

Sygn. akt: KIO 350/13

WYROK
z dnia 4 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2013 r. przez Costruzioni Aeronautiche TECNAM S.r.l. z siedzibą w Capua, Włochy, w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Wyższą Szkołę Oficerską Sił Powietrznych w Dęblinie;

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Costruzioni Aeronautiche TECNAM S.r.l. w Capua, Włochy i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Costruzioni Aeronautiche TECNAM S.r.l. w Capua, Włochy, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Costruzioni Aeronautiche TECNAM S.r.l. w Capua, Włochy na rzecz Wyższej Szkoły Oficerskiej Sił Powietrznych w Dęblinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Sygn. akt: KIO 350/13

UZASADNIENIE

Zamawiający, Wyższa Szkoła Oficerska Sił Powietrznych w Dęblinie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę samolotów szkolno - treningowych.

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

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 08.02.2013 r. w Dz.Urz. UE Nr 2013/S 028-043507.

W dniu 15.02.2012 r. Costruzioni Aeronautiche TECNAM S.r.l. z siedzibą w Capua, Włochy (zwana dalej „Tecnam”), wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez określenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazuje na konkretny wyrób i tym samym na konkretnego producenta,
2. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego dochodzi do uniemożliwienia Odwołującemu uczestniczenia w postępowaniu i złożenia oferty.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SIWZ w zakresie dotyczącym dokumentu „*Samolot szkolno-treningowy. Opis przedmiotu zamówienia*” stanowiącego załącznik nr 4 do oferty - poprzez zmianę tego załącznika w następującym zakresie:
 - a) pkt 1 Opis samolotu ppkt. 2 SIWZ, poprzez usunięcie wymogu minimalnej mocy samolotu;
 - b) pkt 1 Opis samolotu ppkt. 3 SIWZ, poprzez usunięcie z wymagań dotyczących „*Kabiny załogi oraz minimalnego wymaganego wyposażenia*” zastrzeżeń dotyczących autopilota dwuosioowego oraz bezwładnościowych pasów bezpieczeństwa.
2. nakazanie zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania stwierdzono między innymi, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę samolotów szkolno - treningowych, zawiera szereg postanowień, które w sposób nierówny traktują podmioty ubiegające się o zamówienie publiczne i skutkuje tym, że prowadzone postępowanie uniemożliwi zachowanie uczciwej konkurencji i eliminuje z przetargu określonych wykonawców.

Określenie przez Zamawiającego w SIWZ przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu, powinno odbywać się z uwzględnieniem dyspozycji art. 29 ust. 2 Pzp stanowiącego, że określenie przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji. Natomiast ustalenie warunków udziału w postępowaniu - powiązanych z przedmiotem zamówienia - powinno wypełniać dyspozycję art. 29 ust. 2 Pzp przy uwzględnieniu normy art. 7 Pzp.

Według odwołującego zapisy zaskarżone przez Odwołującego zawarte w SIWZ nie spełniają zasady równego traktowania wykonawców.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający w SIWZ określił w taki sposób wyposażenie, parametry techniczne oraz szczegółowe wymagania co do samolotów szkoleniowych będących przedmiotem zamówienia, że warunki te spełnić może tylko jeden produkt tj. samolot Diamond DA20 Ci. Produkt ten jest produkowany tylko przez jedno

