

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Andrzej Niwicki

Katarzyna Paprocka

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2025 r. przez wykonawcę Avitec Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Agencja Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Safran Electronics & Defence société par actions simplifié z siedzibą w Paryżu

orzeka:

oddala odwołanie,

kosztami postępowania obciąża wykonawcę Avitec Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Avitec Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Avitec Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

.....

.....

UZASADNIENIE

Skarb Państwa – Agencja Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na dostawę podstawowego spadochronu desantowego (znak postępowania: AU/174/IX/2024). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 grudnia 2024 r. pod numerem 761859-2024.

W dniu 10 stycznia 2025 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca Avitec Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono na:

- 1) czynności wszczęcia i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, pomimo braku zaistnienia przesłanek ustawowych do skorzystania z takiego trybu, a w konsekwencji – udzielenie przez Zamawiającego zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy Pzp,
- 2) a w razie uznania przez Izbę legalności zastosowania postępowania w trybie z wolnej ręki - na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy pomimo tego, że nie była ona zgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 415 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wszczęcie i prowadzenie postępowania w trybie z wolnej ręki pomimo niespełnienia przesłanek ustawowych ujętych we wskazanym przepisie, tj. w szczególności wobec:
 - braku zaistnienia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, w tym potrzeby operacyjnej,
 - pełnej przewidywalności potrzeby udzielenia zamówienia znanej co najmniej od kilku lat
 - istnienia na rynku szeregu pomiotów zdolnych do realizacji zamówienia,
 - możliwości udzielenia zamówienia w terminach ustawowych przewidzianych dla procedur konkurencyjnych,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Safran Electronics & Defence société par actions simplifié z siedzibą w Paryżu (dalej: „Safran”) pomimo tego, że nie jest ona zgodna z warunkami zamówienia, w szczególności w zakresie wymogu uprzedniej eksploatacji oferowanego spadochronu przez armię NATO oraz w zakresie parametrów technicznych wskazanych szczegółowo w dalszej części odwołania,
- 3) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezprawne zastosowanie niekonkurencyjnej procedury udzielenia zamówienia

pomimo tego, że nie istniały ku temu przesłanki ustawowe, a na rynku właściwym dla przedmiotowego zamówienia istnieją firmy wykonawcze zainteresowane i zdolne do wykonania zamówienia, lecz nie zaproszone do udziału w procedurze.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia umowy zawartej z Safran.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest podmiotem zdolnym i zainteresowanym realizacją dostaw spadochronów desantowych na rzecz Zamawiającego (i biorącym udział w poprzednich, zakończonych unieważnieniem procedurach konkurencyjnych organizowanych przez Zamawiającego na przedmiotowe spadochrony). Charakter postępowania w trybie z wolnej ręki i arbitralność w doborze przez Zamawiającego podmiotu, z którym prowadzone były bezprawnie negocjacje niesłusznie stawiają Odwołującego poza gronem potencjalnych wykonawców, co naraża Odwołującego na szkodę w postaci utraty szansy na pozyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 4 pkt 1) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 12 grudnia 2024 r. (publikacja ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 10 stycznia 2025 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Zamawiający pismem z dnia 31 stycznia 2025 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, a w razie nie podzielenia argumentacji o odrzuceniu odwołania, o oddaleniu odwołania w całości.

Przy zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 16 stycznia 2025 r. wykonawca Safran zajął stanowisko merytoryczne, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp. Jak argumentował Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie Odwołujący „jest nieuprawniony do składania odwołania z uwagi na brak przymiotu wykonawcy lub podmiotu związanego z realizacją tego zamówienia. Wszczęte Postępowanie było skierowane do producenta spadochronów desantowych, a Odwołujący nie jest producentem tylko pośrednikiem (inny rodzaj działalności). Jak wynika z załączonych do Odwołania dokumentów Odwołujący nie wykazał, w należyty sposób, że posiada zdolność do realizacji tego zamówienia na dzień złożenia Odwołania (nie jest producentem, ani przedstawicielem firmy Mars a.s., producenta, który wyraził chęć udziału w kolejnych postępowaniach na dostawę spadochronów desantowych)”. Ponadto Zamawiający wskazał, że: „Z uwagi na to, że Odwołujący nie jest producentem, nie spełniał warunku udziału w tym Postępowaniu i tym samym nie posiada interesu we wniesieniu Odwołania, ponieważ nie jest w stanie go zrealizować, a w związku z tym nie poniesie z tego tytułu żadnej szkody”. Niemniej jednak, Zamawiający w trakcie posiedzenia z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na pytania składu orzekającego, nie potrafił wskazać, skąd wynika okoliczność, że postępowanie skierowane było do producenta spadochronów desantowych, czy też, gdzie w dokumentacji postępowania zawarto warunek udziału w postępowaniu w postaci bycia producentem. Wobec braku sprecyzowania podstawy faktycznej, wniosek o odrzucenie odwołania Izba uznała za bezprzedmiotowy.

