

Sygn. akt: KIO/W 8/17,

POSTANOWIENIE
z dnia 30 marca 2017r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Paweł Trojan
Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 30 marca 2017r. w Warszawie wniosku z dnia 29 marca 2017r. r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy wniesionego przez zamawiającego **Skarb Państwa – Ministerstwo Obrony Narodowej Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie, ul. Królewska 1/7**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na:

na dostawę samolotów „średnich” do przewozu najważniejszych osób w państwie

postanawia:

- 1. Uchylić zakaz zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na dostawę samolotów „średnich” do przewozu najważniejszych osób w państwie**

Stosownie do art. 183 ust. 4 zd. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W dniu 29 marca 2017r. zamawiający złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu nr IU/55/IX~34/ZO/WROiB/DOS/SS/2017 prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki z firmą The Boeing Company - informacja o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, z uzasadnieniem faktycznym i prawnym przekazane zostało Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych za pismem nr wych. 3208/17 z dnia 13.03.2017 r. Zdaniem zamawiającego nie zawarcie umowy w terminie do 31 marca 2017 r. nieść będzie za sobą negatywne

skutki dla interesu publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w tym w szczególności:

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

2. Utrzymanie ciągłej zdolności operacyjnej poprzez zapewnienie niezbędnej dostępności samolotów - w przypadku nie dokonania zakupu samolotów w zakładanych w harmonogramie terminach, Siły Zbrojne RP dysponować będą tylko dwoma samolotami „małymi”. Ilość ta w żaden sposób nie zapewnia utrzymania ciągłej zdolności operacyjnej

(wymaganej chociażby przez „Instrukcję organizacji lotów oznaczonych statusem HEAD w lotnictwie Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej”). Zamawiający nadmienił, iż zapewnienie możliwości przewozu najważniejszych osób w państwie wiąże się z koniecznością utrzymywania w gotowości samolotów i personelu w cyklu 24 godzin na dobę przez cały rok. Brak samolotów w zakładanych terminach uniemożliwi utrzymanie ciągłej zdolności operacyjnej, gdyż nie nastąpi zapewnienie niezbędnej dostępności statków powietrznych.

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

4. Terminy dostaw samolotów - na chwilę obecną producent samolotów The Boeing Company dysponuje dwoma niezarezerwowanymi samolotami wersji B737-800/BBJ2, dedykowanymi wyłącznie do niniejszego postępowania. Zamawiający podkreślił, iż są to ostatnie dwa wolne sloty produkcyjne samolotów serii B737-800/BBJ2, gdyż producent dokonuje zmiany wersji produkowanych samolotów - samoloty serii B737-800 zastąpione zostaną samolotami B737-800MAX (obecnie samoloty B737-800MAX są w fazie prób zakładowych).

Informacja ta jest o tyle istotna, gdyż wymaganiem związanym z zapewnieniem bezpieczeństwa przewożonych osób jest, aby modele samolotów były w służbie (eksploatacji w liniach lotniczych) od co najmniej trzech lat. Użytkowanie samolotów świeżo wprowadzonych do służby (w tym przypadku modelu B737-800MAX) niesie za sobą wysokie ryzyko występowania usterek w pierwszym okresie eksploatacji (tzw. okres wieku dziecięcego). Mając na uwadze fakt, że samoloty będące przedmiotem zamówienia będą przewozić najważniejsze osoby w państwie (HEAD/VIP), podjęcie takiego ryzyka, z punktu widzenia bezpieczeństwa uznać należy za niemożliwe.

Niedokonanie zakupu w obecnych uwarunkowaniach, czyli zakup ostatnich samolotów B737-800, spowoduje przesunięcie całego procesu odbudowy floty samolotów do przewozu najważniejszych osób w państwie o co najmniej dwa lub trzy lata -w wymaganiach technicznych postawiono żądanie, aby oferowany samolot był w „służbie” od co najmniej trzech lat, co zapewnia pozyskanie samolotu sprawdzonego o dojrzałej technicznie

