

Warszawa, dnia 26.09.2016 r.

UZP/DKD/WKZ/421/25(4) 16/IJ  
KUZ/1/16

**Informacja o wyniku kontroli uprzedniej  
w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki**

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.

<b>Zamawiający:</b>	Wyższa Szkoła Oficerska Sił Powietrznych ul. Dywizjonu 303 35 08-521 Dęblin
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	dostawa
<b>Przedmiot zamówienia:</b>	dostawa samolotu DIAMOND DA-42 NG
<b>Tryb postępowania:</b>	zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych
<b>Wartość zamówienia:</b>	3.414.634,15 zł. (817.896,03 euro)
<b>Środki UE:</b>	nie

## 2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Z analizy zawiadomienia i dokumentów przesłanych przez Zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na dostawę samolotu DIAMOND DA-42 NG, będącego przedmiotem niniejszej kontroli był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm. dalej: „ustawa Pzp”) w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania, czyli 22 lipca 2016 r.

Zamawiający wskazał, iż „pozyskanie przez WSOSP samolotu DIAMOND DA-42 NG wynika z tego, że WSOSP posiada już na wyposażeniu jeden samolot tego typu. Ze względów szkoleniowych oraz logistycznych posiadanie ujednoczonej floty jest jak najbardziej uzasadnione, gdyż:

- 1) *wykonywanie lotów na dwóch lub więcej typach samolotów w trakcie szkolenia lotniczego studentów i podchorążych WSOSP jest niezgodne z metodyką szkolenia i może być przesłanką do powstania sytuacji niebezpiecznych związanych z eksploatacją samolotów o różnym wyposażeniu i parametrach eksploatacyjnych,*
- 2) *personel latający i techniczny WSOSP przeszkolony jest do eksploatacji i obsługi samolotów Diamond DA-42 NG,*
- 3) *wprowadzenie kolejnego typu samolotu powodowałoby potrzebę posiadania części zamiennych do obydwu typów samolotów, co zwiększyłoby wydatki na części leżące w magazynie na potrzeby serwisowania i napraw nieprzewidzianych oraz wymagałoby zwiększenia powierzchni magazynowych,*
- 4) *kolejny typ spowodowałby zwiększenie kosztów obsługi CAMO”.*

Ponadto Zamawiający wyjaśnił, iż przeprowadził analizę rynku w zakresie możliwości nabycia samolotu wielosilnikowego DIAMOND DA-42 NG, z której wynikało, że jedynym przedstawicielem na Polskę producenta w/w samolotów, czyli Diamond Aircraft jest firma JB Investments w Warszawie. Mając powyższe na względzie Zamawiający uznał, iż nabycie samolotu DIAMOND DA-42 NG może być zrealizowane ze względów technicznych tylko przez określonego wykonawcę, tj. JB Investments.

### Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Tryb zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od zasad obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, zarówno na gruncie prawa krajowego, jak również europejskiego. Zgodnie z orzecnictwem zarówno Sądu Najwyższego, jak i Naczelnego Sądu Administracyjnego, przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych, muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista

przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter zamknięty (wyrok SN z dnia 06.07.2001 r., sygn. akt III RN 16/01, wyrok NSA z dnia 11.09.2000 r. sygn. akt II S.A. 2074/00, wyrok NSA z dnia 01.10.2001 r., sygn. akt II SA 2802/00). Również w świetle orzecznictwa ETS, przesłanki zastosowania tego trybu muszą podlegać wykładni ścisłej, zaś ciężar udowodnienia zaistnienia okoliczności uzasadniających zastosowanie wyjątku spoczywa na tym, kto z tego faktu wywodzi skutki prawne (w przedmiotowym stanie faktycznym – na Zamawiającym) (tak m.in. wyrok ETS z dnia 18.11.2004 r. w sprawie Komisja przeciw Republice Federalnej Niemiec C-126/03).

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę.

Stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu jest uzależnione od kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek, a mianowicie istnienia szczególnych przyczyn technicznych przedmiotu zamówienia oraz tego, aby ze względu na szczególne przyczyny techniczne udzielenie zamówienia innemu niż wskazany przez Zamawiającego wykonawcy było obiektywnie niemożliwe. Dla zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie jest zatem wystarczające, że dany wykonawca w przekonaniu Zamawiającego jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej lub najtaniej. Musi on być jedynym wykonawcą, który ze względów technicznych jest zdolny do realizacji zamówienia. Przepis ten nie może więc znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie rzecz biorąc istnieją inni wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez Zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów mogących wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona.