Izba stwierdziła zatem, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przy czym, jak słusznie podnosi się w orzecznictwie, interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp należy postrzegać szeroko, to znaczy nie przez pryzmat danego postępowania o udzielenie zamówienia, lecz jako możliwość uzyskania danego świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, bez względu na to, w jakim postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone. „Tym samym interes może być rozumiany jednolicie i niezależnie od okoliczności konkretnej sprawy, podnoszonych zarzutów oraz żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania” (tak wyrok KIO z dnia 23 marca 2021 r., KIO 578/21, KIO 579/21, wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2021 r., KIO 1299/21 oraz wyrok KIO z dnia 3 lutego 2023 r., KIO 174/23).

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Zamawiającego zgłosił Safran. Strony

nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez Safran po stronie Zamawiającego.

W stosunku zaś do zgłoszonego przystąpienia po stronie Zamawiającego przez Pana J.G. (G.I. Sky Team J.G.) Izba uznała, że zgłaszający przystąpienie nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Natomiast zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy Pzp wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Z powyżej przywołanych przepisów wynika, że podmiotem uprawnionym do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego jest „wykonawca”. Natomiast jak Pan J.G. wyjaśniał w uzasadnieniu posiadania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje (którego to posiadania Izba nie kwestionuje), a co powtórzył na posiedzeniu przed Izbą, ma on podpisaną umowę z Safran na reprezentowanie tego podmiotu na rynku polskim. W ocenie Izby zatem, pełnienie przez osobę fizyczną de facto funkcji konsultanta, czy też przedstawiciela firmy na dany rynek, nie czyni takiej osoby wykonawcą. Mając na uwadze powyższe, brak statusu wykonawcy w tym przypadku uniemożliwił Panu Jarosławowi Garstce (G.I. Sky Team J.G.) skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W dniu 11 października 2024 r. Zamawiający zatwierdził wniosek w sprawie wyboru trybu udzielenia zamówienia na dostawę podstawowego spadochronu desantowego w ilości 900 szt., którego załącznik stanowiło pismo Inspektoratu Wojsk Lądowych - Zarząd Wojsk Aeromobilnych i Zmotoryzowanych z dnia 6 września 2024 r. (numer dokumentu 24400/1/AU/2024). Z uwagi na charakter danych zawartych w piśmie (Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał na wrażliwość informacji zawartych w piśmie, które mogą mieć wpływ na poziom bezpieczeństwa państwa i nie powinny być udostępniane publicznie), Izba nie powielając treści ww. pisma, wskazuje wyłącznie, że treść pisma literalnie diagnozowała zajęcie pilnej potrzeby operacyjnej dotyczącej dostawy spadochronów, która służyć miała celom szkoleniowym oraz uzupełnieniu niedoborów.

W dniu 16 października 2024 r. Zamawiający zaprosił wykonawcę Safran do negocjacji w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na dostawę podstawowego spadochronu desantowego, a negocjacje z zaproszonym wykonawcą przeprowadzono w dniach 24 i 25 października 2024 r.

Jako uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający podał następujące podstawy faktyczne i prawne (za pkt 5 protokołu postępowania):

„Zamawiający w latach 2020-2023 prowadził dwa postępowania na dostawę podstawowego spadochronu desantowego w trybie przetargu ograniczonego nr IU/147/IX-85/ZO/PO/OiB/DOS/Z/2020 unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Ustawy (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz nr IU/141/IX-85/ZO/PO/DOS/Z/2022 (w przyspieszonej procedurze) unieważnione w dniu 20.04.2023 r. z powodu niezłożenia żadnej oferty — na podstawie art. 255 pkt 1 Ustawy.

Po spełnieniu przesłanek ustawowych w 2024 r. przeprowadzono postępowanie nr AU/269/IX-85/ZO/NBO/DOS/Z/2023 w trybie negocjacji bez ogłoszenia z producentami spadochronów, którzy zostali zidentyfikowani w prowadzonych uprzednio dwóch postępowaniach, na dostawę podstawowego spadochronu desantowego.

Zamawiający zaprosił do negocjacji producentów spadochronów, z krajów należących do NATO, w liczbie 6 (sześciu). Do negocjacji przystąpiło 4 (czterech) Wykonawców, natomiast ofertę złożyło jedynie 2 (dwóch) Wykonawców. Postępowanie również zostało unieważnione na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy (...).

