

sygn. akt: KIO/W 10/18

POSTANOWIENIE
z dnia 23 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Emil Kuriata

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 23 maja 2018 r. w Warszawie wniosku wniesionego w dniu 18.05.2018 r. na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp przez **Komendę Główną Policji, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa** w przedmiocie uchylecia zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego pn.: „*dostawa 2 sztuk śmigłowców transportowych dla Policji*” (numer postępowania 78/Cut/18/MP) odnoszącego się do postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 905/18

postanawia:

odmówić uchylecia zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Stosownie do treści art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy Pzp na niniejsze postanowienie Izby skarga nie przysługuje.

Uzasadnienie

Zamawiający - Komenda Główna Policji, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa, prowadzi w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych – zwanej dalej "ustawą Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*dostawa 2 sztuk śmigłowców transportowych dla Policji*” (numer postępowania 78/Cut/18/MP)

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 18.05.2018 r. Zamawiający wniósł, działając na podstawie art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. W uzasadnieniu swojego wniosku Zamawiający wskazał, co następuje.

Działając na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 7, późn. zm.) Zamawiający wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o wartość zamówienia przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp na dostawę» 2 szt. śmigłowców transportowych dla Policji (numer postępowania 78/Cut/18/MP)

W dniu 7 maja 2018 r. Wykonawca Airbus Helicopters société par actions simplifiée wniósł odwołanie na podstawie informacji prasowych. niestanowiących czynności Zamawiającego. Odwołujący, jako podstawę wniesienia odwołania wskazał zamieszczenie w dniu 27.04.2018 r. artykułów na portalach InfoSecurity24 oraz Rzeczpospolita. Nie stanowi czynności Zamawiającego zamieszczenie na portalach internetowych (innych niż strona internetowa Zamawiającego) artykułów prasowych. Ponadto. artykuły prasowe o podobnej szczególności ukazywały się już wcześniej na portalach internetowych (w załączeniu) m.in.: 12.04.2018 r, Gazeta Prawna, „Polscy antyterrorysty wsiądą do blackhawków”;

11.04.2018 r. Money.pl. „Nowe śmigłowce dla policji, Polska chce kupić dwa Black Hawki”

12.04.2018 r. Newsweek, „Polska policja kupuje w tajemnicy amerykańskie śmigłowce”

A zatem Odwołujący przedmiotowe informacje, stanowiące podstawę odwołania, posiadał już wcześniej Sam Odwołujący załączył do odwołania pismo do MSWiA z dnia 12 kwietnia 2018 r. oraz pismo do Zamawiającego 7. dnia 20 kwietnia 2018 r. w przedmiocie zakupu przez polską Policję śmigłowców dwusilnikowych. Tym samym, wniesione odwołanie służy jedynie zablokowaniu prowadzonego przez Zamawiającego postępowania.

UZASADNIENIE WNIOSKU

Na wstępie należy zauważyć, że ustalanie interesu publicznego pozostaje w związku z całokształtem okoliczności towarzyszących danemu, konkretnemu stanowi faktycznemu każdej indywidualnie ocenianej sprawy i nie nadaje się do uniwersalnego unormowania prawnego, Nie jest możliwe trwałe ustalenie pierwszeństwa interesu bez odniesienia do konkretnej sprawy. Wydaje się zatem, że wspominając o interesie publicznym należy przede wszystkim zastanowić się, czy dana potrzeba znajduje w obiektywnie określonej sytuacji faktycznej uzasadnienie społeczne z punktu widzenia korzyści, które może przynieść, a wymaga to relatywizacji do konkretnego układu wartości, z uwagi na który nadaje się jej publiczny wymiar.

Poszukując treści pojęcia, Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie w swoim orzecznictwie odwoływał się do wartości ujętych przez ustawodawcę w art. 31 ust 3 Konstytucji RP. Zwykle w odniesieniu do tego pojęcia powołuje się on na istotę wskazanego zapisu przy okazji rozważań nad konfliktami, jakie występują pomiędzy interesem publicznym a indywidualnym, gdzie interes publiczny pełni rolę ogólnego wyznacznika granic wolności i praw jednostki. W ocenie Trybunału, właśnie w tym przepisie wymienia się te wartości, które ów interes publiczny uosabiają. Ogólnie rzecz ujmując można przyjąć, że mówiąc o działaniu w imię jakiegoś dobra ponadindywidualnego (tj. w interesie publicznym, społecznym) zakłada się ujęcie go w postaci co najmniej jednej z sześciu wartości:

- bezpieczeństwa prawnego,
- porządku publicznego,
- ochrony środowiska,
- ochrony zdrowia publicznego, - ochrony moralności publicznej,
- wolności i praw innych osób”.

Doktryna i orzecznictwo posiłkuje się także uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., zgodnie z którą interes publiczny stanowią korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego.

Rola Zamawiającego dla zapewnieniach ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego Policja jest umundurowaną i uzbrojoną formacją służąca społeczeństwu i przeznaczoną do ochrony bezpieczeństwa ludzi oraz do utrzymywania bezpieczeństwa publicznego i porządku publicznego, Policja podlega ministrowi właściwemu ds. wewnętrznych. Przełożonym wszystkich funkcjonariuszy i pracowników cywilnych Policji jest Komendant Główny Policji.

<http://www.lex.pl/akt/-/aküintercs-publiczny-w-prawie-stanowionym-i-orzecznictwie-trybunalu-konstytucyjnego>

We wniosku wskazano, że do zadań Policji należą:

- ochrona życia i zdrowia ludzi oraz mienia przed bezprawnymi zamachami godzącymi w te dobra; - ochrona bezpieczeństwa i porządku, zapewnienie spokoju w miejscach publicznych, w transporcie i komunikacji publicznej, w ruchu drogowym i na wodach;
- wykrywanie i ściganie sprawców przestępstw i wykroczeń
- działania profilaktyczne (prewencyjne) w celu ograniczenia popełniania przestępstw i wykroczeń, a także wszelkim zachowaniom kryminogennym, współpraca w tym zakresie z innymi podmiotami;
- kontrola przestrzegania przepisów porządkowych i administracyjnych obowiązujących w miejscach publicznych, a także związanych z działalnością publiczną;
- zarządzanie informacją kryminalną, prowadzenie baz danych Systemu Informacyjnego Schengen DNA;
- współpraca z policjami innych państw a także z organami i instytucjami Unii Europejskiej, realizacja zadań wynikających z podpisanych umów międzynarodowych i odrębnych przepisów;
- gromadzenie, przetwarzanie i przekazywanie informacji kryminalnych;
- realizacja zadań wynikających z przepisów prawa Unii Europejskiej oraz umów i porozumień międzynarodowych na zasadach i w zakresie w nich określonych;
- prowadzenie zbiorów danych zawierających informacje gromadzone przez uprawnione organy o odciskach linii papilarnych osób, niezidentyfikowanych śladach linii papilarnych z miejsc przestępstw oraz o wynikach analizy kwasu deoksyrybonukleinowego (DNA);
- nadzór nad strażami gminnymi/miejskimi oraz nad innymi specjalistycznymi uzbrojonymi formacjami

