) związany jest z elementami nietypowymi dla żadnej z klas samolotów, a dotyczącymi dodatkowego wyposażenia tj. wbudowanych systemów ochrony własnej samolotu, walki radioelektronicznej oraz łączności specjalnej. Nikt przy tym nie kwestionuje, że wyposażenie w dodatkowe elementy musi być wykonane przez podmioty w tym wyspecjalizowane i żaden z podmiotów uczestniczących w postępowaniu takiej dodatkowej, w pełnym zakresie zamówienia, specjalizacji nie posiada. Na pewno zaś nie ma dowodów wykazujących takie okoliczności.

Oprócz powyższego należy również mieć na uwadze argument, że zamawiający w odwołaniu i skardze, co do zasady, podnosił zarzuty związane z gabarytami i danymi technicznymi samolotów, a nie możliwością odwołujących w wyposażenie ich w dodatkowy specjalistyczny sprzęt, a także fakt, iż Skarb Państwa nie stawiał ograniczeń podmiotowych tj. iż zamówienie może wykonać tylko producent samolotów. W konsekwencji do kręgu potencjalnych oferentów można zaliczyć zarówno producentów jak i pośredników w sprzedaży samolotów. Dlatego też, podkreślając ponownie, że interes w uzyskaniu zamówienia przy zaskarżeniu trybu zamówienia z wolnej ręki należy ujmować w sposób szeroki, w ocenie Sądu Okręgowego, podmiotami zainteresowanymi będą podmioty, które wykazą możliwość dostawy samolotów klasy średniej, a więc typu (...), (...), (...).

Nie budzi wątpliwości Sądu, iż to odwołujący winni byli wykazać, że posiadają interes w uzyskaniu zamówienia (art. 6 kc).

Przenosząc natomiast przedstawione stanowisko prawne na grunt okoliczności faktycznych niniejszej sprawy należy zauważyć, że w przypadku odwołania (...) z siedzibą w A. w Szwajcarii, spółka ta nie wykazała interesu w uzyskaniu zamówienia, a to na niej spoczywał ciężar dowodzenia. Odwołujący nie przedstawił bowiem w odwołaniu żadnych dowodów, które pozwoliłyby na stwierdzenie, że spełnił on ww. przesłankę z art. 179 ust.1 PZP, zwłaszcza, że w odpowiedzi na odwołanie i w trakcie rozprawy przed KIO zamawiający podniósł zarzut, iż podmiot ten należy do kategorii firm, które serwisują małe i bardzo małe samoloty, zaś odwołujący na ten zarzut żadnych kontrargumentów nie podniósł i nie przedstawił żadnych dowodów. Oznacza to, iż w zakresie opisu charakterystyki firmy mamy do czynienia z okolicznością nie zaprzeczoną tj. iż jest to spółka działająca na rynku lotniczym ale zajmująca się serwisem małych i bardzo małych samolotów. W takiej zaś sytuacji i z uwagi na ustalony przez Sąd Okręgowy krąg podmiotów, które mają potencjalną możliwość wykonania zamówienia (...) z siedzibą w A. do tej kategorii nie może być zaliczony.

Dlatego też rozstrzygnięcie KIO w powyższym zakresie należało uznać za wadliwe i na podstawie art. 179 ust. 1 PZP w związku z art. 198f ust. 2 zd. 2 PZP wyrok Izby w tej części podlegał zmianie, a odwołanie ww. spółki oddaleniu (pkt I wyroku).

Natomiast w ocenie Sądu Okręgowego doszło do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia przez (...) z siedzibą w L., a zarzuty zamawiającego i (...) w tym zakresie były niezasadne.

Należy podkreślić, że bezsporne jest między stronami, iż firma ta działa na rynku lotniczym. Co więcej w toku postępowania przed Sądem Okręgowym powołała się ona na swój rozmiar i możliwości dostawy (jako pośrednik) samolotów średnich i okoliczność ta - w głosach końcowych pełnomocnika zamawiającego - została przyznana. Chodzi tu o wypowiedź dotyczącą stwierdzenia, iż odwołujący pośredniczy w sprzedaży samolotów średnich (choć należy podkreślić o innym typie wyposażenia aniżeli wskazany w zamówieniu). Mamy zatem do czynienia z okolicznością przyznaną w rozumieniu art. 229 kpc nie wymagającą zatem żadnego dowodu tj. iż ww. spółka działa na rynku lotniczym i zajmowała się dostawami samolotów sklasyfikowanych przez zamawiającego jako średnie.