Jedynym Wykonawcą, który posiada spadochron spełniający wszystkie parametry techniczne oraz jest eksploatowany w NATO, jest Safran (...), ponadto złożył on ofertę w ww. postępowaniu. Celowe jest skierowanie zaproszenia do ww. Wykonawcy, ponieważ znane mu są wszystkie wymagania Zamawiającego, zarówno w zakresie technicznym jak i terminów dostawy.

Uwzględniając powyższe, niecelowe jest zwrócenie się do innych wykonawców, ponieważ Zamawiający przeprowadzał trzykrotnie procedury o udzielenie zamówienia publicznego w celu zachowania konkurencyjności i równego traktowania wykonawców, które nie przyniosły rozstrzygnięcia, co niej jest winą umyślną lub zaniedbaniem Zamawiającego.

W związku z trwającym od kilku lat procesem udzielenia zamówienia publicznego, w tym dwie w trybach konkurencyjnych oraz jedną w trybie negocjacji bez ogłoszenia, nie udało się zrealizować potrzeb Sił Zbrojnych RP poprzez dostawę nowych spadochronów desantowych. Zgodnie z przepisem art. 414 ust. 2 pkt 4 Zamawiający ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia nie wynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, których nie mógł przewidzieć, a nie można zachować terminów ustawowych, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub

negocjacji z ogłoszeniem. Zamawiający oczekuje w 2024 r. zawarcia umowy, rozpoczęcia dostaw do Sił Zbrojnych RP w 2024 r. oraz zakończenie procesu szkolenia. Jest to potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia, co pozwoli zaspokoić potrzebę uczestniczenia skoczkom w operacjach desantowania wspólnie z innymi wojskami, a jest to niezbędne do zapewnienia działania z NATO.

Zamawiający w obecnym postępowaniu nie dokonał istotnych zmian pierwotnych warunków zamówienia, które wpłynęły by na inny krąg wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o udzielenie zamówienia. Wszystkie warunki dotyczące udzielenia zamówienia pozostają niezmiennie w tym:

- a) termin realizacji dostawy w 2024 r.;
- b) parametry techniczne spadochronów;
- c) zakończenie szkolenia skoczków w bieżącym roku;
- d) realizacja świadczeń i zobowiązań wynikających z warunków umowy.

W wyniku unieważnienia postępowań na pozyskanie nowego podstawowego spadochronu desantowego w latach 2021-2024 otrzymano od Instytucji eksperckiej pismo, że zachodzi pilna potrzeba operacyjna, dotycząca dostawy przedmiotowego SpW dla jednostek Wojsk Lądowych, realizujących zgodnie z bojowym przeznaczeniem, szkolenie spadochronowo — desantowe (6 Brygada Powietrznodesantowa, 25 Brygada Kawalerii Powietrznej, 2 pułk rozpoznawczy i 9 pułk rozpoznawczy). Podstawowy spadochron desantowy miał sukcesywnie zastąpić dotychczas eksploatowane spadochrony.

Tym samym w ocenie Komisji spełnione zostały przesłanki o których mowa w art. 415 ust. 2 pkt 2 Ustawy, co spełnia przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki - Safran (...).

W dniu 13 listopada 2024 r. zawarto umowę nr AU/174/IX/2024 pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą Safran w przedmiocie dostawy podstawowego spadochronu desantowego. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 grudnia 2024 r.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, **Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu.**

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do **zarzutu nr 1**, tj. zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 415 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wszczęcie i prowadzenie postępowania w trybie z wolnej ręki pomimo niespełnienia przesłanek ustawowych ujętych we wskazanym przepisie, tj. w szczególności wobec:

- braku zaistnienia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, w tym potrzeby operacyjnej,
- pełnej przewidywalności potrzeby udzielenia zamówienia znanej co najmniej od kilku lat
- istnienia na rynku szeregu pomiotów zdolnych do realizacji zamówienia,
- możliwości udzielenia zamówienia w terminach ustawowych przewidzianych dla procedur konkurencyjnych.

Po pierwsze, zwrócić uwagę trzeba, że poza sporem było to, że przedmiot zamówienia wpisywał się w przesłanki uznania za zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, o których mowa w art. 7 pkt 36 ustawy Pzp.

Bezspornym było też, że podstawą prawną, w której upatrywał zasadności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki był art. 415 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 414 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Na podstawie art. 415 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

2) określonych w przepisach art. 414 ust. 2 pkt 1 i 3-7, gdy niecelowe albo niemożliwe jest zwrócenie się do innych wykonawców lub gdy wymagają tego pilne potrzeby operacyjne.