Reasumując, właściwe wykonywanie stawianych przed Zamawiającym zadań jest kluczowe dla zapewnienia ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego. Tym samym, wyposażenie polskiej Policji w niezbędny i konieczny sprzęt leży w interesie ogółu społeczeństwa,

Bezpieczeństwo definiowane jest przede wszystkim w kategoriach fizycznego bezpieczeństwa osobistego oraz bezpieczeństwa mienia. Służbą postrzeganą jako w decydującym stopniu (bądź nawet wyłącznie) odpowiedzialna za tak rozumiane bezpieczeństwo obywateli jest Policja.

Dowód: powyższe informacje wynikają z Ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r, o Policji.

Przedmiot zamówienia a wykonywanie zadań ustawowych przez Zamawiającego (Policję)

Po reorganizacji lotnictwa Służb Porządku Publicznego na szczeblu MSWiA przeprowadzonej w 2009 roku Lotnictwo Policji operuje z 6 baz tj.: z bazy centralnej znajdującej się na lotnisku Warszawa-Babice oraz 5 baz terenowych zlokalizowanych przy Komendach Wojewódzkich Policji w Łodzi, Krakowie, Poznaniu, Szczecinie i Wrocławiu,

Raportu z badań FGI w przedmiocie „Rola Policji i innych służb w zapewnieniu porządku publicznego.

Obiektywnym kryterium efektywności służby Lotnictwo Policji jest zawsze gotowość do działań w sytuacjach nadzwyczajnych, tzw. kryzysowych. Przykładem wystąpienia sytuacji kryzysowej była powódź z czerwca 2010 roku, podczas której Lotnictwo Policji wykonało 304 loty w czasie 326 godzin 50 minut. Ewakuowano wówczas 166 osób w tym: Lotnictwo Policji ewakuowało 116 osób. W czasie działań wykonywano: loty ratowniczo-ewakuacyjne, loty patrolowe w tym: oświetlanie wałów, monitorowanie miejscowości w celu zapobiegania kradzieżom, współdziałanie z jednostkami naziemnymi PSP, loty rozpoznawcze w tym: monitoring wałów grożących pęknięciem, loty transportowe związane z usypywaniem wałów. Innym przykładem działalności Lotnictwa Policji na rzecz bezpieczeństwa obywateli były loty ewakuacyjno-ratownicze realizowane na rzecz Tatrzańskiego Ochotniczego Pogotowia Ratowniczego w 2014 i 2015 roku, Podczas całej operacji zabezpieczenia dyżuru lotniczego dla TOPR, śmigłowiec W-3 Sokół brał udział w 322 akcjach ratowniczych, podczas których udzielono pomocy 125 osobom, w tym przetransportowano zwłoki 3 osób odnalezionych podczas akcji poszukiwawczych

Jak istotna jest rola Lotnictwa Policji. pokazały działania na terenie całego kraju w 2016r., podczas zabezpieczenia operacji policyjnej „Przymierze”, w tym: 3 podoperacji policyjnych: Zabezpieczenie Światowych Dni Młodzieży w Krakowie w dniach 24-31 lipca 2016 r., zabezpieczenie Szczytu NATO w dniach 07-10 lipca 2016 r. i zabezpieczenie imprezy masowej Woodstock w Kostrzynie nad Odrą w dniach 13-17 lipca 2016 r. W celu zapewnienia wzmocnienia obrony powietrznej RP oraz właściwego poziomu bezpieczeństwa w czasie organizacji w/w przedsięwzięć został opracowany Plan Działania Dowódcy' Operacji Policyjnej. Zarząd Lotnictwa Policji opracował Plan Działania Lotnictwa Policji w czasie Operacji Policyjnej o kryptonimie „Przymierze”. Plan ten zawiera między innymi założenia do działań Lotnictwa Policji w obszarze przedsięwzięć własnych Policji oraz lotniczego wsparcia systemu Obrony Powietrznej Rzeczypospolitej Polskiej.

Z uwagi na poziom trudności wykonywanych zadań personel lotniczy zatrudniony w strukturach służby Lotnictwo Policji charakteryzuje się bardzo dużym doświadczeniem zawodowym wynikającym z praktyki nabytej w lotnictwie wojskowym i cywilnym. Piloci

spędzili w powietrzu kilka tysięcy godzin, posiadają uprawnienia do lotów w trudnych warunkach atmosferycznych zarówno w dzień jak i w nocy. Personel techniczny stanowi grono doświadczonych fachowców z wieloletnim stażem zawodowym, ale również otwartych na nowoczesne technologie co zapewnia efektywną i bezpieczną eksploatację użytkowanych statków powietrznych, które mogą wykonywać loty 365 dni w roku, 24 godziny na dobę, zarówno w terenie równinnym jak i górzystym, nad wodami śródlądowymi jak i nad morzem.