Uwzględniając zatem ustalony przez Sąd Okręgowy krąg podmiotów, które mają potencjalną możliwość wykonania zamówienia należało uznać, że (...) spełniło przesłankę i wykazała interes w uzyskaniu zamówienia.

2. możliwość poniesienia szkody w związku z naruszeniem przepisów PZP przez Zamawiającego.

Drugą z przesłanek z art. 179 ust. 1 PZP jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Szereg orzeczeń zarówno KIO jak i sądów okręgowych oraz poglądy doktryny których stanowisko sąd w niniejszym składzie podziela wskazuje, iż wadliwy wybór trybu postępowania o zamówienie publiczne i wybór przez zamawiającego niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, powodują, że odwołujący zostaje pozbawiony możliwości złożenia oferty, co stanowi o możliwości poniesienia szkody. Istnieje bowiem potencjalna możliwość, że przy zastosowaniu trybu konkurencyjnego, oferta jednego z Odwołujących okazałaby się najkorzystniejsza.

Na tym tle należy również wskazać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2016 r., KIO (...) - który w odróżnieniu od wyroków obszernie cytowanych przez Zamawiającego dotyczy interesu prawnego w przypadku skarżenia wyboru określonego trybu udzielenia zamówienia:

„Konsekwencją szerokiego rozumienia interesu w postępowaniach odwoławczych dotyczących wyboru trybu jest także szerokie rozumienie szkody nie zawężonej tylko do zysku w danym postępowaniu oraz ograniczonej do kosztów przygotowania oferty, ale także do potencjalnej możliwości osiągnięcia zysków w przypadku wyboru trybu konkurencyjnego postępowania, w którym odwołujący będzie mógł wziąć udział”

Jeśli zatem KIO prawidłowo dokonało ustalenia, że naruszono przepisy ustawy poprzez błędny wybór trybu zamówienia przez zamawiającego, wobec tego można będzie uznać, że odwołujący utracili potencjalną możliwość osiągnięcia zysków w przypadku wyboru trybu konkurencyjnego i tym samym ziści się również druga przesłanka z art. 179 PZP tj. możliwość poniesienia szkody.

Kwestia, czy zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy o zamówieniach publicznych zostanie przedstawiona poniżej, przy ocenie zarzutów Inspektoratu Uzbrojenia dotyczących stwierdzenia naruszenia przepisów postępowania dowodowego przez KIO tj. naruszenia art. 190 ustawy PZP.

W zakresie badania art. 179 PZP, w ocenie Sądu Okręgowego, chybiony był zarzut Inspektoratu Zamówienia, iż doszło do naruszenia art. 179 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP, albowiem zdaniem Skarbu Państwa, (...) nie poniósłby szkody, gdyż zostałby wykluczony z uwagi na znowę przetargową w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający zarzucił bowiem, iż zawarto znowę przetargową między odwołującymi się podmiotami, wskutek czego doszło do zakłócenia konkurencji i ta okoliczność stanowiłaby podstawę do wykluczenia ewentualnych wykonawców w toku następnego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP: z postępowania o zamówienie 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;

Należy podkreślić, że zamawiający swoje twierdzenie wywodził z faktu zbieżnej treści odwołań odwołujących (...) i (...) i wcześniejszego zachowania odwołujących tj. nie uczestniczenia w unieważnionym postępowaniu przetargowym.

W zakresie ustaleń dotyczących samej treści odwołań Sąd Okręgowy w pełni podziela ustalenia Krajowej Izby Odwoławczej zawarte na k. 83 i nast. uzasadnienia KIO i przyjmuje je za własne. Okoliczność, że odwołania mają prawie identyczną treść, co uznała Krajowa Izba Odwoławcza za wykazane, a odwołujący temu nie zaprzeczali nie oznacza jeszcze, iż czynność ta zmierzała do ograniczenia konkurencji.

Po pierwsze, pełnomocnicy podmiotów znajdujących się po tej samej stronie procesowej i posiadający zbieżne lub tożsame interesy (w zakresie unieważnienia trybu postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki) mogą ze sobą

współpracować przy sporządzaniu pism procesowych. Żaden przepis ustawy prawo zamówień publicznych i kodeksu postępowania cywilnego tego nie zabrania. Znana jest Sądowi, z doświadczenia, praktyka posiadania przez podmioty występujące po tej samej stronie, jednego pełnomocnika, chociażby np. z uwagi na ograniczenie kosztów procesu. Mogłoby się zatem zdarzyć i w niniejszej sprawie, że obaj odwołujący mieliby jednego pełnomocnika.