Zgodnie zaś z art. 414 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

4) ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Jedną z możliwości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w przypadku zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zachodzi wówczas, gdy łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki:

- a. niecelowe albo niemożliwe jest zwrócenie się do innych wykonawców lub gdy wymagają tego pilne potrzeby operacyjne (co wynika z art. 415 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp),
- b. ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem (co wynika z art. 414 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp).

Możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w tym przypadku jest zatem uzależniona, po pierwsze, od wystąpienia sytuacji, która nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego i której wcześniej nie można było przewidzieć. Po drugie, z tak rozumianej sytuacji musi wynikać pilna potrzeba udzielenia zamówienia. Po trzecie, pilna potrzeba udzielenia zamówienia musi uniemożliwiać zachowanie przewidzianych dla przetargu ograniczonego i

negocjacji z ogłoszeniem skróconych ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, 10-dniowych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofert. Przy czym, koniecznym jest w powyższych okolicznościach, aby:

- 1) pilne potrzeby operacyjne wymagały zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki lub
- 2) prowadzenie negocjacji z więcej niż jednym wykonawcą jest niecelowe albo
- 3) prowadzenie negocjacji z więcej niż jednym wykonawcą jest niemożliwe.

Za słuszne należy zatem uznać wstępne uwagi Odwołującego w uzasadnieniu zarzutu co do zdiagnozowania podstawy prawnej zastosowania ww. trybu przez Zamawiającego oraz wymienienia przesłanek uprawniających do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. W ocenie Izby, istota sporu pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym i Przystępującym Safran, sprowadzała się więc do odmiennej oceny dopuszczalności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, przez pryzmat bezspornych okoliczności faktycznych i wymogu łącznego spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 415 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i art. 414 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Niemniej jednak, w ocenie składu orzekającego, Odwołujący nie wykazał, ażeby nie zaistniały w sprawie przesłanki pozwalające Zamawiającemu na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

W pierwszej kolejności, w uzasadnieniu zarzutu, Odwołujący zakwestionował istnienie pilnej potrzeby udzielenia przedmiotowego zamówienia, w tym istnienie pilnej potrzeby operacyjnej, której wcześniej nie można było przewidzieć. Zdaniem Odwołującego, w okolicznościach, w których Zamawiający prowadził czynności zmierzające do zakupu od 2018 r., nielogicznym jest przyjęcie, że potrzeba udzielenia zamówienia pojawiła się nagle, jest pilna i nie dało się jej wcześniej przewidzieć. Według Odwołującego, paradoksalnie potwierdza to pismo Inspektoratu Wojsk Lądowych z dnia 6 września 2024 r. W ocenie Odwołującego ww. pismo potwierdza konieczność nabycia nowych spadochronów desantowych w horyzoncie czasowym 2024-2026 r., który to okres był znany w wojsku od dawna wobec systematycznego, ale nie nagłego, kurczenia się zasobów spadochronów. Odwołujący argumentował też, że „nie sposób założyć, że zbliżający się upływ czasu pozwalającego na korzystanie ze spadochronów stanowi okoliczność nie dającą się przewidzieć, pozwalającą na pominięcie konkurencyjnych procedur udzielenia zamówienia”, a: „Nawet jeśli przyjąć, że wymiana spadochronów jest potrzebna, by umożliwić skoczkom wspólne ćwiczenia z siłami Sojuszu, to przecież ćwiczenia takie planowane są z wielomiesięcznym wyprzedzeniem i też nie są niczym nowym w armii”. W ocenie Odwołującego: „Nie nastąpiło żadne nie dające się przewidzieć zdarzenie, które mogłoby wpisywać się w pojęcie pilnej potrzeby (w tym operacyjnej) zakupu spadochronów”. Brak wystąpienia przesłanki pilności Odwołujący upatrywał także w oparciu o odstępy pomiędzy unieważnieniem poprzednich i wszczęciem kolejnych procedur w celu wyłonienia dostawcy spadochronów.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego w przedmiocie niedopuszczalności zastosowania przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki. Nie ulega wątpliwości, że z treści pisma Inspektoratu Wojsk Lądowych z dnia 6 września 2024 r. literalnie wynika, że zachodzi pilna potrzeba operacyjna, dotycząca dostawy spadochronów oraz wskazane zostały faktyczne powody kwalifikacji potrzeby dostawy spadochronów jako pilnej potrzeby operacyjnej. Odwołujący co prawda częściowo odniósł się do podanego w piśmie uzasadnienia, tym niemniej uwagi te Izba uznała za subiektywne, stąd niemające rozstrzygającego wpływu dla oceny zarzutu.