Spektrum zadań realizowanych przez Lotnictwo Policji obejmuje:

- przewóz sil i środków (zadania transportowe), w tym: - przewóz grup AT,
- transport osób na potrzeby innych służb (w tym zatrzymanych, deportowanych, świadków),
- loty transportowe na terenie Polski i EU, zapewnienie szybkiego przemieszczenia na miejsce zdarzenia policjantów grup operacyjnodochodzeniowych, zespołów minersko-pirotechnicznych, techników kryminalistyki, negocjatorów, pododdziałów antyterrorystycznych,
- przewóz grup ratowniczo — ewakuacyjnych w czasie klęsk żywiołowych poszukiwanie, rozpoznanie i obserwacja, w tym:
 - udział w operacjach policyjnych z wykorzystaniem termowizji i transmisji obrazu telewizyjnego na stanowiska kierowania lub ruchome stanowisko kierowania w czasie rzeczywistym,
 - rozpoznanie terenu pod względem nielegalnych upraw maku, konopi indyjskich, itp.
 - udział w poszukiwaniach osób i mienia o dużej wartości, udział w operacjach policyjnych związanych z zabezpieczeniem porządku i bezpieczeństwa publicznego w czasie trwania imprez masowych o podwyższonym stopniu ryzyka oraz podczas zabezpieczenia szczególnej rangi uroczystości państwowych i kościelnych, w tym również wizyt VIP,
 - zapewnienie realizacji zadań związanych z bezpieczeństwem i koordynacją ruchu drogowego.
 - obserwacja rejonów szczególnie zagrożonych przestępczością pospolitą i zorganizowaną, osłona i wspomaganie działań operacyjnych.
 - poszukiwanie zwłok za pomocą urządzeń termowizyjnych.
 - rozpoznawanie zagrożeń pożarowych kompleksów leśnych, przekazywanie informacji o ogniskach pożarów.
 - filmowanie i fotografowanie w celach rozpoznawczych lub dowodowych.
- zadania związane z wykorzystaniem szczególnej właściwości śmigłowców, w tym:
 - desantowania i podejmowania na pokład osób i towarów. - wsparcie działań pościgowo-blokadowych.
 - działanie w sytuacjach kryzysowych. ewakuacja. ramach akcji ratowniczych w związku z zaistniałymi katastrofami i klęskami żywiołowymi.

- zabezpieczenie prewencyjne porządku na akwenach wodnych oraz udział w akcjach ratowniczych.
- współdziałanie z pododdziałami antyterrorystycznymi w tym osłona medyczna tych działań.
- ujawnianie skradzionych ładunków, tymczasowych magazynów i innych obiektów mających związek z przestępstwem. a usytuowanych w miejscach trudno dostępnych (teren górzysty, leśny, podmokły).
- ujawnianie przestępstw związanych z kradzieżami paliw z rurociągów, magazynów, elementów wyposażenia linii kolejowych i sieci energetycznych.

Lotnictwo Policji obecnie eksploatuje 11 śmigłowców, siedmiu różnych typów, tj.:

- śmigłowce transportowe typu Mi-8 (2 szt.) i Bell-412 (1 szt.),
- śmigłowce wielozadaniowe typu W-3 Sokół (2 szt.) i W-3A Sokół (1 szt.) (z uwagi na znaczne różnice w wyposażeniu śmigłowców traktowane są jako dwa różne typy), Mi-2 (3 szt.), - śmigłowce patrolowo — obserwacyjne typu Bell-206 (2 szt.).

Aktualnie prowadzone są remonty:

1) śmigłowiec Mi-8, nr rej. SN-41 XP, - obecnie znajduje się w organizacji obsługowej Helisota, Kowno, Litwa na planowych obsłudze (w remoncie głównym) po wypracowaniu kolejnego 8-letniego okresu resursu międzyremontowego. Przewiduje się powrót śmigłowca do eksploatacji na przełomie maja/czerwca 2018 r. Remont odbywa się na podstawie umowy zawartej zgodnie z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego.

2) śmigłowce W-3, nr rej. SN-34XP, i W-3A, nr rej. SN-32XP przechodzą przeglądy po wypracowaniu kolejnego 15 - letniego okresu eksploatacji, przy czym zakres przeglądu został powiększony o przegląd specjalny po 25 latach eksploatacji umożliwiający użytkowanie tych śmigłowców przez kolejnych 5 lat. Realizatorem przeglądów jest jedyny zakład posiadający uprawnienia, tj. właściciel typu oraz producent śmigłowców W-3/W-3A WSK „PZL-Świdnik” (obecnie wchodzący w skład grupy Leonardo Helicopters). Śmigłowiec W-3A znajduje się w bazie wykonawcy remontu w Świdniku, natomiast śmigłowiec W-3, przebywa w bazie lotnictwa Policji w Krakowie. Przewidywany powrót śmigłowców do eksploatacji: ś-e W-3 — wrzesień 2018 r., ś-c W-3A - październik 2018 r.

W najbliższym czasie planuje się przeprowadzenie przeglądów:

- a) śmigłowiec Bell-412, SN-18XP, - od dnia 3.01.2019 r. przegląd po kolejnych 12 miesiącach eksploatacji (zakres przeglądu musi być rozszerzony o przegląd silników po 5 tatach eksploatacji). Przewidywany okres przeglądu — ok. 3 miesiące,
- b) śmigłowiec Bell-206, SN-17XP, - przegląd po 1500 godzinach lotu. Z uwagi na pozostałość resursu ok. 190 h lotu, w zależności od intensywności eksploatacji przewiduje

się skierowanie śmigłowca na przegląd na początku 2019 r. Przewidywany czas przeglądu ok. 4 miesiące.

c) w odniesieniu do śmigłowców typu Mi-8 nie przewiduje się remontów w najbliższym czasie (najbliższy planowy remont ś-ca Mi-8 przypada na czerwiec 2024 roku, lecz ze względu na zaawansowany wiek śmigłowców, ich remont może okazać się nieuzasadniony).

d) w odniesieniu do śmigłowca Bell-206, SN-16XP — nie planuje się jego przeglądu przez najbliższe 5-6 lat. Śmigłowiec powrócił w kwietniu 2018 r. z przeglądu po 1500h lotu z możliwością użytkowania przez kolejne 1500h.

e) w odniesieniu do śmigłowców typu Mi-2, z uwagi na ich zaawansowany wiek, nie przewiduje się ich remontów do momentu wycofania z eksploatacji. Dwa śmigłowce Mi-2, planuje się wycofać z eksploatacji w obecnym 2018 roku, trzeci, ostatni śmigłowiec Mi-2, — w 2019 r.,

Wiek śmigłowców zawiera się w granicach od 13 do 47 lat. W ostatnich latach z eksploatacji wycofano 7 śmigłowców. Obecnie posiadana przez Zamawiającego flota śmigłowców, w praktyce uniemożliwia realizację zadań ustawowych przez Policję. Zakup nowych śmigłowców dla Policji jest kluczowy dla ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego, co leży w interesie ogółu społeczeństwa.