Jednakże czym innym jest wykazanie, że pełnomocnicy stron współpracowali ze sobą przy opracowaniu treści samego pisma procesowego, a czym innym jest wykazanie, że strony porozumiały się ze sobą, co do współpracy mającej na celu znowę przetargową. W tym zakresie należało wykazać wolę stron, która zmierzała do ograniczenia konkurencji, a która przełożyła się w dalszym toku na współpracę pełnomocników w celu realizacji znowy przetargowej. Dowodów na tę okoliczność brak, a zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP to na zamawiającym spoczywał ciężar wykazania powyższych okoliczności. Konsekwencje zatem nie udowodnienia zaistnienia znowy przetargowej obciążają Skarb Państwa.

Po drugie, postępowanie stron musi zmierzać do ograniczenia konkurencji. W niniejszej sprawie postępowanie zamawiającego polegało na udzieleniu zamówienia z wolnej ręki, co oznacza negocjacje i zawarcie umowy tylko z jednym wykonawcą. Tego typu postępowanie siłą rzeczy nie jest postępowaniem konkurencyjnym, wobec czego zachowania odwołujących nie można zakwalifikować jako zmierzającego do jego ograniczenia, z prostej przyczyny - w żaden sposób nie byłoby w stanie ograniczyć konkurencji w postępowaniu w ogóle niekonkurencyjnym. Można nawet bronić poglądu, że postępowanie ich zmierzało do otwarcia zamówienia na inne tryby właśnie o charakterze konkurencyjnym. W tym miejscu należy odnieść się do stwierdzenia pełnomocnika Zamawiającego, że takie postępowanie ograniczało (...) w jego prawach i uniemożliwiało mu zawarcie umowy. Należy zauważyć, że takie sformułowanie nie znajduje podstaw prawnych, albowiem w przypadku kolejnego postępowania w przedmiocie zamówienia nic nie stało na przeszkodzie aby (...) nie mógł w nim wystartować i złożyć swojej oferty.

Zdaniem Sądu z okoliczności, że ww. podmioty nie brały udziału we wcześniejszym postępowaniu wcale nie wynika, iż w tym konkretnym postępowaniu umówiły się, co do swojego postępowania. Przyczyny nie uczestniczenia w postępowaniu przetargowym mogło być bowiem wiele: organizacyjne, finansowe, technologiczne itp. Jednakże to na zamawiającym spoczywał obowiązek udowodnienia, iż nieobecność odwołujących była spowodowana zamiarem znowy przetargowej. Odwołujący bowiem już na etapie wcześniejszego przetargu musieli podejmować działania zmierzające do znowy, a należy zauważyć, iż (...) i (...) w toku wcześniejszego postępowania nie mogły mieć wiedzy, że dalszym tokiem procedowania Skarbu Państwa w sprawie zamówienia samolotów średnich dla najważniejszych osób w Państwie będzie zamówienie z wolnej ręki, a odstęp czasu między unieważnieniem przetargu, a zaproszeniem do negocjacji (...) wynosił będzie ok. dwa - trzy dni. Ww. okoliczności także podważają zarzuty zamawiającego.

W konsekwencji nie ma podstaw do uznania, że Krajowa Izba Odwoławcza orzeczeniem z dn. 3 kwietnia 2017r. w stosunku do odwołującego (...) naruszyła przepisy art. 179 ust. 1 i art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP.

I. Naruszenie art. 190 ust. 7 ustawy PZP w zw. z art. 191 ust. 2 ustawy PZP

Zgodnie z art. 190 ust.7 ustawy PZP, Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron (art. 190 ust. 3 ustawy PZP).

KIO dokonuje oceny dowodów przeprowadzonych w sprawie zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów. W konsekwencji Izba ocenia wyniki postępowania dowodowego według własnego przekonania opartego na zasadach logiki i doświadczenia życiowego. Zasada ta dotyczy wszystkich środków ujawnionych w postępowaniu dowodowym, które podlegają wszechstronnej ocenie, bez względu na jego znaczenie dla wyniku sprawy. Dokonana ocena powinna nastąpić na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału. W konsekwencji Izba ma szerokie uprawnienia w zakresie oceny materiału dowodowego, nie będąc w tym względzie związana żadnymi regulacjami, z wyjątkiem jak wskazano podstawowych zasad logiki oraz doświadczenia życiowego, czy zawodowego oraz zasadą rozkładu dowodu (ciężar dowodzenia).

Uwzględniając powyższe Sąd Okręgowy uznał za chybioną zdecydowaną część zarzutów dotyczących naruszenia postępowania dowodowego, a ta część zarzutów zamawiającego, która została uwzględniona nie wpłynęła na prawidłowość rozstrzygnięcia Izby.