W szczególności brak jest obiektywnych powodów, dla których Izba miałaby podważać ustalenia pełniące obowiązki Szefa Zarządu Wojsk Aeromobilnych i Zmotoryzowanych Inspektoratu Wojsk Lądowych co do wystąpienia pilnej potrzeby operacyjnej, zarówno w zakresie potrzeb szkoleniowych, jak i potrzeby uzupełnienia stwierdzonych niedoborów. Za niewystarczające Izba uznała przekonanie Odwołującego, że w tym wypadku pilność nie zachodzi, bowiem wspólne ćwiczenia z Sojuszem NATO są planowane z wyprzedzeniem i nie są niczym nowym, natomiast za pilną potrzebę w kontekście okoliczności mogła zaistnieć np. w obliczu wybuchu konfliktu zbrojnego, nagłego zaangażowania sił zbrojnych w działania NATO, czy nawet konieczności wzięcia udziału w zorganizowanych bez wcześniejszych planów manewrach ćwiczeniowych. Ustawa Pzp nie definiuje zarówno pojęć pilnej potrzeby, jak i pilnej potrzeby operacyjnej, niemniej, jak podaje się w literaturze, pilna potrzeba operacyjna, może być definiowana jako potrzeba pilnego pozyskania sprzętu wojskowego lub usługi bezpośrednio związana z wystąpieniem sytuacji kryzysowej lub gdy ze względu na wyjątkową sytuację istnieje konieczność pilnego pozyskania sprzętu wojskowego lub usługi (za: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. dr hab. Małgorzata Sieradzka, Wyd. 1, Warszawa 2022).

Bezspornym w sprawie było, że Zamawiający przeprowadził dwa postępowania w trybie przetargu ograniczonego oraz jedno postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia na dostawę spadochronów, które zakończyły się unieważnieniem postępowań. Logicznym jawi się zatem działanie Zamawiającego, który pierwotnie starał się udzielić zamówienia w konkurencyjnych postępowaniach w trybie przetargu ograniczonego, a po dwukrotnym niepowodzeniu w tym trybie, Zamawiający podjął trzecią próbę, tym razem w trybie negocjacji bez ogłoszenia, co również zakończyło się unieważnieniem postępowania.

Odwołujący zakwestionował też objęcie zakresem zamówienia z wolnej ręki całości pierwotnie planowanego zakresu

dostaw. Odwołujący argumentował, że gdyby nawet przyjąć, że: „w przedmiotowej sprawie zaistniała niedająca się przewidzieć pilna potrzeba zakupowa (czemu Odwołujący przeczy), to zakres dostaw powinien być skorelowany właśnie z taką przyczyną” bowiem: „szybki zakup spadochronów miałby rozwiązywać jakiś problem, który zaistniał teraz i to właśnie w najbliższym horyzoncie czasowym spadochrony miałyby być w pełnym zakresie dostarczone”, zatem: „O ile hipotetycznie można byłoby jeszcze bronić daty 10.12.2024 r., o tyle końca października roku 2025 i 2026 nie sposób jakkolwiek powiązać z pilnością zakupu dokonywanego w 2024 r.”. Niemniej jednak, samo przekonanie Odwołującego, że ewentualna pilność mogłaby zachodzić jedynie w stosunku do pierwszej transzy dostaw w 2024 r., nie jest wystarczającym argumentem dla Izby.

W ocenie Izby powody zakwalifikowania przez Zamawiającego nabycia spadochronów jako pilnej potrzeby operacyjnej są więc obiektywnie uzasadnione, a twierdzenia Odwołującego stanowią subiektywną polemikę, zmierzającą do wyprowadzenia korzystnych dla siebie wniosków na etapie postępowania odwoławczego. Poza samym twierdzeniem Odwołującego, brak jest obiektywnych podstaw, z których wynika brak pilnej potrzeby operacyjnej udzielenia zamówienia. Nie można czynić zatem zarzutów Zamawiającemu, że w momencie, gdy potrzeba operacyjna w jego przekonaniu stała się pilna, podjął negocjacje z jednym wykonawcą, po czym udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki. Stąd też, choć kilkakrotnie w treści odwołania nawiązywano do poprzednio prowadzonych przez Zamawiającego procedur, w kontekście przesłanki nieprzewidywalności Odwołujący wydaje się, że zignorował dotychczas podejmowane przez Zamawiającego próby wyłonienia wykonawcy. Samo nabycie spadochronów na potrzeby planowanych szkoleń czy uzupełnienia zasobów armii mogłoby nie zostać uznane za nieprzewidywalne. Jednakże, co istotne w sprawie, okoliczności towarzyszące dotychczasowym próbom udzielenia zamówienia od wielu lat (trzy unieważnione postępowania), upływ czasu i zbliżająca się konieczność realizacji zamówienia, stanowiły okoliczności, których w normalnym toku nie można było przewidzieć aż do tego stopnia.