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

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

6. Zaburzenie ciągłości finansowania programu wieloletniego „Zabezpieczenie transportu powietrznego najważniejszych osób w państwie (VIP)” - przyjęcie Uchwały Rady Ministrów Nr 73 z dnia 30 czerwca 2016 r. określiło sposób finansowania całego programu. Zamawiający na tej podstawie wszczął postępowania o udzielenie zamówień publicznych na dostawę samolotów do przewozu najważniejszych osób w państwie. W postępowaniu nr IU/151/IX-34/ZO/NZOOiB/DOS/Z/20165 wykonawcy wielokrotnie zwracali się z wnioskami o przesunięcie terminów, na co zamawiający - w trosce o zapewnienie konkurencyjności - wyrażał zgody. Doprowadziło to do sytuacji, w której termin zawarcia umowy określony został na pierwszy kwartał 2017 r. z wykorzystaniem zaplanowanych środków finansowych z roku 2016 (Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 15 grudnia 2016 r. w sprawie wydatków budżetu państwa, które w 2016 r. nie wygasają z upływem roku budżetowego). Niewydatkowanie środków niewygasających do dnia 31 marca 2017 r* spowoduje ich utratę, a tym samym brak płynności finansowania całego programu, tj. spowoduje negatywne skutki wskazane w pkt 1-5.

Ponadto wskazać należy, iż wynegocjowane w ramach przedmiotowego postępowania warunki umowy oraz jej wartość są dużo korzystniejsze od warunków zaproponowanych przez wykonawców w unieważnionym postępowaniu nr (prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem).

W związku z powyższym w ocenie zamawiającego niezawarcie umowy z The Boeing Company wywoła znaczące negatywne skutki dla interesu społecznego, w szczególności z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu. Realne zagrożenie

dla interesu publicznego znacząco przewyższa potencjalne korzyści związane z koniecznością ochrony interesów co do których istnieje możliwość doznania uszczerbku.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 14 marca 2017r. zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante za numerem 2017/S 051 094951.

W dniu 17 marca 2017r. odwołanie na wybór trybu postępowania, wszczęcie i prowadzenie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, oraz publikację ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy z wolnej ręki z dnia 14 marca 2017r. wniósł wykonawca The JET Business International Corp z siedzibą w Wielkiej Brytanii, w Londynie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 marca 2017r. udzielonego przez dyrektora spółki ujawnionego w zaświadczeniu o rejestracji, organach, wspólnikach i prawidłowym funkcjonowaniu spółki z dnia 2 grudnia 2015r. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu w dniu 17 marca 2017r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579- dalej ustawy), przez nieuzasadnione faworyzowanie producenta samolotów Boeing, polegające na przyjętym z góry zamiarze udzielenia zamówienia producentowi samolotów Boeing, pomimo tego, że na rynku istnieją inni wykonawcy, mogący zrealizować zamówienie - którym uniemożliwiono przystąpienie do postępowania, wyłączając tym samym całkowicie możliwość konkurencji;
- b) art. 29 ust. 2 i 3 ustawy przez wskazanie w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, że przedmiotem zamówienia jest samolot typu Boeing 737-800, podczas gdy brak jest przesłanek do stwierdzenia, że tylko tego typu maszyny odpowiadają uzasadnionym potrzebom zamawiającego;
- c) naruszenie art. 66 ust. 2 pkt 2 ustawy przez nieuwzględnienie w ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki informacji o przedmiocie oraz wielkości lub zakresie zamówienia;
- d) art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy w zw. z art. 13 lh ust. 6 pkt 1 ustawy i art. 10 ust. 2 ustawy, przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w odniesieniu do zamówienia publicznego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, sytuacji w której nie zachodzą przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, które przesądzałyby, że dostawa może być zrealizowana tylko przez jednego wykonawcę;
- e) art. 131h ust. 6 pkt. 3 ustawy w zw. z art. 10 ust. 2 ustawy, przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, w której nie została zrealizowana hipoteza normy prawnej wynikającej z ww. przepisu, ponieważ w okresie od 2011 r. nie wydarzyła się żadna

wyjątkowa sytuacja, niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, a która wymaga natychmiastowego wykonania zamówienia - w szczególności nie można rozpatrywać w tych kategoriach unieważnienia poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem unieważnienie postępowania nie jest w praktyce - w tym również w praktyce zamawiającego — sytuacją wyjątkową.