W zakresie oceny materiału dowodowego związanego z art.179 ustawy PZP zamawiający zarzucił naruszenie przez KIO art. 190 ust. 7 w zw. z art. 191 ust. 2 ustawy PZP poprzez:

a. dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów przedstawionych przez Skarżącego (Zamawiającego) w odniesieniu do całokształtu okoliczności składających się na podstawę uznania, iż między Odwołującymi doszło do zмовы mającej na celu zakłócić konkurencję i ograniczyć dostęp do zamówienia spółce (...), a także poprzez analizę i oparcie się przez Izbę jedynie na wybranych przez siebie twierdzeniach, z pominięciem pozostałej argumentacji przedstawionej przez Skarżącego (Zamawiającego).

Należy podkreślić, że w zakresie zмовы przetargowej jedynymi dowodami w sprawie są zbieżności odwołań obu firm, natomiast wcześniejsze postępowanie przetargowe w ogóle nie wpływa na ocenę prawidłowości wniosków KIO, zwłaszcza, że postępowanie to zakończyło się jego unieważnieniem – okoliczność nieuczestniczenia w nim obu podmiotów odwołujących w żaden sposób nie uzasadnia, że doszło między nimi do jakiegoś porozumienia – wymagane jest bowiem wyrażenie woli działania w celu ograniczenia konkurencji, a fakt nie uczestniczenia nie jest dowodem na takie porozumienie – przyczyn braku uczestnictwa może być bowiem wiele. To na zamawiającym spoczywał obowiązek wykazania, że przyczyną była zмова przetargowa a nie inna okoliczność. Takich natomiast dowodów brak, wobec czego KIO wyprowadziła prawidłowe wnioski z pozostałego materiału dowodowego.

b. dowolną - nie opartą nawet na twierdzeniach Odwołujących - interpretację, że identyczność odwołań przez nich złożonych może być wynikiem kopiowania materiału postępowania przez jednego pełnomocnika po drugim (w tym kopiowania błędów i formy edycyjnej tych odwołań) podczas, gdy Odwołujący nie prezentowali takiego stanowiska na rozprawie oraz nie zaprzeczyli twierdzeniom Skarżącego (Zamawiającego) o zмовie tych Odwołujących.

W tej części Sąd chciałby zaznaczyć, że Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż mamy do czynienia z identycznymi odwołaniami, więc stanowisko skarżącego podważającego ocenę dowodów KIO w tej części jest niezrozumiałe. Okoliczność, czy stworzono je w warunkach opisanych przez Izbę nie miało tutaj większego znaczenia, albowiem w uzasadnieniu Izba wskazała tę okoliczność jako możliwość takiego zachowania pełnomocników, natomiast nadal to na zamawiającym jako korzystającym z treści art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP spoczywał obowiązek wykazania w jakich okolicznościach doszło do stworzenia odwołań.

c. dowolną – nie opartą na jakichkolwiek racjonalnych przesłankach - ocenę, złożenia odwołań przez Odwołujących w różnych terminach, jest przesłanką przekonującą, że Odwołujący ci nie weszli ze sobą w nieuprawnione porozumienie przeciwko (...) podczas, gdy szereg pozostałych okoliczności związanych w tym zarzutem świadczy za koniecznością uznania, że taka zмова miała miejsce.

Istotnie, w powyższym zakresie odwołujący nie zaprzeczali twierdzeniu zamawiającego, że pisma zostały stworzone wspólnie. Jednakże nadal należy podkreślić, że Izba wskazywała na takie zachowanie pełnomocników jako jedną z możliwości powstania identycznych pism. Chybione jednak rozważania KIO w tej części nie wpływają w ogóle na prawidłowość ostatecznych wniosków.

Ponadto skarżący zaskarżonemu wyrokowi Izby zarzucił naruszenie art. 190 ust. 7 ustawy PZP w zw. z art. 191 ust. 2 ustawy PZP i błędną ocenę dowodów w zakresie dotyczącym przesłanek z art. 67 ust. 1 lit. a i b oraz z art. 131h ust. 6 pkt ustawy PZP.

Na wstępie tej części rozważań należy wskazać, że zgodnie z art. 131 h ust. 6. ustawy PZP 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 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;

Zgodnie zaś z art. 67 ust.1 ww. ustawy 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;

Całe postępowanie przed Izłą jak i przed Sądem opiera się na procedurach określonych w ustawie prawo zamówień publicznych i kodeksie postępowania cywilnego. Dotyczy to zarówno rozkładu ciężaru dowodu, jak też ustalenia co jest dowodem w sprawie, jakie okoliczności nie wymagają dowodu, ponieważ są przyznane oraz jakie oświadczenia i twierdzenia stron nie są dowodem ponieważ stanowią tylko jej stanowisko.