Przykładem wystąpienia przyczyn technicznych uzasadniających zastosowanie trybu z wolnej ręki może być sytuacja, w której dany wykonawca dysponuje konkretną technologią nie znajdującą się w posiadaniu innych podmiotów lub też koniecznością zachowania tych samych norm, standardów, czy parametrów technicznych, jeżeli ich niepowtarzalność i charakter nie pozwalają na jakiegokolwiek odstępstwa. Jeżeli jednak istnieją zbliżone parametry czy też normy jakości możliwość powołania się na wskazaną wyżej przesłankę trybu z wolnej ręki będzie wyłączona. Przyczyny techniczne najczęściej związane są ze szczególnymi cechami przedmiotu zamówienia i zamawiający opisując przedmiot zamówienia powinien to zrobić w sposób maksymalnie zobiektywizowany wykorzystując

do tego normy, aprobaty, specyfikacje techniczne albo wskazując wymagania funkcjonalne. Niemniej jednak opisując przedmiot zamówienia zamawiający powinien unikać tych cech dostaw, usług lub robót budowlanych, które faworyzują konkretnego wykonawcę i w efekcie prowadzą do sztucznego zawężenia konkurencji.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamawiający nie wykazał, iż w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia, zostały spełnione przesłanki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Na wstępie należy zauważyć, iż zamawiający określając potrzebę zakupu samolotu wielosilnikowego wykorzystywanego w trakcie szkolenia lotniczego studentów i podchorążych WSOSP wskazał takie okoliczności jak: stosowana metodyka szkolenia, posiadanie części zamiennych do określonego typu samolotu „leżące w magazynie”, dysponowanie przeszkolonym personelem latającym i technicznym WSOSP do eksploatacji i określonego modelu samolotu, zwiększenie kosztów obsługi CAMO. Mając na względzie powyższe okoliczności Zamawiający uznał, że jedynym samolotem, który spełniałby jego potrzeby jest samolot, którego jeden egzemplarz znajduje się już na wyposażeniu Zamawiającego, czyli DIAMOND DA-42. W konsekwencji opisując przedmiot zamówienia Zamawiający wskazał konkretny typ samolotu oraz cechy charakterystyczne dla tego typu samolotu, jak np. dwa silniki tłokowe AE 300 oraz dodatkowe wymagania jak platforma z oprogramowaniem do diagnostyki silnika Astro Engine. Ponadto w celu rozeznania rynku krajowego i zagranicznego przedstawiciele handlowych producenta w/w samolotu zamawiający zwrócił się do Diamond Aircraft z zapytaniem, czy istnieją inni partnerzy handlowi, oprócz JB Investements autoryzowani przez Diamond Aircraft do sprzedaży nowych samolotów DIAMOND DA-42 na terenie Polski. Zamawiający uzyskał odpowiedź, iż zasadą obowiązującą u producenta samolotów Diamond Aircraft jest wyznaczenie tylko jednego partnera handlowego autoryzowanego do sprzedaży nowych samolotów Diamond w danym kraju lub regionie. JB Investements jest jedynym autoryzowanym partnerem dla Polski Diamond Aircraft i jako jedyny może zaoferować nowy samolot dla klientów w Polsce. W efekcie Zamawiający uznał, iż skoro jedynym wykonawcą, który może dostarczyć samolot szkolno-treningowy DIAMOND DA-42 jest JB Investemnts, to Zamawiający jest uprawniony do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Tak jak wskazano powyżej zastosowanie trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp jest możliwe po łącznym spełnieniu dwóch przesłanek, tj. istnienia szczególnych przyczyn technicznych przedmiotu zamówienia oraz tego, aby ze względu na szczególne przyczyny techniczne udzielenie zamówienia innemu niż wskazany przez Zamawiającego wykonawcy było obiektywnie niemożliwe. W ocenie

Prezesa Urzędu Zamawiający nie wskazał żadnych zobiektywizowanych przyczyn o charakterze technicznym, które uzasadniałyby udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Przyczyną techniczną nie może być niezgodność z metodyką szkolenia, konieczność posiadania części zamiennych do różnych typów samolotów czy konieczność zwiększenia powierzchni magazynowych. Przyczyną techniczną nie jest również dysponowanie przez Zamawiającego personelem latającym i technicznym WSOSP przeszkolonym do eksploatacji i obsługi samolotów DIAMOND DA-42 NG, czy zwiększenie kosztów obsługi CAMO. Okoliczności wskazane przez Zamawiającego mają charakter organizacyjno – gospodarczy, które należy odróżnić od przyczyn technicznych. W orzecznictwie ETS znajdują się wyroki, w których dopuszczano szersze rozumienie przyczyn technicznych, niż tylko te o charakterze konstrukcyjnym czy materiałowym, np. takie, które uwzględniały aspekt środowiskowy czy złożony charakter zamówienia<sup>1</sup>. Niemniej jednak należy podkreślić, że za każdym razem Trybunał wskazywał, że tak rozumiana przyczyna techniczna musi jednocześnie respektować podstawowe zasady prawa unijnego, w szczególności zasadę niedyskryminacji, która wynika ze swobody świadczenia usług i swobody świadczenia działalności gospodarczej, zatem zamawiający musi również wykazać, że tylko konkretny wykonawca może dane zamówienie wykonać<sup>2</sup>.