Dowód: szczegółowe informacje Zamawiającego tabela „Aktualny stan wyposażenia lotnictwa Policji w statki powietrzne w ujęciu zbiorczym oraz indywidualnym dla każdej z baz lotniczych” oraz tabela „Śmigłowce lotnictwa Policji wycofane z eksploatacji w latach 2010-2017”.

Finansowanie oraz termin realizacji zamówienia

Pierwsze działania mające na celu wymianę śmigłowców na nowe, o większych możliwościach operacyjnych i ekonomiczniejsze podjęto już w 2007 roku. W wyniku tych działań w 2008 r. podjęto próbę zakupu 3 śmigłowców wielozadaniowych poprzez ogłoszenie postępowania na zakup śmigłowców w trybie przetargu nieograniczonego. Wpłynęły dwie oferty złożone przez firmy AugustaWestland (obecnie Leonardo Helicopters) i Eurocopter (obecnie Airbus). Postępowanie zakończono bez wyboru oferenta z uwagi na cenę oferty przekraczającą posiadane środki. Ponadto obie oferty nie spełniały wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zaoferowano śmigłowce w wersjach wyposażenia nie w pełni uwzględniających specyfikę zadań realizowanych przez lotnictwo Policji). Próby pozyskania środków finansowych na zakup śmigłowców w kolejnych latach nie przyniosły pozytywnego skutku, pomimo, że problem pogarszającego się stanu technicznego śmigłowców lotnictwa Policji był przedmiotem posiedzenia sejmowej komisji (sesja wyjazdowa w dniu 10.07.2012 r.).

Zakup nowych śmigłowców znalazł się dopiero w obecnie realizowanym „Programie modernizacji Policji, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej i Służby Ochrony Państwa w latach 2017—2020”, ustanowionym ustawą z dnia 15 grudnia 2016 r. Jednakże, z uwagi na fakt, że „Program modernizacji nie jest programem wieloletnim w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, każdorazowe uruchomienie postępowania wymaga uzyskania zapewnienia finansowania, co w przypadku zakupu śmigłowców skutkuje koniecznością podjęcia działań z ok. 1.5-2 letnim wyprzedzeniem.

Dopiero w dniu 10.04.2018 roku została wydana przez Ministra Finansów decyzja w sprawie zmian w budżecie państwa na rok 2018, zapewniająca finansowanie przedmiotowego zamówienia do kwoty 147 000 000,00 zł. Należy podkreślić, iż finansowanie dotyczy wyłącznie bieżącego roku, a brak wydatkowanie spowoduje utratę środków oraz jeszcze większą zapaść lotnictwa policyjnego. Tym samym, zamówienie musi zostać zrealizowane oraz rozliczone w roku bieżącym.

Dowód: Decyzja Ministra Finansów RP z dnia 10.04.2018 r. w sprawie zmian w budżecie państwa na rok 2018 numer MF/FGÍ4143.3.53.2018.MF.1042

Możliwość realizacji zamówienia przez wybranego Wykonawcę

W toku negocjacji ustalono termin podpisania przedmiotowej umowy na dzień 23 maja 2018 roku. Wykonawca zadeklarował, iż jest to ostateczny termin zawarcia umowy, zapewniający realizację zamówienia w roku bieżącym.

W związku z tą informacją, Zamawiający w dniu 8 maja 2018 r. wystąpił do Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej o wydanie opinii prawnej w przedmiocie projektu umowy. Termin ustawowy na wydanie przedmiotowej opinii upływa dokładnie w dniu 22 maja 2018 r., czyli dzień przed planowanym zawarciem umowy. Projekt umowy uzyskał pozytywną ocenę Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej.

Ponadto, w ocenie Zamawiającego, należy podkreślić z całą stanowczością, iż odwołanie zostało wniesione w dniu 7 maja 2018 r. Określony w art. 189 ust. 1 ustawy Pzp, 15 dniowy termin na rozpoznanie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą upływa w dniu 22 maja 2018 roku, czyli dzień przed planowanym zawarciem umowy. Mimo to, termin pierwszego posiedzenia z udziałem stron został wyznaczony na dzień 28.05.2018 roku, Niedotrzymanie określonego w ustawie PZP terminu na rozstrzygnięcie odwołania przez KIO, spowoduje utratę przez Zamawiającego przyznanego decyzją Ministra Finansów, finansowanie w kwocie 147 000 000,00 zł, a co gorsze stwarza realne ryzyko dla bezpieczeństwa publicznego.

Środki niewykorzystane w danym roku przepadają i nie zostają przesunięte na rok przyszły. Brak zawarcia przez Zamawiającego umowy uniemożliwi wydatkowanie środków w roku bieżącym, co spowoduje nie tylko utratę przez polską Policję tego celowego finansowania, ale przede wszystkim odbierze szansę na modernizację lotnictwa policyjnego oraz w dalece idący sposób utrudni zapewnienie właściwego poziomu bezpieczeństwa obywateli. Prawidłowe i sprawne działanie Policji jak i innych służb mundurowych nierozzerwalnie wiąże się z interesem publicznym.

Dowód: Oświadczenie Wykonawcy Polskie Zakłady Lotnicze Sp. z o. o., ul. Wojska Polskiego 3, 39-300 Mielec. Wniosek do Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej o wydanie opinii prawnej w przedmiocie projektu umowy zawierający określenie planowanego terminu zawarcia umowy.

Należy podkreślić, zdaniem Zamawiającego, że jedynie uchylenie zakazu zawarcia umowy umożliwi realizację przedmiotowego zamówienia w bieżącym roku. Należy przy tym z całą stanowczością podkreślić, iż działania Odwołującego mają na celu jedynie doprowadzenie do przewlekłości postępowania, a w efekcie do jego unieważnienia, Odwołanie zostało wniesione od niezamieszczonych przez Zamawiającego informacji prasowych. Ustawa Prawo Zamówień Publicznych określa wprost, iż termin na wniesienie odwołania w przypadku zamówienia z wolnej ręki rozpoczyna się od ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy lub od ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Zamawiający w obecnym stanie postępowania nie był zobowiązany do ich zamieszczenia. Należy także zauważyć, że rozpatrzenie przedwczesnego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, zamknie drogę do korzystania z środków ochrony prawnej wszystkim innym wykonawcom działającym w branży lotniczej.