Obowiązki zamawiającego w toku postępowania odwoławczego i skargowego przy badaniu zamówienia z wolnej ręki, jako wyjątku od zasady rozstrzygania zamówień publicznych w postępowaniach konkurencyjnych są jednolicie ujmowane w prawie europejskim.

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 (zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 18.11.2004 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec (C-126/03)).

Dlatego, w niniejszej sprawie, Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisko Izby, że to na zamawiającym spoczywał obowiązek udowodnienia potrzeby zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a więc wykazania przesłanek z art. 67 ust. 1 lit. a i b oraz z art. 131h ust. 6 pkt ustawy PZP. To on bowiem z nich wyciągał korzystne dla siebie konsekwencje prawne w postaci ustalenia, że nie doszło do naruszenia przepisów PZP.

Odwołujący musiał w takiej sytuacji tylko przedstawić w odwołaniu okoliczności, które podważały stanowisko zamawiającego, aby Izba i sąd знаły punkty sporne postępowania, a zamawiający miał możliwość wykazania swojego stanowiska w granicach zarzutów zgodnie z art. 198f ust. 4 PZP.

Odwołujący wskazali takie okoliczności, natomiast skarżący nie udowodnił swoich twierdzeń. Należy bowiem podkreślić, że stanowiska stron, oświadczenia jej pełnomocników i wyjaśnienia muszą znajdować swoje uzasadnienie w dowodach złożonych w toku postępowania. Samo wyjaśnienia pełnomocnika, choćby jak najbardziej fachowe i logiczne, jeśli tylko dotyczyły okoliczności zaprzeczonych przez przeciwnika, nie wystarczą. Nie są materiałem dowodowym, który stanowi podstawę rozstrzygnięcia sprawy przez Sąd.

W związku z powyższym, Sąd Okręgowy co do zasady podziela ocenę materiału dowodowego dokonaną przez KIO, jako nie wystarczającego do uznania, że zaistniały warunki opisane w przepisach art. 67 ust. 1 lit. a i b oraz z art. 131h ust. 6 pkt ustawy PZP, a zatem nie istniała podstawa do zastosowania zamówienia z wolej ręki - z pewnymi drobnymi uwagami, nie mającymi jednak wpływu na poprawność rozstrzygnięcia Izby.

Przechodząc do poszczególnych zarzutów zamawiającego podnosił on, że Izba dokonała:

a. dowolnej, a nie swobodnej oceny i brak uznania dla materiału dowodowego wskazującego podstawy działania Skarżącego (Zamawiającego) w procesie oceny, że tylko samolot (...) spełnia wymagania Zamawiającego, podczas, gdy w materiale dowodowym - złożonym na piśmie oraz przedstawionym w formie wypowiedzi na rozprawie znajdują się dowody, że inne konstrukcje (w tym (...) (...) i (...) - także wersji (...) . jak również (...) (...)) nie spełniają wymagań Zamawiającego.

Wypowiedzi zamawiającego nie są dowodem w sprawie w rozumieniu art. 190 ustawy PZP i przepisów kodeksu postępowania cywilnego, zaś materiał dowodowy dopuszczony przez Izbę jako dowód w sprawie nie zawierał informacji uzasadniających twierdzenie, że zachodziły techniczne obiektywne okoliczności uzasadniające wybór tylko jednego z wykonawców, jedyną okolicznością która w tym zakresie mogła zostać przez sąd uznana, jest zarzut dotyczący (...) w wersji (...) wynikająca z warunków przedstawionych w opisie przedmiotu zamówienia dołączonego do akt postępowania odwoławczego, z których istotnie wynika, że wersja ta nie mogła być brana pod uwagę z uwagi na to, że nie była użytkowana przez okres ponad trzech lat a okoliczność ta nie była zaprzeczona przez stronę przeciwną;

b. dowolnej, a nie swobodnej oceny materiału dowodowego, na podstawie którego Izba stwierdziła, że zamówienie mogło wykonać co najmniej 8 podmiotów, gdy w materiale dowodowym brak jest podstaw do takiego twierdzenia natomiast (Zamawiający) skutecznie wykazywał, że omawiane „oferty”, to w rzeczywistości jedynie działania pozorowane, nie mające na celu udziału w przetargu.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że Izba dokonała jedynie wyliczenia potencjalnych, prawdopodobnych oferentów, w oparciu o listę podmiotów interesujących się postępowaniem wcześniejszym i obecnym, przy czym należy ponownie podkreślić, że nie mówimy tutaj o możliwościach realnych tych podmiotów lecz jako potencjalnych oferentów, cały czas należy bowiem mieć na uwadze wcześniejsze rozważania dotyczące szerokiego pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia. Natomiast to na Inspektoracie Uzbrojenia spoczywał obowiązek wykazania, że tylko (...) miał możliwości wykonania zamówienia i tylko (...) był jedynym samolotem spełniającym wymogi zamawiającego. Żadnych dowodów w tym zakresie Skarb Państwa nie przeprowadził.