przedsiębiorstwo na świecie. Stało się tak poprzez wskazanie w Załączniku nr 4 do oferty następujących warunków technicznych: minimalnej mocy silnika przewidzianej na 120 KM, obowiązku posiadania autopilota dwuosioowego, bezwładnościowych pasów bezpieczeństwa oraz posiadania certyfikatu EASA. Zgodnie z wiedzą Odwołującego wskazanie minimalnej mocy silnika, wyeliminuje z udziału w postępowaniu przetargowym wszystkie samoloty wyposażone w silniki Rotax, których moc wynosi 98 KM. W konsekwencji tegoż zabiegu hipotetycznie udział w przetargu mogły wziąć tylko trzy statki powietrzne tj.: Cessna 162 Skycatcher, Liberty XL2 oraz Diamond DA20 Ci. Wprowadzając z kolei wymóg posiadania przez samolot certyfikatu EASA, który to wymóg jest zrozumiały i nie jest kwestionowany przez Odwołującego, wyłączono od udziału w przetargu samolot Cessna 162 Skycatcher. Wprowadzając natomiast wymóg posiadania bezwładnościowych pasów bezpieczeństwa oraz autopilota dwuosioowego wyeliminowano samolot Liberty XL2. Tym samym jednym samolotem spełniającym wszystkie wymagania w opisane w załączniku nr 4 zamówienia jest Diamond DA20 Ci.

Wymaga przy tym podkreślenia, iż zawężanie w/w parametrów technicznych nie znajduje żadnego praktycznego uzasadnienia. Moc silnika mogła by mieć znaczenie, gdyby odnosiła się do innej wartości, np. masy startowej samolotu, a nie jako wartość bezwzględna i to tylko jeżeli miałoby to znaczenie dla charakteru planowanych operacji przedmiotowym samolotem, jak np operowanie z krótkich dróg startowych. Jednak bardziej obiektywną wartością byłoby wówczas określenie wymaganej długości startu lub lądowania, nie zaś mocy silnika, nawet odniesionej do masy, bowiem nie tylko one stanowią o osiągnięciach samolotu.

Także wymóg posiadania auto pilota wydaje się być niezasadny wobec wyboru samolotów certyfikowanych do lotów VFR i VFR Noc. Skoro samoloty mają służyć do szkoleń w lotach VFR, trudno znaleźć uzasadnienie do wyposażenia samolotów w urządzenie wyręczające pilota z pilotażu. Jeżeli uzasadnieniem byłoby nauka posługiwania się auto pilotem, powinno się to odbywać na urządzeniach treningowych (symulatorach), bowiem loty VFR wymagają zgodnie z przepisami tradycyjnych metod nawigacji zliczeniowej i z widzialnością. Nauka użytkowania autopilotów jest zwykle wprowadzana w szkoleniach do uprawnień IR na samolotach certyfikowanych do przepisów IFR, które to nakładają wręcz obowiązek wyposażenia samolotu w autopilota.

Za niezasadny należy uznać również wymóg wyposażenia samolotu w pasy bezwładnościowe, bowiem tego rodzaju pasy mają za zadanie zwiększenie komfortu operowania nimi, opłacone mniej skutecznym trzymaniem pilota w fotelu podczas niektórych ewolucji wymaganych w procesie szkolenia, takich jak np nauka metod wyprowadzania z sytuacji abnormalnych (przecignięcie) czy lot w warunkach turbulentnych. Od samolotów treningowych wymaga się przeciwnie pasów zapewniających ściśle przyleganie ciała pilota do fotela w każdych warunkach lotu, czego pasy bezwładnościowe nie zapewniają, jako, że ich funkcją, oprócz wspólnej dla każdego rodzaju pasów zapewnienia bezpieczeństwa w przypadku kolizji, jest zwiększenie komfortu podczas operacji zapinania i wypinania.

Dlatego też wprowadzenie w/w kryteriów zawężających należy pochylić tylko i wyłącznie w kategoriach próby zawężenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do oferty jednego potencjalnego kontrahenta. W związku z powyższym Odwołujący, jako producent samolotów, będących przedmiotem zamówienia, podobnie zresztą jak inni dostawcy, zostaje pozbawiony możliwości złożenia oferty w postępowaniu, bez narażenia się na jej odrzucenie, jako niespełniającej wymagań określonych w SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp).

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz dowody, stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Kwestionowane wymagania SIWZ zostały akuracie przytoczone w treści odwołania, co zostało zreferowane powyżej.