Odwołujący w trakcie trwania postępowania przetargowego skierował pisma i wystąpienia do różnych organów państwa tj. Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, Komendanta Głównego Policji, Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Krajowej Izby Odwoławczej. Podnoszone w nich kwestie nie odnosiły się konstruktywnie do czynności zamawiającego, miały na celu jedynie przedstawienie sytuacji z punktu widzenia wykonawcy, który nie był zbieżny z rzeczywistymi postępowaniami Zamawiającego.

Reasumując, z uwagi na termin realizacji zamówienia określony na grudzień 2018 roku, wyrażenie zgody na zawarcie umowy przed rozpatrzeniem odwołania jest niezbędne dla prawidłowego udzielenia zamówienia publicznego a także późniejszą jego realizację. Z uwagi na decyzję Ministra Finansów nie było możliwe wcześniejsze wszczęcie postępowania. Niezawarcie umowy spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinie bezpieczeństwa, 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. Obecnie użytkowane 11 śmigłowców jest niewystarczające dla zapewnienia bezpieczeństwa i porządku publicznego. Trzy z tych śmigłowców znajdują się w długookresowym remoncie. Przed planowanym terminem realizacji zamówienia zostaną wycofane z użytkowania 3 śmigłowce (pozostały możliwy okres użytkowania tych śmigłowców nie przekracza 40 godzin lotu) oraz kolejne 3 zostaną przekazane do długookresowych remontów (terminy przekazania wynikają z warunków serwisowania). Jedynie zawarcie umowy do dnia 23 maja 2018 roku umożliwi realizację zamówienia w bieżącym roku a tym samym zastąpienie śmigłowców które zostaną w bieżącym roku wyłączone z użytkowania.

Przesłanki uchylenia zakaz zawarcia umowy sformułowane są elastycznie, ale niewątpliwie każdorazowo wymagają dokonania w sposób wnikliwy oceny skutków zakazu dla interesu publicznego. Brak zastąpienia wycofywanych śmigłowców, uniemożliwi realizację ustawowych zadań związanych z ochroną bezpieczeństwa publicznego, w szczególności niemożliwy stanie się przewóz grup AT, desantowania, współdziałanie z pododdziałami antyterrorystycznymi w tym osłona medyczna tych działań, zapewnienie szybkiego przemieszczenia na miejsce zdarzenia policjantów grup operacyjno-dochodzeniowych, zespołów minersko-pirotechnicznych, techników kryminalistyki, negocjatorów, pododdziałów antyterrorystycznych, działanie w sytuacjach kryzysowych, ewakuacja, w ramach akcji ratowniczych w związku z zaistniałymi katastrofami i klęskami żywiołowymi. Wyrażenie zgody na zawarcie umowy nie zamknie drogi do korzystania z środków ochrony prawnej wykonawcom działającym w branży lotniczej, zgodnie z art. 182 ust. 4 ustawy Pzp odwołanie wnosi się nie później niż w terminie 30 dni od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

Na zakończenie uzasadnienia zostało wskazane, że Zamawiający uzasadniając przedmiotowy wniosek w sposób szczegółowy i za pomocą precyzyjnych twierdzeń wykazał, Jego zdaniem, wpływ wykonania zamówienia na ochronę słusznego interesu publicznego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W ocenie Izby bezspornym jest, iż działalność statutowa Zamawiającego odnosi się do ważkiego zakresu działania Państwa, jakim jest bezpieczeństwo publiczne. Jak słusznie

wskazał Zamawiający jego rolą jest ochrona i zabezpieczenie bezpieczeństwa publicznego – a zatem właściwe wykonywanie stawianych przed Zamawiającym zadań jest kluczowe dla zapewnienia ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego. Izba również uznała, że stanowiący przedmiot niniejszego postępowania statek powietrzny, w postaci dwóch śmigłowców transportowych, jest ściśle związany z podstawową działalnością Zamawiającego i ich zakup jest kluczowy dla ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego, co również leży w interesie ogółu społeczeństwa.

Powyższe okoliczności Izba poddała wnikliwej ocenie w oparciu o przywołane przez Zamawiającego regulacje prawne, jak również w oparciu o powszechnie obowiązujące przepisy prawa. Ich ocena była konieczna, gdyż jak wskazywał sam Zamawiający, i co podnosi się w doktrynie zamówień publicznych, ocena wniosku opartego o treść art. 183 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy Pzp zawsze winna mieć charakter indywidualny, tj. być oceniana *ad casum* przy uwzględnieniu okoliczności, że samo pojęcie „interesu publicznego” jest pojęciem niedookreślonym będącym klauzulą generalną umożliwiającą elastyczne wykorzystanie tego pojęcia w zależności od specyficznych okoliczności faktycznych, społecznych, czy też zmian otoczenia prawnego.

Na zaletę takiego rozwiązania i jego funkcję w systemie prawa wskazywał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 9 listopada 2010 r. (sygn. akt. II K 13/07) podnosząc, że *interes publiczny jest pojęciem niedookreślonym, którego funkcja w procesie stosowania prawa sprowadza się do wyposażenia decydującego o możliwości reagowania na sytuacje faktyczne doniosłe prawnie, społecznie i gospodarczo, niemieszczące się w ramach oceny typowych, jednostkowych stanów faktycznych.*

Stąd też Izba uwzględniła i poddała ocenie wszystkie okoliczności związane, zarówno z sytuacją prawną, jak również ekonomiczną i organizacyjną Zamawiającego.

Za okoliczność wykazaną przez Zamawiającego w oparciu o złożone oświadczenia Izba uznała niedobory związane z powietrznymi środkami transportu spowodowane zaawansowanym wiekiem posiadanych maszyn, a zatem ich częstymi przedłużającymi się remontami oraz, dla niektórych z nich, wpływem okresu normalnej eksploatacji. Izba uznała również za wiarygodne i spójne oświadczenia Zamawiającego, z których wynika, iż dla części posiadanych maszyn (śmigłowców) niezasadne ekonomicznie może się okazać wykonywanie ich napraw okresowych lub napraw głównych.

Oceniając jednak przedmiotowy stan faktyczny Izba musi uwzględnić treść przepisu art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym dopuszczalne jest uchylene zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowania odwoławcze, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego 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. Wobec powyższego, aby przywołany przepis mógł mieć zastosowanie niezbędne jest łączne (kumulatywne) wykazanie spełnienia wszystkich przesłanek w nim określonych.