c. dowolnej, a nie swobodnej oceny materiału dowodowego i uznanie, że w sprawie tej wykazano, iż spółka (...) nie posiadała wolnych „slotów” produkcyjnych, podczas gdy materiał dowodowy wskazuje, że tylko spółka (...) mogła zapewnić dostawę samolotu spełniającego wymagania Zamawiającego.

Na zamawiającym jako stosującym zamówienie z wolnej ręki spoczywał ciężar wykazania, iż nie był żadnych alternatywnych możliwości pozyskania samolotów średnich, w tym wykazania, że (...) nie mógł w tym okresie zrealizować zamówienia na rzecz zamawiającego z przyczyn technicznych tj. albo nie były to samoloty które spełniałyby wymagania techniczne skarżącego albo, pomimo że spełniają te wymogi to z przyczyn produkcyjnych samoloty te byłyby niedostępne w terminach określonych przez zamawiającego. Odwołujący nie mieli obowiązku dowodzić okoliczności przeciwnych, a Skarb Państwa przedstawia chybione zarzuty.

d. dowolnej, a nie swobodnej oceny materiału dowodowego i — nie poparte żadnym dowodem — uznanie, że firma (...) mogła brać udział w nowym postępowaniu (otwartym po unieważnieniu postępowania prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem), podczas, gdy spółka ta nie legitymowała się rezerwacją „slotów” produkcyjnych w niezbędnym okresie czasu, a więc ewentualne postępowanie prowadzone byłoby z podmiotem nie mogącym gwarantować swojej zdolności do realizacji zamówienia.

Jak wskazano przy pkt b. zarzutów okoliczność ta ma tylko znaczenie z punktu widzenia potencjalnej możliwości uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia, natomiast nie podlega ocenie, czy spółka konkretnie miała taką realną możliwość. Jeżeli zamawiający takie stanowisko prezentował to winien był przedstawić stosowne dowody celem wykazania, iż sloty, które były zarezerwowane do 21 marca 2017r, nie były później dla nikogo dostępne.

e. sprzeczną z treścią materiału dowodowego, dowolną oceną, że istniała możliwość nieskrępowanego dysponowania „slotami” produkcyjnymi przez podmioty, które nabyły do nich prawa od spółki (...), na zasadach podobnych

do udzielania licencji do autorskich praw majątkowych, podczas, gdy na rozprawie spółka (...) oświadczyła, że jakiegokolwiek dysponowanie „slotami” należącymi do osób trzecich mogłoby się odbywać wyłącznie za jej uprzednią zgodą (co wynika z umów z nabywcami „slotów”) oraz że spółka (...) nie zamierza zezwolić na takie zbycie „slotów” w celu przeznaczenia ich na potrzebę dostawy samolotów „średnich” do przewozu najważniejszych osób w państwie (VIP), jak również nie zamierza zbyć na rzecz osoby trzeciej posiadanych ostatnich dwóch „slotów” do produkcji samolotu (...)(...), którego produkcja na tych „slotach” kończy się.

W zakresie powyższego zarzutu ponownie należy podkreślić, że to na skarżącym spoczywał obowiązek wykazania że takie właśnie okoliczności były wyłączone. Ponadto sąd chciałby zauważyć, że (...) w żadnym oświadczeniu nie stwierdziła, iż nie wyrazi zgody na zbycie prawa do innych slotów tj. innych poza dwoma ostatnimi którymi dysponowała sama spółka lub innych czynności prawnych z tym związanych, zmierzających do wykonania samolotów w ramach spornego zamówienia. Stwierdziła tylko, że wymaga to, co do zasady, jej zgody, natomiast czy będzie ona udzielona czy też nie, nie było przedmiotem żadnej z jej wypowiedzi.;

i. dowolnej, a nie swobodnej oceny materiału dowodowego w zakresie istnienia alternatywy dla zakupu samolotów, tj. uznanie przez Izbę, że nie istnieje pilność w udzieleniu zamówienia, ponieważ Polska ma inne możliwości zapewnienia transportu najważniejszych osób w państwie (VIP), jak np. kontynuacja czarteru od (...) SA., wykorzystana samolotów wojskowych (ASA, wykorzystanie samolotów wojskowych w ramach programu międzynarodowego (...) ((...) (...)), co nie jest prawdą.