W trakcie wyrokowania, działając na podstawie regulacji art. 190 Pzp, Izba uwzględniła w charakterze dowodów dokumentację zdjęciową załączoną do odpowiedzi na odwołanie, wnioskowaną jako dowód przez zamawiającego, na podstawie której stwierdziła, iż autopilot i pasy bezwładnościowe są stosowane w samolotach produkowanych przez odwołującego (model P2010)

Izba nie uwzględniła i nie oceniła w charakterze dowodów, certyfikatów dla samolotu Liberty XL-2, załączonych do odpowiedzi na odwołanie i wnioskowanych przez zamawiającego w związku z brakiem ich tłumaczenia na język polski.

Izba nie uwzględniła również dowodów wnioskowanych przez zamawiającego, zmierzających do wykazania, że samolot produkowany przez odwołującego (model P2002JF) nie spełnia innych wymagań SIWZ niż kwestionowane przez odwołującego. Powyższe okoliczności nie miałyby znaczenia dla rozpoznania zarzutów naruszenia konkurencji i nierównego traktowania wykonawców stawianych względem opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności nie wpływają na ocenę uprawnienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, do kwestionowania postanowień SIWZ przez jakiegokolwiek wykonawcę. Odwołujący może planować zaoferowanie w niniejszym postępowaniu różnych statków powietrznych, niekoniecznie własnej produkcji.

Nie uwzględniono wniosków dowodowych odwołującego zmierzających do powołania biegłego dla stwierdzenia okoliczności faktycznych, na których zarzuty odwołania się zasadzają. Uznano, iż wniosek powyższy jest nieuzasadniony w związku z faktem, że dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, na które odwołujący się powołuje, nie potrzeba wiadomości specjalnych. Wystarczające byłoby przedstawienie adekwatnych dokumentów i zestawienie faktów, które z nich wynikają. Certyfikaty dla statków powietrznych wydawane przez Europejską Agencję Bezpieczeństwa Lotów (EASA) są jawne i powszechnie dostępne. Odwołujący mógł przedstawić ich zestawienie, czego jednak nie uczynił (dowodów w tym zakresie nie przyjęto w związku z brakiem odpisów dla drugiej strony). Również wnioskowane przez odwołującego zwrócenie się Izby do Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego uznano za zbędne i zmierzające jedynie do przewlekłości postępowania – odwołujący z takim samym skutkiem mógł zwrócić się do ww. organu o przedstawienie zestawienia certyfikatów EASA, poza tym takie zestawienie mógł pozyskać bez pośrednictwa Prezesa ULC w związku z powszechnością dostępu do rzeczonych informacji (zresztą posiadanie takich zestawień na rozprawie odwołujący potwierdził).

Ponadto Izba wskazuje, że nie ma żadnych instrumentów prawnych do zobowiązania jakichkolwiek podmiotów do przedstawiania żądanych przez odwołującego informacji. Przy czym zbędne byłoby gdy żądanie do producentów samolotów ich specyfikacji technicznych, skoro wszystkie elementy, których

odwołanie dotyczy podlegają certyfikacji i ich występowanie lub brak w statku powietrznym można stwierdzić, na podstawie stosownych certyfikatów EASA.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej według art. 179 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów dotyczących ukształtowania w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, należy wskazać na podstawowe regulacje Pzp stanowiącą niejako miernik i punkt odniesienia zarzutów odwołania – mianowicie zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Następnie zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a zgodnie z ust. 1 tego przepisu przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ponadto ust. 3 tego przepisu stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Przy czym przed rozpatrzeniem zarzutów powołać również należy podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego – zasadę swobody umów. Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Dodatkowo zasada swobody umów posiada również aspekt podmiotowy sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce nawiązać stosunki prawne. Co do zasady więc, to strony umowy decydują na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić.