Jednakże Zamawiający w złożonym wniosku nie przedstawił, iż niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego 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, tj. nie doszło do ważenia tych interesów. W szczególności brak jest wykazania, analizy i równoważenia (porównania) negatywnych skutków dla interesu publicznego w kontekście skutków dla pozostałych podmiotów (ewentualnych i potencjalnych uczestników postępowania prowadzonego w jednym w trybów konkurencyjnych).

Za taką próbę wartościującą nie sposób uznać odniesienia się do samej zasadności odwołania, jak również jego ewentualnej skuteczności (pod względem formalnym), gdyż jak jednolicie wskazuje się w orzecznictwie zasadność wniesionego środka ochrony prawnej pozostaje bez wpływu na ocenę wniosku obejmującego uchylenie zakazu zawarcia umowy. Konieczność porównania ww. interesów jest na tyle ważkim elementem hipotezy normy ujętej w treści art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż w niniejszym przypadku Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie z wolnej ręki, a więc trybie ograniczającym w sposób maksymalny konkurencję na rynku właściwym.

Aby zdefiniować pojęcie rynku właściwego należy sięgnąć do publikacji i opracowań Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, tj. organu właściwego do oceny naruszeń związanych z ochroną tego rynku.

W jednej z publikacji zostało wskazane, że: *Wyznaczenie rynku ma każdorazowo wymiar przedmiotowy i geograficzny. Wedle stosowanej przez Komisję Europejską definicji, rynek właściwy produktowo obejmuje wszelkie wyroby i/lub usługi, które w ocenie konsumentów są zamiennie lub substytucyjne z punktu widzenia ich właściwości, cen oraz zastosowania. Rynek właściwy geograficznie obejmuje obszar, na którym zaangażowane przedsiębiorstwa oferują właściwe produkty lub usługi, na którym warunki konkurencji są wystarczająco jednolite i który od obszarów sąsiadujących odróżnia się odczuwalnie odmiennymi warunkami konkurencji* (UOKiK Bonn/Warszawa 2007 ISBN 978-83-60632-05-5).

Na określenie rynku relewantnego składają się zwykle dwa, a niekiedy trzy czynniki – produkt, terytorium oraz umiejscowienie w czasie danej praktyki. Rynek relewantny produktowo zwykle obejmuje wszelkie produkty lub usługi, które ze względu na ich cechy, cenę i przeznaczenie uważane są przez konsumentów za substytucyjne. Rynek relewantny geograficznie zwykle obejmuje terytorium, gdzie zaangażowani przedsiębiorcy dokonują

obrotu produktami lub usługami oraz gdzie warunki konkurencji są dostatecznie jednorodne i różne od warunków istniejących na terytoriach sąsiednich („Wspólnotowe prawo konkurencji. Skutki dla Polski” Małgorzata Krasnodębska – Tomkiel UOKiK Warszawa 2006 ISBN 83-60632-03-0, 978-83-60632-03-1).

Ze względu na specyfikę zamawianego produktu rynek ten należy rozumieć w znaczeniu, jeżeli nie globalnym, to przynajmniej europejskim. Nie ulega bowiem wątpliwości, że zarówno na rynku europejskim, jak również globalnym istnieją producenci tego typu maszyn oraz, co istotne, jeden z tych podmiotów wyraził zainteresowanie przedmiotowym zamówieniem korzystając z prawa do wniesienia środka ochrony prawnej. Dodatkowo podmiot ten wystąpił do samego Zamawiającego pismem z dnia 20 kwietnia 2018 r., czyli przed wniesieniem odwołania. Zainteresowaniem postępowaniem na dostawę śmigłowców w 2008 r. wyraziło też dwóch wykonawców (vide str. 7 wniosku z dnia 17.05.2018 r.). Dodatkowo na uwagę zasługuje również fakt, że część podmiotów oferujących tego typu statki powietrzne kooperuje z rozległą, globalną siecią podwykonawców i poddostawców – a zatem nawet przy niewielkich ilościach nabywanych śmigłowców postępowanie takie oddziałuje, ze względu na wysokie wyspecjalizowanie producentów i kooperantów, na ten rynek w znaczeniu ogólnym.

Z całą stanowczością należy zatem wskazać, że rynek tego typu maszyn, jakimi są wysokospecjalistyczne śmigłowce, jest rynkiem globalnym, a zatem oddziaływanie postępowania wszczętego w najmniej konkurencyjnym trybie, jakim jest tryb zamówienia z wolnej ręki, ma również takie oddziaływanie na konkurencję. Z tego względu Zamawiający winien w złożonym wniosku poddać ocenie i dokonać porównania sumy interesów zidentyfikowanych przez siebie producentów ze wskazanym i podlegającym ochronie interesem publicznym. Suma interesów potencjalnych i możliwych do zidentyfikowania podmiotów zainteresowanych uzyskaniem przedmiotowego zamówienia jest dla Zamawiającego o tyle łatwiejsza do przeprowadzenia, że jak sam wskazał w złożonym wniosku, w 2008 r. podjęto próbę zakupu 3 śmigłowców wielozadaniowych w trybie przetargu nieograniczonego. Jak wskazał dalej Zamawiający na str. 7 ww. wniosku w postępowaniu tym wpłynęły dwie oferty, co umożliwiło poznanie i wysondowanie rynku pod względem jego potencjału i możliwości konkretnych wykonawców.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał, że planowane w ramach prowadzonego postępowanie śmigłowce służą realizacji podstawowych zadań Zamawiającego, jako podmiotu realizującego zadania z zakresu bezpieczeństwa i porządku publicznego, wykazał również, że istnieje poważne zagrożenie uszczerbienia jego zasobów ze względu na zaawansowany wiek i znaczne zużycie środków transportu lotniczego, jednakże w ocenie Izby nie udowodnił, że niezawarcie umowy do 23 maja 2018 r. uniemożliwi zasadniczo

realizację umowy, jak również nie udowodnił, że brak jest możliwości uzyskanie przez Niego środków finansowych związanych z tym zakupem.