III. W zakresie postępowania dowodowego

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

Odwołujący żąda:

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

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

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

W dniu 17 marca 2017r. Aerospace International Group s.r.o. z siedzibą w Republice Słowackiej, w Bratysławie wniósł odwołanie od czynności wyboru trybu postępowania – zamówienia z wolnej ręki oraz od wszczęcia i prowadzenia postępowania w tym trybie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie

pełnomocnictwa z dnia 16 marca 2017r. udzielonego przez członka zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z wypisem z Rejestru Handlowego Sądu Powiatowego Bratysława I. Kopia zgłoszenie została przekazana zamawiającemu w dniu 17 marca 2017r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

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

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

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

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

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

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

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

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

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

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

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

W dniu 20 marca 2017r. wykonawca Altenrhein Aviation AG z siedzibą w Szwajcarii, w Altenrhein, Flughafenstrasse 11 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo załączone do odwołania udzielone przez członka zarządu i dyrektora zarządzającego zgodnie z przedłożonymi dokumentami rejestrowymi spółki Rejestru Handlowego Kantonu ST. Gallen. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 20 marca 2017r.

Odwołujący

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.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy w zw. z art. 131h ust. 6 pkt 1 ustawy i art. 10 ust. 2 ustawy, przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w odniesieniu do zamówienia publicznego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, w sytuacji gdy zamawiający nie wykazał przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które uzasadniałyby okoliczność, że dostawa może być zrealizowana tylko przez jednego wykonawcę.
3. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, przez nieuzasadnione uprzywilejowanie producenta samolotów Boeing, polegające na przyjęciu z góry zamiaru udzielenia

zamówienia producentowi samolotów Boeing, pomimo tego, że na rynku istnieją inni wykonawcy, mogący zrealizować zamówienie - którym uniemożliwiono przystąpienie do postępowania, wyłączając tym samym całkowicie możliwość konkurencji;

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

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

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

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

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

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

udzielonego przez wiceprezesa i zastępcę głównego radcy prawnego upoważnionego do działania zgodnie z poświadczeniem zastępcy sekretarza. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 23 marca 2017r.

Do wniosku zamawiający dołączył zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki z dnia 13 marca 2017r., z którego ponad okoliczności podane we wniosku wynika:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa trzech samolotów „średnich” do przewozu najważniejszych osób w państwie (VIP).

Szacunkowa wartość zamówienia: 2.489.313.498,91 zł, co stanowi 596.257.035,83 euro. Wykonawcą zaproszonym do negocjacji jest The Boeing Company, 100N Riverside, Chicago, IL 60606, USA.

Jako uzasadnienie prawne dla wszczęcia postępowania w trybie wolnej ręki zamawiający podał art. 131h ust. 6 pkt 1 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a i b i art. 131h ust. 6 pkt 3 w zw. z art. 131a ust. 1 pkt 1 i ust. 2 Ustawy.

Doszczegóławiając zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa trzech samolotów „średnich” do przewozu najważniejszych osób w państwie (VIP), w tym:

- a) dwóch samolotów fabrycznie „nowych” z zabudowanym wojskowym wyposażeniem specjalnym oraz
- b) jednego samolotu „używanego” w konfiguracji pasażerskiej,
- wraz z dokumentacją techniczną, wyposażeniem, pakietem logistycznym oraz szkoleniem personelu latającego i technicznego.

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

- a) ML4 pkt c: „lotnicze systemy ochrony przed raketami (Aircraft Missile Protection Systems-AMPS”);
- b) ML11 pkt a: „elektroniczne urządzenia zakłócające działanie systemów elektronicznych przeciwnika i elektroniczne urządzenia przeciwdziałające zakłóceniom systemów elektronicznych. ”,
- co klasyfikuje ww. systemy jako sprzęt wojskowy.

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

- a) zaadaptowane do potrzeb wojskowych (integracja ww. systemów) oraz
- b) przeznaczone do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne (planowane wykorzystanie samolotów do wykonywania działań w obszarach działania PKW- Polski Kontyngent Wojskowy/PJW - Polska Jednostka Wojskowa).