W tym kontekście Izba wskazuje, że wobec określonych terminów wymagalności rozpoczęcia dostaw i szkolenia przez Inspektorat Wojsk Lądowych oraz uwzględniając dotychczasowe doświadczenie Zamawiającego w przebiegach procedur, uzasadnionym jest przyjęcie obiektywnej niemożności dochowania terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Dalej Odwołujący kwestionował wypełnienie przesłanki wyniknięcia sytuacji z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, odnosząc się do wcześniej prowadzonych przez Zamawiającego procedur. Odwołujący wskazywał na to, że „w ramach postępowań zakupowych z nieznanymi przyczynami dochodziło do kontrowersyjnych zmian koncepcji warunków zamówienia, które w opinii Odwołującego nie były skierowane na wolę pozyskania sprzętu lepszej jakości, ale głównie na „zarządzanie” kręgiem potencjalnych wykonawców”. Odwołujący wskazywał w szczególności na wyznaczenie nierealnego terminu realizacji zamówienia w drugim przetargu ograniczonym, powołując się przy tym na załączone do odwołania pisma z wnioskami o wydłużenie terminu realizacji zamówienia Odwołującego do Zamawiającego z dnia 3 lutego i 3 marca 2023 r. oraz odpowiedzi Zamawiającego z dnia 7 lutego i 7 kwietnia 2023 r. co do braku wyrażenia zgody na zmianę terminu. W tym kontekście Odwołujący zwracał też uwagę na różnicę między harmonogramami realizacji zamówienia ustalonymi w trybach z wolnej ręki i negocjacji bez ogłoszenia a w przetargu ograniczonym. Te uwagi Odwołującego również nie zasługiwały na uwzględnienie w ocenie Izby. Odwołujący w istocie gołosłownie przyjął, że dochodziło do kontrowersyjnych zmian warunków zamówienia, czy też, że Zamawiający w przeszłości wyznaczał nierealne terminy realizacji zamówienia. Odwołujący był uprawniony w odpowiednich terminach do skorzystania ze środków prawnych i zakwestionowania warunków ustalonych przez Zamawiającego w poprzednio prowadzonych postępowaniach. Natomiast obecnie, zarówno twierdzenia Odwołującego, jak i załączone pisma, nie stanowią okoliczności mających wpływ z punktu widzenia dopuszczalności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. W ocenie Izby, brak jest w związku z tym powodów, dla których uznać, że sytuacja wynikła z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Zdaniem składu orzekającego, powstanie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie wynikało w tym przypadku z niestaranności lub niedbalstwa Zamawiającego, ale pomimo tego, że Zamawiający dochował należytej staranności w swoim działaniu.

W dalszych fragmentach Odwołujący przeszedł do kwestii zmienności warunków zamówienia, która co prawda została poruszona przez Zamawiającego w uzasadnieniu wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki (Zamawiający wskazał, że: „w obecnym postępowaniu nie dokonał istotnych zmian pierwotnych warunków zamówienia, które wpłynęły by na inny krąg wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o udzielenie zamówienia”). Taka przesłanka jest oczywiście znana ustawie Pzp (por. art. 414 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp: „*pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione*”), niemniej jednak nie miała przełożenia w tym przypadku na ocenę dopuszczalności zastosowania trybu z punktu widzenia art. 415 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 414 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Pominięciu, jako niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów, podlegały więc dowody złożone przy odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego na okoliczność potwierdzenia niezmienności warunków technicznych w postaci pisma AU nr wych. 6444/1/AU/24 z dnia 25 marca 2024 r. (załącznik nr 1), pisma nr wch. 10797/1/AU/24 z dnia 17 kwietnia 2024

r. (załącznik nr 2), wyciągu z pisma nr wych. AU/STLot/5949/1/AU/24 z dnia 17 kwietnia 2024 r. (załącznik nr 3) i wyciągu z umowy nr AU/174/IX/2024 z dnia 31 listopada 2024 r. (załącznik nr 7).