Jak wskazuje ww. przepis, zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. Ograniczenia tego typu wprowadzać będą przepisy samego Kodeksu cywilnego, jak regulacje też Pzp, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji k.c., jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp). Zamówienia publiczne udzielane więc będą wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust 3), postępowania o udzielenie zamówienia przygotowywane i przeprowadzane będą w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1), a w szczególności przedmiot zamówienia nie będzie opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Z ogólnych, w istocie proceduralnych, zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego/przedmiotu zamówienia. Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach jego realizacji, czy innych obowiązkach umownych etc..) lub sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (np. kryteriach oceny ofert, warunkach udziału w postępowaniu, trybie postępowania...).

Pomijając szczegółowe przepisy ustawy określające sposób postępowania zamawiającego w poszczególnych trybach udzielania zamówienia, podstawową materialną miarę i ograniczenie swobodnego kształtowania sposobu realizacji jego potrzeb w postanowieniach specyfikacji (w tym treści umowy i przesądzenia sposobu wyboru odpowiadającego mu wykonawcy) stanowi wskazana wyżej zasada zachowania uczciwej konkurencji. Odnośnie jej interpretacji i stosowania należy zastrzec, że nie istnieje i nie może być postulowana w przepisach jakakolwiek konkurencyjność absolutna, a tym samym dopuszczalność czy niedopuszczalność jej ograniczania na gruncie prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest stopniowalna. Jak w przypadku wielu zasad ogólnych, tak i ta została sformułowana w przepisach w sposób wyraźny, ale też maksymalnie nieostry (w znaczeniu wyrażności i ostrości pojęć przyjmowanym na gruncie logiki formalnej). Oznacza to, iż istnieją przypadki, o których można bez wątpliwości orzec, iż zasadę uczciwej konkurencji naruszają, a także sytuacje, w których naruszenia konkurencji nie występują – ostrej granicy pomiędzy tego typu przypadkami wyznaczyć jednak nie sposób. Nie istnieje więc możliwość wytyczenia doktrynalnych i sztywnych rozgraniczeń, z góry przesądzających o kwalifikacji konkretnych czynności postępowania o udzielenie zamówienia w świetle wypełnienia zasady

zachowania konkurencji (nie można wyznaczyć granic czy stopnia dopuszczalnego ograniczenia konkurencji). Ocenę tego typu należy więc przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji danego postępowania.

Uzasadniając przyjęte wyżej założenie o stopniowalnym charakterze dopuszczalności ograniczeń konkurencji, wskazać należy, iż każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia (szczególnych parametrów, warunków jego realizacji, nałożenie konkretnych obowiązków umownych...etc.), postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu, czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert, prowadzi do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszymi dostaw czy usług, postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych. W szczególności na przykład nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. W każdym z takich przypadków będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi, czy profilem ich oferty, nie będą mogli w ogóle konkurować o uzyskanie zamówienia lub ich szanse uzyskania zamówienia będą relatywnie mniejsze, np. wymagany sposób i zakres jego realizacji będzie dla nich mniej opłacalny lub w ogóle nie do przyjęcia. Tak więc konkurencyjność rozumiana jako umożliwienie jak najszerszego dostępu do zamówienia podmiotom obecnym na rynku, może zostać z różnych względów ograniczona. W skrajnych przypadkach, konieczność dokonania określonych zakupów prowadzi do udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym.

Jak już wskazano, tego typu ograniczenia konkurencji są niejako w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne. Podlegają jednak badaniu i ocenie pod względem dopuszczalności stopnia takiego ograniczenia, jak i ich ogólnej, materialnej zgodności z przepisami.

Reasumując, z jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w SIWZ, z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań specyfikacji (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia, zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń

przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów naruszenia uczciwej konkurencji w zindywidualizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia, odnoszących się do konkretnych postanowień siwz czy ogłoszenia o zamówieniu, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie.

Po pierwsze zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Następnie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Powyższe skorelowane jest z ekonomią i szybkością postępowania przed Izba (art. 188 ust. 1 zd 1)

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie, a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie stwierdzić.

Zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. Modalne sformułowanie hipotezy przepisu nie jest wcale okresem warunkowym tworzącym domniemanie faktyczne lub prawne, jakoby każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, czyli nie następuje tu wcale „automatyczne” przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Jednakże w świetle sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Powyższe znaczące osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane. Innymi słowy, posługując się tu dopuszczalnym uproszczeniem, można sprowadzić powyższe obowiązki dowodowe do

konieczności uprawdopodobnienia przez odwołującego naruszenia konkurencji przez dany opis przedmiotu zamówienia.

Przy czym dla przykładu wskazać można, iż w szczególności dla wykazania możliwości naruszenia konkurencji nie jest wystarczające samo podniesienie, iż dla odwołującego dane warunki realizacji zamówienia są niewygodne lub nawet nie do przyjęcia. Jak wskazano powyżej, fakt, że na rynku występuje wykonawca, który tak opisanego przedmiotu zamówienia nie może wykonać lub dla którego jego realizacja jest utrudniona, niewygodna czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia, jak już wskazano powyżej, niezbędne jest przedstawienie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak kształt i specyfika rynku, którego zamówienie dotyczy, rodzaj i charakter danego ograniczenia konkurencji oraz jego skutki dla potencjalnych wykonawców, a z drugiej strony wykazanie wagi potrzeb zamawiającego, których realizacji dane ograniczenia konkurencji służą. Ponadto postulować należy, iż nawet owe fragmentaryczne dowodzenie powinno odpowiadać ogólnym regułom dowodowym przyjętym dla weryfikacji czy choćby uprawdopodobniania twierdzeń, czyli nie powinno być jedynie deklaratoryjne i gołosłowne.

Dodatkowo wskazać należy, iż w przedmiocie znaczenia zasady swobody umów w systemie prawa cywilnego wielokrotnie w swoich orzeczeniach wypowiadały się sądy powszechne (dla przykładu: wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08, czy wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 września 2008 r., sygn. akt I ACa 544/08). Jakkolwiek większość orzecznictwa w tym kontekście dotyczy poszczególnych postanowień czy warunków umownych, to wskazać tu należy, iż znajduje ono zastosowanie również do przedmiotu umów. Postanowienia umowy, które przewiduje zamawiający w swojej SIWZ, stanowią integralną część warunków zamówienia (w szerszym znaczeniu składają się na opis przedmiotu zamówienia). Albo inaczej: w wymiarze przedmiotowym zasady swobody umów mieści się również opis przedmiotu zamówienia *sensu stricte* – to strony umowy decydują, co ma być jej przedmiotem, co chcą w jej ramach sprzedać lub kupić.

Uwzględniając powyższe uwagi ogólne, a odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący zakwestionował wymaganie trzech, wskazanych elementów opisu zamówienia, jako przesądzających o całkowitym wyłączeniu konkurencji w niniejszym postępowaniu. Wymaganie minimalnej mocy silnika na poziomie 120 KM, pasów bezwładnościowych oraz autopilota dwuosowego w zestawieniu z niekwestionowanym wymaganiem certyfikacji

samolotu przez EASA, prowadzić miało do sytuacji, w której tylko jeden samolot mógł być zaoferowany w ramach niniejszego postępowania – Diamond DA20 C1.