W przedmiocie pozyskania samolotu „używanego”, zamawiający będzie wymagał, aby był on samolotem tego samego typu, co samoloty fabrycznie „nowe”. Zamiarem zamawiającego jest osiągnięcie jak największej interoperacyjności wszystkich pozyskiwanych samolotów, w szczególności w celu ograniczenia wydatków związanych z realizacją szkolenia, pozyskiwaniem osobnych pakietów logistycznych oraz kosztami obsługi samolotów w trakcie ich eksploatacji. W wypadku pozyskania samolotu „używanego” w ramach odrębnego postępowania, prawdopodobna jest sytuacja, w której zamawiający pozyska inny typ samolotu „używanego” niż samolotów fabrycznie „nowych” lub samolot w innej konfiguracji technicznej. Powyższe uniemożliwiłoby stworzenie jednego spójnego systemu szkolenia dla wszystkich pozyskiwanych samolotów oraz wymagałoby budowy dwóch różnych systemów logistycznych (eksploatacyjnych). Z uwagi na powyższe pozyskanie w odrębnym postępowaniu tego samego typu samolotu jest niezasadne ze względów ekonomicznych oraz organizacyjnych. Obecnie zadanie jest realizowane w oparciu o rozwiązanie tymczasowe - czarter samolotów Embraer ERJ 175-200 LR od PLL LOT S.A. Umowa czarteru, zawarta w 2013 roku, obowiązuje tylko do 31 grudnia 2017 r. Zgodnie z dyspozycją Rady Ministrów, czarter samolotów ma być rozwiązaniem tymczasowym, funkcjonującym do momentu uzyskania przez Siły Zbrojne RP zdolności do przewozu najważniejszych osób w państwie (VIP)

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

Drugie postępowanie (nr IU/151/IX-34/ZO/NZOOiB/DOS/Z/2016) na dostawę trzech samolotów „średnich” w dniu 9 marca 2017 r. zostało unieważnione z powodu błędów formalno - prawnych złożonych ofert oraz wysokości zaproponowanego wynagrodzenia. Przedmiotowe postępowanie prowadzone było w trybie konkurencyjnym - negocjacje z ogłoszeniem.

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

W odpowiedzi na wymagania zawarte w konkurencyjnym postępowaniu nr IU/151/IX-34/ZO/NZOOiB/DOS/Z/2016 obaj konkurujący wykonawcy zaproponowali typ samolotów B737-800/BBJ2, produkowany przez firmę The Boeing Company. Oznacza to, że to rynek lotniczy zweryfikował wymagania zamawiającego w zakresie wyposażenia i osiągnięć samolotów, proponując tylko jeden, konkretny typ samolotu.

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

- 1) wspólnie (konsorcjum): Glomex MS s.r.o. z Lufthansa Technik AG,
- 2) The Boeing Company,
- 3) Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o.,
- 4) wspólnie: Aerospace International Group s.r.o. z "ASSA-POLAND" Z. K.

Po weryfikacji podmiotowej zaproszenie do składania ofert wstępnych skierowane zostało do: (i) występujących wspólnie w ramach konsorcjum: Glomex MS s.r.o. z Lufthansa Technik AG oraz (ii) The Boeing Company. Jak wspomniano wcześniej, obie oferty podlegały odrzuceniu, niemniej ich analiza wskazuje, że:

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

Uwzględniając wszystkie powyższe wnioski za zasadne uznano skierowanie zaproszenia do negocjacji do podmiotu, mogącego samodzielnie zrealizować zadania i posiadającego w

swojej ofercie (będącego producentem) samoloty rodziny Boeing, co znajduje uzasadnienie w tym, iż:

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

The Boeing Company potwierdza, iż pozycje/sloty produkcyjne samolotów będące przedmiotem oferty złożonej w postępowaniu, nie zostały zarezerwowane, zastrzeżone lub w inny sposób objęte prawami osób trzecich. The Boeing Company jest również gotowa zarezerwować te same pozycje/sloty produkcyjne, które były przedmiotem oferty w postępowaniu, na potrzeby ich potencjalnej sprzedaży na rzecz Sił Zbrojnych RP na maksymalny okres do 45 dni kalendarzowych liczonych od dnia 10 marca 2017 roku, z zastrzeżeniem wyniku jakiegokolwiek kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nadto zamawiający załączył Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 15 grudnia 2016r. w sprawie wydatków budżetu państwa, które w 2016r. nie wygasają z upływem roku budżetowego (Dz. U. z 2016r. poz. 2075), że rozporządzenie określa wykaz wydatków, które w 2016r. nie wygasają z upływem roku budżetowego oraz ostateczne terminy dokonania wydatków, które w 2016r. nie wygasają z upływem roku budżetowego, gdzie z części 29 Obrona narodowa pkt. 6 Pozyskanie samolotów średnich do przewozu najważniejszych osób w państwie VIP wynika, że wydatek w wysokości 540 000 000zł. ma być dokonany do 31 marca 2017r.