Izba wypowiedziała się w granicach zarzutów – skarżący miał obowiązek udowodnienia, że nie było możliwości wskazanych w odwołaniach w opisanym wyżej zakresie. Dowodów obalających twierdzenie brak, wobec czego należało uznać, iż zamawiający nie wykazał przesłanki pilności zamówienia.

j. nie opartą na adekwatnych dowodach i nie uwzględniającą specyfiki analizowanej sprawy ocenę i uznanie, że w warunkach postępowania przetargowego, poprzedzającego bezpośrednio postępowanie z wolnej ręki, złożenie wszystkich ofert obarczonych błędami skutkującymi ich odrzuceniem, nie było sytuacją wyjątkową, podczas, gdy Skarżący (Zamawiający) wykazywał skutecznie, że w warunkach analizowanej sprawy Zamawiający mógł spodziewać ofert niepodlegających odrzuceniu.

Oceniając powyższe stanowisko Sąd Okręgowy w pełni podziela ustalenia i ocenę prawną Izby i przyjmuje je za własne. Okoliczności wcześniejszego przetargu w żadnym wypadku nie mogą być traktowane jako sytuacja wyjątkowa. W innym bowiem przypadku każde postępowanie przetargowe dotknięte błędami i unieważnione mogłoby stanowić przesłankę dla zamawiających dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki, zaś argumentacja, iż zamawiający nie spodziewał się, że przedstawione zostaną dwie oferty z brakami formalnymi skutkującymi odrzuceniem także nie została wykazana. Poza gołosłownymi wypowiedziami pełnomocnika, zamawiający nie zaoferował żadnego dowodu w powyższym zakresie.

k. nie opartą na materiale dowodowym ocenę i uznanie, iż w dostępnych dla Odwołujących dokumentach, brak było wskazania wymogu pozostawiania konstrukcji samolotu przez okres minimum 3 lat w służbie, aby wyeliminować konstrukcje obciążone tzw. „chorobą wieku dziecięcego), konstrukcje, których niezawodność dopiero jest potwierdzana w pierwszych miesiącach i latach eksploatacji na rynku, a także uznanie przez Izbę że zakup samolotu używanego, jego transatlantycki zasięg, nigdy nie były warunkiem koniecznym zamawiającego, a samolot używany był elementem fakultatywnym programu transportu najważniejszych osób w państwie (VIP).

W tym zakresie należy uznać że w Warunkach Taktyczno-Technicznych określono okres 3-letni eksploatacji samolotu na rynku i Izba wprawdzie przy ustalaniu stanu faktycznego fakt ten uwzględniła natomiast błędnie uznała w zważeniach, że prawdopodobne byłoby zamówienie samolotu (...) (...) nie uwzględniając własnych ustaleń. Jednakże pozostałe elementy zarzutu nadal wymagałyby wykazania, że inne samoloty klasy średniej nie miały osiągnięć wskazanych w (...). Natomiast z dowodów dopuszczonych przez Izbę tj. notatki z rozmów z przedstawicielami firmy (...) z lipca 2016r. wynikało, że wskazali oni na możliwość zrealizowania zamówienia w ramach innych samolotów,

które firma produkuje – ostatecznie więc zarzut ten, pomimo częściowej zasadności nie wpływał na prawidłowość rozstrzygnięcia Izby.

Na koniec za niezasadny należało uznać również zarzut naruszenia przez KIO §19 ust.1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań poprzez błędne uznanie, iż złożone do akt postępowania odwzorowania graficzne samolotów oraz tabele z danymi cyfrowymi dotyczącymi ich zasięgów stanowią dokumenty w języku angielskim i nie mogą zostać przyjęte w postępowaniu odwoławczym, gdy dokumenty te nie uchybiają zasadzie prowadzenia postępowania w języku polskim i mogłyby być przeanalizowane bez doręczenia ich pisemnego tłumaczenia, a tłumaczenie takie na język polski zostało dokonane podczas rozprawy (k.290-294 akt).

Wbrew twierdzeniu pełnomocnika Skarbu Państwa przedstawione odwzorowania graficzne a zwłaszcza dane cyfrowe złożone przy odpowiedzi na odwołania znajdują się zapisy w języku angielskim – w praktyce za wyjątkiem samych rysunków każde zdanie, opis, czy wyrażenie jest przedstawione w ww. języku.

Zgodnie z §19 ust. 3 ww. rozporządzenia wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach skład orzekający może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego.