Odnosząc się do konieczności porównania wskazywanych wyżej negatywnych skutków z sumą interesów podmiotów mogących wyrazić zainteresowanie dostawą dwóch śmigłowców transportowych w wymaganej przez Zamawiającego konfiguracji nie przedstawiono ani wykazu tych podmiotów, jak również ich możliwości produkcyjnych (technicznych, organizacyjnych, terminowych), i co najistotniejsze Zamawiający nie próbował nawet odnieść się do wymagań postawionych w opisie przedmiotu zamówienia do możliwości technicznych uczestników rynku właściwego, w rozumieniu zakreślonym przez Izbę w początkowej części uzasadnienia. Brak takich ustaleń i argumentów związanych z okolicznościami wskazanymi powyżej uniemożliwia Krajowej Izbie Odwoławczej ocenę spełnienia w pełnym zakresie wypełnienia hipotezy normy prawnej ujętej w treści art. 183 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp. Izba wskazuje, że powyższe informacje nie są Jej znane z urzędu, nie są również faktami powszechnie dostępnymi. Ich ewentualna ocena jest możliwa jedynie przy aktywnym zaangażowaniu Zamawiającego. Co do samych kwestii dowodowych, Izba podnosi, że zostaną one poruszone w dalszej części niniejszego uzasadnienia.

Tego rodzaju ocena została np. dokonana przez Izbę w związku z wydaniem postanowienia z dnia 30 marca 2017 r. w sprawie KIO/W 8/17 (wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy), gdzie przedmiotem zamówienia był zakup samolotów „średnich” do przewozu najważniejszych osób w państwie. W ramach rozpoznania tego wniosku poddane ocenie, w odniesieniu do interesu publicznego, zostały partykularne interesy ściśle zdefiniowanego kręgu wykonawców w postaci: zysku (czyli ochrony interesu prowadzącego się do ochrony *lucrum cessans*, jaką wykonawca mógłby osiągnąć z zamówienia, gdyby je pozyskał); renomy i umocnienia 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); utrzymania 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); możliwości pozyskiwania nowych zleceń w ramach unowocześniania wyposażenia tak cywilnego jak i wojskowego; jak również ograniczenia 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. Jednakże w ramach powyższego rozstrzygnięcia Izbie, w składzie rozpoznającym wniosek o sygn. akt KIO/W 8/17 znany był

krąg potencjalnych wykonawców, ich możliwości oraz, co najistotniejsze, znane były wymagania techniczne wobec przedmiotu zamówienia – co wynika jednoznacznie z uzasadnienia ww. postanowienia. Tym samym wówczas istniała możliwość ustalenia, które podmioty są zainteresowane uzyskaniem zamówienia i które produkty spełniają wymagania wobec przedmiotu zamówienia pod względem technicznym, logistycznym i terminowym. W niniejszym wypadku brak jest analogicznych informacji, gdyż nie zostały one w ogóle podniesione i udostępnione przez Zamawiającego.

Odnosząc się do złożonych wraz z wnioskiem z dnia 17.05.2018 r. dowodów w postaci oświadczenia producenta śmigłowców (Polskie Zakłady Lotnicze Spółka z o.o.) Izba wskazuje, że w oświadczeniu tym nie wskazano na realne zagrożenie niewykonania zamówienia, gdyby nie doszło do zawarcia umowy do dnia 23.05.2018 r. W dokumencie tym jest mowa jedynie o możliwych do wystąpienia hipotetycznych zagrożeniach dochowania terminu bez wskazania, jakie to istniejące pod względem obiektywnym okoliczności spowodują, że podpisanie umowy po dniu 23 maja 2018 r. może uniemożliwić jej realizację. Oświadczenie to, jak każdy dowód w postępowaniu, gdzie zastosowanie mają w ramach odesłania (art. 14 ust. 1 oraz art. 185 ust. 7 ustawy Pzp) stosowane odpowiednio przepisy ustawy Kodeks cywilny i ustawy Kodeks postępowania cywilnego podlega ocenie pod względem jego mocy dowodowej oraz wiarygodności. Jak wynika bowiem z art. 232 ustawy Kodeks postępowania cywilnego *strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne* oraz zgodnie z art. 6 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 14 ustawy Pzp ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Zaś zgodnie z treścią art. 190 ust. 7 ustawy Pzp *Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału*. Kierując się zatem cywilistycznymi regułami oceny dowodów Izba wskazuje, że Polskie Zakłady Lotnicze Spółka z o.o. są zainteresowane zawarciem umowy z Zamawiający – a zatem należy z ostrożnością podchodzić do składania przez ten podmiot zapewnień i oświadczeń. Ze względu na brak dowodów potwierdzających okoliczności wskazane w oświadczeniu Polskich Zakładów Lotniczych Spółka z o.o. Izba uznała, że okoliczność ta nie została ani wykazana, ani nawet uprawdopodobniona przez Zamawiającego. Brak jest również wskazania z jakich ważkich powodów niezawarcie umowy do dnia 23.05.2018 r. wpłynie negatywnie na proces produkcji, a tym samym dostawy przedmiotowych śmigłowców.

Izba również wskazuje, że rozpoznanie wniesionego odwołania w stosunku do wskazanego przez Zamawiającego terminu 23.05.2018 r. nie może wywołać żadnych negatywnych konsekwencji, gdyż oba terminy dzieli jedynie 5 dni, zaś jak zostało wskazane

na str. 9 złożonego wniosku termin realizacji zamówienia został określony na grudzień 2018 r. Gdyby Zamawiający rzeczywiście uznał, że kilkudniowe opóźnienie może spowodować negatywne konsekwencje skorzystałby z instytucji obejmującej zamieszczenie ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* – skracając tym samym wykonawcom termin do wniesienia odwołania. Zamawiający bowiem, jako profesjonalista, winien się liczyć z faktem, że zainteresowani wykonawcy będą chcieli doprowadzić do wszczęcia postępowania w trybie konkurencyjnym, gdyż udzielenie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym nie leży w ich interesie. Dodatkowo gdyby ten kilkudniowy okres miał takie znaczenie, Zamawiający wystąpiłby z niniejszym wnioskiem zaraz po wniesieniu odwołania, które miało miejsce 07.05.2018 r.