Zamawiający przedłożył również Uchwałę nr 73 Rady ministrów z dnia 30 czerwca 2016r. w sprawie ustanowienia programu wieloletniego „Zabezpieczenia transportu powietrznego najważniejszych osób w państwie (VIP)” (MP z 2016r. poz. 604), z którego wynika, że ustanowiono program wieloletni „Zabezpieczenie transportu powietrznego najważniejszych osób w państwie (VIP)”, którego wykonawcą jest Minister Obrony Narodowej. Finansowanie programu będzie realizowane przez coroczne zwiększenie limitu wydatków obronnych ponad minimalny poziom określony w art. 7 ustawy z dnia 25 maja 2001r. o przebudowie i modernizacji technicznej oraz finansowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej do wysokości 1,7 mld w latach 2016-2021. W 2016r. finansowanie programu będzie

realizowane przez zwiększenie części budżetu państwa – obrona narodowa o kwotę 850 mln zł., przy uwzględnieniu możliwości dokonania odpowiednich przesunięć środków finansowych w budżecie państwa. Środki finansowe alokowane w programie, niezrealizowane w danym roku budżetowym, zwiększą nakłady na program w latach następnych. Program jest finansowany z budżetu państwa. Z załącznika do tej uchwały wynika, że program zapewnia elastyczne finansowanie, w tym umożliwi zaciąganie zobowiązań w poszczególnych latach jego realizacji do wysokości łącznej kwoty wydatków określonych dla całego Programu, zgodnie z przepisami ustawy o finansach publicznych, w szczególności art. 136 oraz aktami wykonawczymi do tej ustawy. Wydatki na realizację tego programu zaplanowano w horyzoncie 6 lat, chociaż faktyczne zakończenie procesu implementacji niektórych zadań wykracza poza ten horyzont. Wprowadzenie na wyposażenie Sił Zbrojnych RP samolotów „małych”, samolotów „średnich” oraz ewentualnie jednego używanego samolotu „średniego” pozwoli osiągnąć zdolność do zabezpieczenia transportu powietrznego najważniejszych osób w państwie. Zdolność ta umożliwi realizację zadań lotniczych na rzecz dysponentów w obszarze europejskim i międzykontynentalnym (w tym loty transatlantyckie). W Programie wskazano, że obecnie transport samolotowy VIP (w tym o statusie HEAD) realizowany jest głównie w oparciu o samoloty Embraer ERJ 175-200 ER wyczarterowane od PLL LOT SA. Samoloty te zostały dostosowane do przewozu VIP przez przebudowę ich wnętrza, malowanie reprezentacyjnych barw Rzeczypospolitej Polskiej oraz wyposażenie w łączność satelitarną. Wykorzystywane obecnie środki transportu nie zabezpieczają wymaganego bezpośredniego przelotu transatlantyckiego z kraju (bez międzylądowania). Wskazano także, iż zachodzi konieczność utrzymania przez Siły Zbrojne RP ciągłości operacyjnej przez zapewnienie największej dostępności do przewozu najważniejszych osób w państwie na korzyść wszystkich dysponentów (Kancelarie Prezydenta RP, Sejmu RP, Senatu RP, Prezesa Rady Ministrów), a także biorąc pod uwagę konieczność równoległego i ciągłego szkolenia lotniczego załóg, uwzględniając czynniki eksploatacyjne ograniczające dostępność do samolotów (wynikające z konieczności obsługi technicznych wyższego rzędu, usuwania niesprawności, pozyskiwania części zamiennych) zakłada się pozyskanie 2 samolotów małych, 2 samolotów średnich oraz ewentualnie jednego używanego samolotu średniego. Program realizowany jest w ramach funkcji bezpieczeństwo zewnętrzne i nienaruszalność granic, utrzymanie i rozwój zdolności operacyjnych Sił Zbrojnych RP.

W świetle tych dowodów Izba ustaliła, że zamawiający wykazał następujące negatywne skutki dla interesu publicznego, które mogłyby spowodować niezawarcie umowy:

- brak zapewnienia ciągłości operacyjnej,

- brak zapewnienia w nieodległej perspektywie czasowej dwóch nowych sprzętów wojskowych stanowiących Powietrzne Punty Kierowania w czasie pokoju, kryzysów czy wojny,
- utrzymanie ryzyka nałożenia ograniczeń związanych z możliwościami operacyjnymi,
- utrzymanie niewystarczającego poziomu bezpieczeństwa w transporcie najważniejszych osób w państwie,
- opóźnienie w osiągnięciu przez Siły Zbrojne RP zdolności do przewozu najważniejszych osób w Państwie,
- brak zapewnienia realizacji harmonogramu
- możliwa utrata wykwalifikowanej kadry z uwagi na przedłużający się proces pozyskania samolotów średnich,
- konieczność pozyskiwania poza umową czarterową przewozów transatlantyckich bez międzylądowania, co powoduje trudności operacyjne i wymaga wydatków finansowych.