Sporne strony na pewno nie mogłyby zostać swobodnie przeanalizowane przez odwołujących jak sugeruje zamawiający, zapisy zaś dotyczące danych cyfrowych są nie tylko w języku angielskim ale również zawierają skróty i terminologię fachową, którą pełnomocnicy stron i KIO oraz sąd się nie posługują i co do której nie posiadają wiedzy. Zdaniem Sądu zasadnie zatem Izba nie przyjęła w poczet materiału dowodowego przedstawionych stron.

W konsekwencji zarzuty dotyczące naruszenia postępowania dowodowego przez Krajową Izbę Odwoławczą w zdecydowanej części okazały się chybione.

Skutkiem powyższego jest także uznanie, iż Izba prawidłowo ustaliła, w oparciu o zebrany materiał dowodowy, iż doszło do naruszenia przepisów ustawy prawo zamówień publicznych i doszło do ziszczenia się drugiej z przesłanek art. 179 ustawy PZP tj. możliwości poniesienia szkody przez odwołującego w związku z naruszeniem przepisów PZP przez zamawiającego, wobec czego (...) posiadał legitymację do wniesienia środków ochrony prawnej.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy, w pkt II swojego orzeczenia na podstawie art. 198f ust. 2 zd. 1 ustawy PZP, oddalił skargę zamawiającego od pkt 1a wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 3 kwietnia 2017r. w zakresie, w jakim uwzględniła ona odwołanie (...) z siedzibą w Wielkiej Brytanii dotyczącego 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. 131 h ust. 6 pkt 3 ustawy w związku z art. 10 ust 2 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy i stwierdzenia naruszenia 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 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) w dotyczącą (...) w L..

W związku ze zmianą orzeczenia KIO dotyczącą odwołania (...) w A. i jego oddalenia Sąd, na podstawie art. 198f ust. 5 ustawy PZP dokonał zmiany pkt 2 wyroku Izby w zakresie ustalenia podmiotów obciążonych kosztami postępowania odwoławczego i w pkt 2.3 wyroku KIO stosownie do wyniku sprawy zasądził od ww. podmiotu na rzecz Skarbu Państwa – Inspektoratu Uzbrojenia koszty zastępstwa prawnego wywołanego odwołaniem (art. 198f ust.5 w zw. z art. 198 ust. 4 ustawy PZP w zw. 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) – pkt I wyroku Sądu.

Pismem złożonym w dn. 22 czerwca 2017r., a więc w toku postępowania skargowego, (...) cofnął skargę. Dlatego też Sąd Okręgowy w pkt III wyroku, uznając cofnięcie za dopuszczalne prawnie, na podstawie art. 198a ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 355 kpc i art. 203 kpc umorzył postępowanie w sprawie wywołanej skargą ww. podmiotu.

W związku z tym, iż postępowanie skargowe ze skargi Skarbu Państwa – Inspektoratu Uzbrojenia przeciwko (...) w A. wygrał zamawiający, wobec tego w pkt IV wyroku, na podstawie art. 98 kpc w zw. z art. 198f ust. 5 ustawy PZP w zw. z § 2 i 10 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (w brzmieniu obowiązującym od dn. 27 października 2016r.), zasądzono od odwołującego (...) w A. na rzecz Skarbu Państwa - Inspektoratu Uzbrojenia koszty zastępstwa procesowego zgodnie z wynikiem sprawy.

Jako, że zamawiający swoją skargę w stosunku do (...) przegrał i ponosiłby koszty postępowania z tego tytułu (art. 98 kpc w zw. z art. 198f ust. 5 ustawy PZP), zaś w związku z tym, że (...) cofnął skargę i postępowanie umorzono, a Skarbowi Państwa w tej sytuacji należałyby się koszty postępowania z uwagi na ich zgłoszenie w odpowiedzi na skargę i treść postanowienia SN z dn. 26 lipca 2012r. (sygn. akt II CZP 73/12) – art. 203§3 zd. 1 kpc w zw. z art. 198a ust. 2 ustawy PZP - oraz z uwagi na fakt, że koszty obu stron obejmowałyby koszty zastępstwa procesowego w takiej samej wysokości, Sąd Okręgowy, w pkt V swojego orzeczenia, zniósł wzajemnie koszty postępowania między tymi stronami.

W związku z cofnięciem skargi przez (...) przed rozpoczęciem rozprawy, o zwrocie połowy opłaty sądowej od cofniętej skargi orzeczono w pkt VI wyroku na podstawie art. 79 ust. 1 pkt3) lit. a) ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

SSO Bolesław Wadowski SSO Maria Więckowska SSO Paweł Kieta