Co do kwestii finansowania zadania ze środków Skarbu Państwa i kwestii ich ponownego uruchomienia Izba wskazuje, że jak każdy program finansowany z takich środków wymaga on uzyskania zabezpieczenia finansowego z odpowiednim wyprzedzeniem. Zamawiający nie udowodnił zaś, że środki te przepadną bezpowrotnie a jedynie wskazywał, że ich każdorazowe uruchomienie wymaga uzyskania zapewnienia finansowania, oświadczając jedynie, iż w przypadku zakupu śmigłowców skutkuje koniecznością podjęcia działań z ok. 1,5-2 letnim wyprzedzeniem. Istotą zakupu tego rodzaju wyposażenia jest konieczność realizacji określonych zadań publicznych, wpisujących się w interes publiczny, które to pojęcie nie zostało dotychczas jednolicie zdefiniowane w nauce prawa stanowiąc klauzulę generalną. Jednakże próby nadania temu pojęciu uniwersalnej treści były podejmowane w orzecznictwie sądowym. W orzecznictwie Izby mającej za przedmiot pojęcie „interesu publicznego” najczęściej przywoływane jest orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. w postaci uchwały o sygn. akt W 8/96, (OTK 1997, nr 1, poz. 15) zgodnie z którą *interes publiczny stanowią korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Interesu publicznego nie należy jednak utożsamiać z interesem zamawiającego lub np. interesem mieszkańców danej gminy.* Tym samym, wracając do kwestii finansowania zakupu dla Policji Państwowej śmigłowców transportowych, kwestia finansowania również będzie determinowana istnieniem uzasadnionego interesu publicznego w wydatkowaniu środków publicznych służących temu zakupowi. W ramach niniejszego rozstrzygnięcia ocenie zaś podlega nie kwestia samej zasadności zakupu śmigłowców, lecz kwestia uzyskania zgody na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, której ocena następuje przez pryzmat przesłanek wskazanych w treści art. 183 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp, w ramach którego musi dojść do oceny

spełnienia wszystkich, kumulatywnie określonych tam, przesłanek. Choć w ramach kognicji Izby leży możliwość uwzględnienia takiego wniosku to nie może ona się odbyć bez wykazania (udowodnienia), że zostały spełnione wszystkie przesłanki ujęte w ww. przepisie i doszło do wykazania, że suma interesów, które mogą doznać uszczerbku nie przewyższa uszczerbku dla interesu publicznego, który może wystąpić na skutek niezawarcia umowy przez ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania. Ocena tej okoliczności należy do Izby, jednakże jej wykazanie jest obowiązkiem podmiotu zamawiającego składającego wniosek oparty o treść art. 183 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy Pzp. Okoliczności związane z tą oceną nie są ani faktami notoryjnymi, ani okolicznościami znanymi Izbie z urzędu (może poza faktem złego stanu technicznego śmigłowców posiadanych przez Policję) – a zatem powinny one zostać wykazane przy wykorzystaniu dostępnych Zamawiającemu środków dowodowych (dowodów z dokumentów, dowodów fotograficznych). Wszakże to Zamawiający jest inicjatorem postępowania obejmującego uchylene zakazu zawarcia umowy, jak również jest podmiotem najlepiej zorientowanym w potencjale rynku związanego z tego typu statkami powietrznymi (śmigłowce transportowe i wielozadaniowe) spełniających wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia. Jedynym faktem, który Izba uznała za wykazany dowodami pośrednimi, jest okoliczność, że naprawa, bądź utrzymanie niektórych typów śmigłowców posiadanych przez Zamawiającego, ze względu na ich wiek, poziom zużycia i opóźnienie technologiczne, może okazać się nieracjonalna z ekonomicznego punktu widzenia. Pozostałe okoliczności nie znalazły jednak potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Izba wskazuje, że jednym z najistotniejszych, (obok braku porównania strat dla interesu publicznego i sumy interesów potencjalnych wykonawców), elementów oceny złożonego wniosku, jest również okoliczność, iż w interesie publicznym leży konieczność zagwarantowania zgodności z prawem przewidzianej do zawarcia, w trybie z wolnej ręki, umowy tak aby była ona źródłem trwałego i stabilnego stosunku zobowiązaniowego. Tym samym, mając na uwadze uprawnienia Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych rozpoznających skargi na orzeczenie Izby, jak również sądów powszechnych rozpoznających ewentualne powództwo Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych związane z unieważnieniem zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego (vide art. 190 ust. 8 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp; art. 144a ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, art. 168 pkt 3 ustawy Pzp) w interesie publicznym leży aby doszło do weryfikacji czynności Zamawiającego przez właściwe organy. Mając na uwadze powyższe przez interes publiczny należy rozumieć, nie tylko sam fakt nabycia przez Zamawiającego w określonym terminie śmigłowców transportowych, ale również aby nabycie to było skuteczne i zgodne z obowiązującymi przepisami, czego gwarancją będzie zakończenie ze skutkiem pozytywnym

weryfikacji przez uprawnione organy (Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Krajową Izbę Odwoławczą) prawidłowości i legalności działań Zamawiającego polegających na wyborze do udzielenia zamówienia publicznego trybu zamówienia z wolnej ręki - tak aby w przyszłości nie doszło do unieważnienia umowy skutkującej negatywnymi konsekwencjami dla Skarbu Państwa. Oczywiście istnieje też ryzyko negatywnej oceny działań Zamawiającego w tym zakresie, jednakże sam Zamawiający będąc organem administracji powinien w swoim postępowaniu kierować się nie tylko zasadami skuteczności, ale również legalizmu i praworządności – a zatem Jemu również powinno zależeć, aby umowa ta została poddana pozytywnej weryfikacji przez uprawnione do tego organy.

Powyższe zatem nie przesądza o tym, iż we wskazanym przez Zamawiającego przypadku mogłoby dojść do zaistnienia negatywnych skutków dla interesu publicznego przewyższających 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.

Tym samym Izba uznała, że Zamawiający nie przedstawił żadnych argumentów i dowodów, z których można by wywieść, że ewentualne zagrożenie dla interesu publicznego przewyższa sumaryczne korzyści związane z ochroną interesów potencjalnych wykonawców, którzy w przeszłości byli (vide postępowanie prowadzone przez Zamawiającego w 2008 r. – informacja zawarta na str. 7 złożonego wniosku) lub mogliby być zainteresowani uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż nie zachodzi konieczność odstąpienia od zasady zawierania umów w sprawie zamówienia po ostatecznym rozstrzygnięciu odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą merytoryczne przesłanki uchylecia zakazu zawarcia umowy wskazane w art. 183 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp, tj. z niezawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w danym momencie bezpośrednio nie wynikają negatywne skutki dla interesu publicznego 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.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....