Z pisma zamawiającego (oznaczonego jako tajemnica przedsiębiorstwa firmy Boeing Company) załączonego do wniosku stanowiącego rozwinięcie argumentacji zawartej w akapicie ostatnim str. 3 wniosku o uchylenie zakazu tj. wskazania, że w ramach postępowania z wolnej ręki zamawiający uzyskał dużo korzystniejsze warunki umowy oraz jej wartość od warunków zaproponowanych przez wykonawców w postępowaniu w trybie negocjacji z ogłoszeniem, wynikają konkretne i precyzyjne informacje na temat tych korzystniejszych warunków. Przy czym Izba biorąc pod uwagę, że zamawiający wskazał, iż pismo oparte jest o dane objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżoną przez firmę The Boeing Company wskaże jedynie na swoje ustalenia dokonane na podstawie tegoż pisma z odwołaniem się do punktu i strony na której dane w piśmie wskazano:

- Izba ustaliła, że w przypadku zawarcia umowy z firmą The Boeing Company zamawiający i interes publiczny uzyska korzyści finansowe tak względem wartości wynikających z ofert złożonych w postępowaniu w trybie negocjacji z ogłoszeniem jak i wartości szacunkowej zamówienia wskazanej w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki – pkt. 1 str. 1 pisma.
- Izba ustaliła, że nabycie wszystkich samolotów nastąpi wcześniej niż wynika to z Programu wieloletniego – pkt. 2 str. 1 pisma,
- Izba ustaliła, że interes publiczny zyska także na zapewnieniu korzystnych warunków gwarancji, wsparcia eksploatacji – pkt 3 i 4 str. 2 i 3 pisma.

W piśmie tym zamawiający wskazał także na dalsze niekorzystne skutki dla interesu publicznego:

- konieczność dalszego ponoszenia kosztów kontynuacji czarterów od PLL LOT SA,
- utratę możliwości pozyskania samolotów posiadających wymagany przez zamawiającego okres służby i konieczność nabycia modeli z najnowszej produkcji, co będzie droższe od

obecnie dostępnego rozwiązania jak również wydłuży proces ich pozyskania z uwagi na konieczność nabywania certyfikatów umożliwiających wykorzystanie maszyn do celów wojskowych,

- konieczność utrzymywania niewykorzystanego potencjału 1 Bazy Lotnictwa Transportowego w Warszawie jedynie do obsługi samolotów „małych”,
Izba nie dała natomiast wiary stanowisku zamawiającego, co do przepadku kwoty 540 000 000zł. w sytuacji jej niewydatkowania do 31 marca 2017r., gdyż z jednej strony z przedstawionych dowodów wynika, że środki te mają być ostatecznie wydatkowane w tej dacie, a z drugiej z Programu wieloletniego wynika, że niewydatkowane w określonym terminie środki zwiększą nakłady na program w latach następnych. W ocenie Izby z zestawienia tych dowodów nie wynika, że środki niewykorzystane w ramach środków niewygasających za rok 2016r. wracają do budżetu państwa i nie są już przeznaczone na wydatek, jakim jest zakup samolotów średnich. Przeciwnie zgromadzony materiał dowodowy wskazuje na to, że środki te są alokowane w ramach programu przechodząc na kolejne lata finansowania. W ocenie Izby bardziej przemawiająca do Izby argumentacją za koniecznością uchylecia zakazu zawarcia umowy z firmą The Boeing Company jest fakt, iż rezerwacja wolnych slotów jest przedłużona o 45 dni licząc od dnia 10 marca 2016r. i zachodzi ryzyko ich utraty, a w konsekwencji wydłużenia okresu pozyskiwania nowych samolotów średnich. Zamawiający wskazał na następujące podmioty, które brały udział w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego:

- 1) wspólnie (konsorcjum): Glomex MS s.r.o. z Lufthansa Technik AG,
- 2) The Boeing Company,
- 3) Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o.,
- 4) wspólnie: Aerospace International Group s.r.o. z "ASSA-POLAND" Z. K.