Ponadto należy zwrócić uwagę na niespójność argumentacji Zamawiającego, który z jednej strony wskazuje dysponowanie przez Zamawiającego personelem latającym i technicznym WSOSP przeszkolonym do eksploatacji i obsługi samolotów DIAMOND DA-42 NG oraz zwiększenie kosztów obsługi CAMO jako przyczyny uzasadniające zakup kolejnego samolotu DIAMOND DA-42, a z drugiej strony w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik do zaproszenia do negocjacji w punkcie 3 wymaga, aby *„wykonawca w cenie oferty przeszkolił dwóch mechaników na typ oferowanego samolotu w zakresie teorii i praktyki wymaganej do wpisu do licencji w ULC”* oraz *„zapewnił roczną obsługę CAMO”*.

Odnosząc się do argumentu Zamawiającego dotyczącego wyniku przeprowadzonej przez Zamawiającego weryfikacji rynku krajowego i zagranicznego, Prezes Urzędu nie kwestionuje faktu, iż samolot DIAMOND DA 42-NG może dostarczyć jedynie wykonawca JB Investments Sp. z o.o. w Warszawie, gdyż jest *„jedynym przedstawicielem na Polskę”* producenta Diamond Aircraft. Niemniej jednak Zamawiający określając przedmiot zamówienia, a w szczególności dokonując jego opisu nie może preferować określonych produktów, które w konsekwencji prowadzą do udzielenia zamówienia publicznego

---

<sup>1</sup> Wyrok ETS z dnia 10 kwietnia 2003 w sprawie C-20/01 oraz 28/01 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec, wyrok ETS z dnia 14 września 2004 r. w sprawie C-385/02 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej

<sup>2</sup> Ibidem.

konkretnemu wykonawcy, gdyż w ten sposób ogranicza konkurencję i narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Aby zrealizować potrzeby w zakresie zakupu wielosilnikowego samolotu wykorzystywanego w trakcie szkolenia studentów i podchorążych Zamawiający powinien najpierw prawidłowo opisać przedmiot zamówienia zgodnie z art. 29 i art. 30 ustawy Pzp, a następnie dokonać wyboru trybu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego umożliwiającego dokonanie zakupu tak opisanego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie wskazał żadnych parametrów technicznych samolotu, które ze względu na ich unikalność uniemożliwiłyby realizację zamówienia przez inne podmioty. Co więcej samolot DIAMOND DA-42 VI, który Zamawiający posiada już na wyposażeniu został zakupiony w 2014 r. w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, w którym złożono dwie oferty niepodlegające odrzuceniu. Zatem na rynku są obecni inni wykonawcy oferujący samoloty szkolno-treningowe i Zamawiający nie może uzasadniać kolejnego nabycia tego typu samolotu przyczynami technicznymi o obiektywnym charakterze.

Jeżeli zamówienie na dostawę samolotu szkolno – treningowego może zostać wykonane również przez inne podmioty, co ma miejsce w przedmiotowej sprawie, to Zamawiający nie może preferować konkretnego modelu ograniczając w ten sposób dostęp innych wykonawców. Określenie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie konkretnego modelu samolotu produkowanego jedynie przez firmę Diamond Aircraft w sytuacji, gdy na rynku funkcjonują podmioty oferujące produkty równoważne doprowadziło do zawężenia kręgu podmiotów, które mogły zrealizować przedmiotowe zamówienie jedynie do posiadacza wyłącznych praw do dystrybucji na obszarze RP, tj. JB Investments Sp. z o.o. w Warszawie.

W konsekwencji, w ocenie Prezesa Urzędu, nie można w badanym stanie faktycznym uznać, iż dostawa samolotu szkolno – treningowego mogła być zrealizowana wyłącznie w trybie zamówienia z wolnej ręki. Oczywistym jest, że poszczególne samoloty różnią się pomiędzy sobą elementami technicznymi, które mogą być istotne dla Zamawiającego. Wówczas jednak niezbędne funkcjonalności lub parametry Zamawiający powinien opisać w przedmiocie zamówienia, a te, które polepszałyby walory użytkowe samolotu – w kryteriach oceny ofert. W ten sposób zainteresowani wykonawcy mieliby możliwość złożenia oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne, a zamawiający – możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z jego punktu widzenia.

Reasumując należy stwierdzić, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty i okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie zaistniały przyczyny

techniczne o obiektywnym charakterze, które wymagają udzielenia zamówienia publicznego konkretnemu wykonawcy JB Investments w Warszawie, a tym samym Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie oraz fakt, iż Zamawiający w piśmie z dnia 13 września 2016 r. wskazał, iż nie przeprowadził jeszcze negocjacji i nie zawarł umowy, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zaleca unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli uprzedniej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.