Niezależnie od tej okoliczności, należy również zwrócić uwagę, że obrazując zarzucane dokonanie istotnych modyfikacji parametrów, co miało się w ocenie Odwołującego przełożyć też na zawężenie kręgu wykonawców, Odwołujący porównał wybrane wymogi Zamawiającego postawione w poprzednio prowadzonych: przetargu ograniczonym z negocjacjami bez ogłoszenia. Dokonane przez Odwołującego zestawienie nie dotyczy zatem wprost postanowień postępowania prowadzonego w trybie z wolnej ręki, wobec którego wniesione zostało odwołanie, co czyni je spóźnionym. W tym kontekście Izba wskazuje również, że uwagi Odwołującego odnośnie niespełnienia wymogu niezmienności istotnych warunków zamówienia pozwalających na wszczęcie poprzednio prowadzonego przez Zamawiającego postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, choć poczynione jak wskazał Odwołujący marginalnie, należy potraktować jako ewidentnie spóźnione.

Odwołujący następnie podniósł, że nie jest prawdą, że jedyną firmą zdolną zrealizować zamówienie zgodnie z wymogami Zamawiającego jest Safran. Odwołujący w szczególności wskazał, że zainteresowanie udziałem w kolejnej procedurze wyraziła czeska spółka MarS a.s., na dowód czego Odwołujący załączył do odwołania pismo spółki do Zamawiającego z dnia 25 października 2024 r. Jak jednak literalnie wynika z treści pisma spółki, byłaby ona gotowa do realizacji zamówienia w latach 2025-2027, podczas gdy potrzeba realizacji dostaw spadochronów przypadała na lata 2024-2026. Jak jednak zakreśliła spółka MarS a.s., w 2024 r. nie była w stanie podjąć się realizacji ze względu na inne zobowiązania. Stąd też trudno mówić w tym przypadku o wykonawcy zainteresowanym ubieganiem się o zamówienie w momencie udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Odwołujący wskazał też, że sam: „czynił starania w kierunku udziału w kolejnej procedurze i zabiegał o możliwość zaprezentowania rekomendacji co do rzetelnego przygotowania kolejnego przetargu – pismo również w załączeniu”. Tym niemniej z przedstawionego pisma Zamawiającego z dnia 8 października 2024 r. do Odwołującego dotyczącego wniosku o spotkanie z Szefem Agencji Uzbrojenia nie sposób wywieść konkretnych zamiarów Odwołującego. Odwołujący nie dołączył do odwołania treści samego wniosku. Brak jest również dalszego śladu ewentualnej korespondencji, o którą postulował Zamawiający w przedstawionym piśmie. Odwołujący dodał, że: „również na poziomie negocjacji bez ogłoszenia wyrażała chęć uczestnictwa i złożenia dokumentów niemiecka firma Paratec”. Odwołujący na tę okoliczność na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika przedłożył pismo Prezesa Zarządu Paratec GmbH z dnia 12 lutego 2024 r. wraz z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 15 lutego 2024 r. Odwołujący przedłożył również jako dowód na okoliczność, że Paratec GmbH jest w stanie zrealizować zamówienia pismo wraz z tłumaczeniem pismo Prezesa Zarządu Paratec GmbH z dnia 31 stycznia 2025 r. Z pisma z dnia 31 stycznia 2025 r. wynika m. in., że Paratec GmbH był zainteresowany udziałem w trybie negocjacji bez ogłoszenia, niemniej jednak Zamawiający nie zaprosił tej firmy do negocjacji (co potwierdza ww. pismo z 12 lutego 2024 r. i odpowiedź z dnia 15 lutego 2024 r.). Te okoliczności pozostają jednak bez wpływu na ocenę dopuszczalności innego, później prowadzonego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. Natomiast wyrażenie zainteresowania de facto w trakcie postępowania odwoławczego (w dniu 31 stycznia 2025 r.), nie równoznaczne z tym, że wykonawca był zainteresowany ubieganiem się o zamówienie w momencie udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Niezależnie od powyższych uwag należy wskazać, że jedną z alternatywnych przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki wynikająca z art. 415 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jest sytuacja, gdy niecelowe albo niemożliwe jest zwrócenie się do innych wykonawców, a nie sytuacja, gdy tylko jeden podmiot jest zdolny wykonać zamówienie, czy też tylko jeden wykonawca jest nim zainteresowany. Poza tym, co już wyżej zostało przez Izbę ocenione, wystąpienie drugiej z przesłanek opisanych w art. 415 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp – a więc zaistnienie pilnej potrzeby operacyjnej – uprawniało Zamawiającego – przy zachowaniu pozostałych przesłanek z art. 414 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - do wszczęcia, a następnie udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Tym samym, w ocenie składu orzekającego, zarzut nr 1 nie zasługiwał na uwzględnienie.