Jednocześnie wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy wnoszone są w związku z wniesieniem odwołań przez następujących wykonawców:

The Jet Business International Corp,
Aerospace International Group,
Alternhein Aviation AG

Wykonawcy ci w swoich odwołaniach wskazywali na możliwość zaoferowania samolotu firmy Airbus, zatem jest to także podmiot, którego potencjalnie interes mógłby doznać uszczerbku oraz na firmę The Jet Aviation AG, która zgłosiła zamawiającemu wolę dostawy samolotów firmy Airbus.

W ocenie Izby jest to krąg podmiotów, których interesy Izba musi zestawiać z negatywnymi skutkami do interesu publicznego.

Zamawiający w tym zakresie nie poczynił ustaleń niemniej jednak w ocenie Izby faktami notoryjnymi są korzyści związane z pozyskaniem zamówienia publicznego o wartości szacunkowej zamówienia 2 489 313 498,91zł. netto i wymienić wśród nich można:

- zysk – czyli ochrona interesu sprowadzałaby się do ochrony *lucrum cessans*, jaką wykonawca mógłby osiągnąć z zamówienia, gdyby je pozyskał,
- renoma i umocnienie pozycji danej marki na rynku – ochrona interesu wykonawcy sprowadzałaby się zatem do utraty korzyści jakie niesie wzrost wizerunku firmy na danym rynku w wyniku realizacji kontraktu rządowego dla najważniejszych osób w danym państwie o wielkiej wartości,
- utrzymanie ciągłości linii produkcyjnych, zapewnienie zleceń, jak również utrzymanie miejsc pracy,
- uzyskiwanie zysków z wykonywania funkcji utrzymaniowych i serwisowych (materiały eksploatacyjne, części zamienne, bieżąca obsługa serwisowa),
- możliwe pozyskiwanie nowych zleceń w ramach unowocześniania wyposażenia tak cywilnego jak i wojskowego,
- ograniczenie rynku lotniczego w tym zamówieniu do jednego wykonawcy, co może prowadzić do powstania wieloletniego biorąc pod uwagę cykl życia produktu monopolu tej firmy na polskim rynku samolotów średnich.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba ustaliła, że negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, a w ocenie Izby przede wszystkim brak Powietrznych Punktów Kierowania w czasie pokoju, kryzysu czy wojny, jak również brak ciągłości operacyjnej i niewystarczające zapewnienie bezpieczeństwa przewozu najważniejszych osób w państwie, a także straty poniesione w związku z przedłużającym się procesem zabezpieczenia transportu powietrznego najważniejszych osób w państwie tak finansowe jak i kadrowe przeważają nad potrzebą ochrony wszystkich wyżej wskazanych potencjalnych wykonawców, których interes mógłby doznać uszczerbku w związku z zawarciem przez zamawiającego umowy.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej „orzeczeniem”. W myśl art. 183 ust. 2 ustawy zamawiający może złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w ust. 1. Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi

prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W wyniku wdrożenia do polskiego systemu prawodawczego dyrektywy obronnej ustawodawca krajowy w ślad za prawodawcą unijnym położył szczególny nacisk na negatywne skutki związane z dziedziną obronności i bezpieczeństwa państwa.

Przepis art. 183 ust. 2 ustawy nakazuje Izbie zatem zbadać skutki dla interesu publicznego, jakie wiązać się będą z faktem niezawarcia umowy w postępowaniu prowadzonym obecnie w trybie zamówienia z wolnej ręki, a ewentualną szkodą dla wykonawców mogących pozyskać to zamówienie i potrzebą ochrony ich interesów. Tym samym zasadność wniesionych odwołań, bądź jej brak w ogóle nie mogą być brane pod uwagę przy badaniu zaistnienia przesłanek dla uchylenia zakazu zawarcia umowy. Co więcej niezależnie od przyszłego wyniku postępowań odwoławczych Izba powinna przy ustalaniu kręgu podmiotów potencjalnie mogących doznać uszczerbku zakwalifikować wszystkie podmioty tak składające odwołania, jak i te których zainteresowanie zamówieniem mogła ustalić w oparciu o zgromadzoną dokumentację postępowania. To też Izba uczyniła w ustaleniach stanu faktycznego. Biorąc pod uwagę, iż Izba ustaliła, że zamawiający wykazał negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa państwa, a jednocześnie jak wynika z oceny dokonanej przez Izbę skutki te przeważają nad potrzebą ochrony interesów wykonawców, to należało uznać, że zaistniały podstawy do uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....