W konsekwencji uznania, że Zamawiający był uprawniony do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, za niezasadny Izba uznała również **zarzut nr 3**, tj. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezprawne zastosowanie niekonkurencyjnej procedury udzielenia zamówienia pomimo tego, że nie istniały ku temu przesłanki ustawowe, a na rynku właściwym dla przedmiotowego zamówienia istnieją firmy wykonawcze zainteresowane i zdolne do wykonania zamówienia, lecz nie zaproszone do udziału w procedurze.

Wobec oddalenia zarzutów nr 1 i nr 3, sprowadzających się do kwestionowania zasadności zastosowania przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki, rozpoznaniu podlegał, postawiony przez Odwołującego jako ewentualny, **zarzut nr 2**, tj. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Safran, pomimo tego, że nie jest ona zgodna z warunkami zamówienia, w szczególności w zakresie wymogu uprzedniej eksploatacji oferowanego spadochronu przez armię NATO oraz w zakresie parametrów technicznych wskazanych szczegółowo w dalszej części odwołania.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami

zamówienia.

Zgodnie natomiast z art. 213 ust. 1 ustawy Pzp, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. W trybie zamówienia z wolnej ręki wykonawca nie składa więc oferty, lecz prowadzi z zamawiającym negocjacje z jednym wykonawcą, na co słusznie zwrócili też uwagę w swoich pismach procesowych Zamawiający i Przystępujący Safran. Z uwagi na brak w tym trybie instytucji oferty, zastosowania nie znajdują przepisy wprost lub pośrednio odnoszące się właśnie do instytucji oferty. Przykładem przepisu, który wprost koresponduje z „ofertą” i nie ma zastosowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, jest art. 226 ustawy Pzp. Za zachowującym aktualność wyrokiem Izby z dnia 8 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 22/07) należy powtórzyć, że: „Odrzucenie oferty następuje bowiem tylko w przypadku zaistnienia przesłanek enumeratywnie wymienionych w tym przepisie. W przypadku zaś zamówienia z wolnej ręki, a więc trybu, w którym strony negocjują treść umowy, przesłanki odrzucenia oferty nie mają zastosowania”. Za bezprzedmiotowe należy zatem uznać zarzuty Odwołującego co do niezgodności oferty Safran z OPZ w zakresie parametrów spadochronu, takich jak: użytkowanie przez armię państwa NATO, posiadanie prędkości postępowej, wymiarów spadochronu zapasowego, danych co do prędkości opadania oraz co do ograniczeń eksploatacyjnych.

Izba postanowiła pominąć wszystkie dowody przedłożone przez Odwołującego w trakcie rozprawy, które zostały złożone na okoliczność braku spełniania poszczególnych warunków zamówienia przez ofertowany przez Safran spadochron tj. skany/zdjęcia informacji o unieważnieniu postępowania, wyciągów z opisu techniczno-technologicznego, załącznika nr 1 do umowy, kart identyfikacji, wydruki z Agencji Wsparcia i Zamówień NATO. Dzieje się tak, gdyż zostały powołane na okoliczności, które zdaniem Izby nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu odwołania. Jak już bowiem ustalono, w trybie zamówienia z wolnej ręki nie można mówić o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Dodatkowo też, dowody w postaci załącznika nr 1 do umowy, czy te, które przedstawiał Zamawiającemu Safran przed podpisaniem umowy, zostały już stwierdzone innymi dowodami (treścią dokumentacji postępowania), natomiast wydruki z Agencji Wsparcia i Zamówień NATO zostały przedłożone wcześniej w toku postępowania odwoławczego przez samego Przystępującego Safran.

Z tożsamyh względów (brak znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu), pominięciu podlegały dowody złożone przez Przystępującego Safran, tj. wymienione w treści zgłoszenia przystąpienia i załączone do tego pisma: wydruki z Agencji Wsparcia i Zamówień NATO, dokumentacja z Urzędu Lotnictwa Niemieckich Sił Zbrojnych (wraz z tłumaczeniem na język polski), koncesja na wytwarzanie i obrót materiałami wojennymi udzielone Safran przez francuskie Ministerstwo Sił Zbrojnych, Protokół i Orzeczenie z testów, podobnie jak dowody złożone przy odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego w postaci: *Uprawnienia do korzystania (GeNu) na początek i działania szkoleniowe dla Automatyczny system spadochronowy do skoku EPC-B jest przyznawane w reprezentacji*(załącznik nr 4), wydruki z Agencji Wsparcia i Zamówień NATO (załącznik nr 5), pisma Safran z dnia 8 sierpnia 2024 r. (załącznik nr 6) i Protokół i Orzeczenie z testów (załącznik nr 8).

Stąd też zarzut nr 2 podlegał oddaleniu.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

.....

.....