W odniesieniu do powyższego podkreślić należy, iż powyższymi twierdzeniami zamawiający przeczył, a odwołujący nie poparł ich żadnymi dowodami. Usiłował jedynie wyręczyć się w tym zakresie wnioskowaną opinią biegłego. Tymczasem przedstawieniem dowodów wystarczających do wykazania okoliczności, które potwierdziłyby możliwość naruszenia konkurencji, byłoby samo przedstawienie i udokumentowanie charakterystyki kilku, najpopularniejszych małych samolotów obecnych i certyfikowanych na rynku europejskim (np. modeli, które gołosłownie podano i opisano w odwołaniu). W związku z faktem, iż dowód okoliczności negatywnych jest często trudny do przeprowadzenia (zarówno trudno nieistnienie czegokolwiek wykluczyć *a priori*, jak też dowieść powyższego empirycznie), wystarczający jest często w tym zakresie zastosowanie indukcji. Zwłaszcza przy osłabieniu celu dowodowego jakim jest niewątpliwie wykazanie możliwości naruszenia konkurencji, a nie samego naruszenia konkurencji wskazywane w powoływanych przepisach, wystarczające byłoby przedstawienie (udowodnienie) istotnych dla powyższego okoliczności w odniesieniu do reprezentatywnej próbki rynkowej. Przy czym w rozpatrywanej sytuacji możliwy był nawet pełen „negatywny” dowód okoliczności, na które odwołujący się powoływał (czego, jak już wspomniano, Izba wcale nie wymagałaby i czego nie postuluje). Mianowicie w związku z faktem, iż certyfikacja EASA jest powszechnie dostępna i obiektywna, dotyczy zamkniętego zbioru modeli statków powietrznych i ich wyposażenia, możliwe było na jej podstawie wykazanie, że żaden z innych samolotów poza samolotem Diamond DA20 C1 nie spełnia wymagań SIWZ.

Jak już wskazano, żadnych dowodów, zarówno pełnych jak i fragmentarycznych, dla potwierdzenia swoich twierdzeń w tym zakresie, odwołujący nie przedstawił, a zamawiający jego twierdzeniom przeczył. Co prawda twierdzenia zamawiającego w tym przedmiocie również pozostały gołosłowne, np. dotyczące spełniania wszystkich wymagań SIWZ przez samoloty Liberty XL2 lub Cessna 172R (dowodów powoływanych w tym zakresie nie przeprowadzono z powodów wyżej opisanych). Jednakże zgodnie z powoływaną zasadą rozkładu ciężaru dowodu, to na wywodzącym ze swoich twierdzeń skutki prawne odwołującym, spoczywał obowiązek wykazania okoliczności, na które się powoływał (*Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*).

W tym stanie dowodowym sprawy, nie było możliwe stwierdzenie okoliczności głównej, na której zarzut ograniczenia przedmiotowego zamówienia do tylko jednego produktu, się

opiera i zasada. Nie jest wiadomym czy rzeczywiście opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez zamawiającego odpowiada tylko samolotowi Diamond DA20 C1.

Następnie w odniesieniu do kwestionowaniu podstaw do wymagania przez zamawiającego wskazanych parametrów czy elementów wyposażenia jako nieodpowiadających ofercie odwołującego, Izba stwierdza, iż ustalone potrzeby zamawiającego związane z takim określeniem swojego przedmiotu zamówienia, jakkolwiek nie wystarczyłyby do uzasadnienia całkowitego wyłączenia konkurencji w postępowaniu (czyli np. konieczności zakupu tylko jednego, określonego modelu samolotu), to wcale nie są również błahę. Zamawiający ma prawo zakupienia samolotu, który najbardziej odpowiada jego potrzebom i zamierzeniom – nie ograniczając przy tym konkurencji w stopniu nadmiernym (czego w tym przypadku nie wykazano). Zamawiający może więc wymagać samolotu z odpowiednio dynamicznym i wydajnym silnikiem oraz z jak najbogatszym wyposażeniem, zwiększającym bezpieczeństwo czy komfort jego użytkowania. Tym bardziej, iż wyposażenie samolotów w pasy bezwładnościowe (certyfikowane, a więc w pełni gwarantujące bezpieczeństwo pilota, a zwiększające komfort pracy), a także pilota dwuosioowego (certyfikowanego zarówno do lotów VFR i IFR) nie jest poza zasięgiem możliwości producentów samolotów. Jak wynika z dowodów przedstawionych przez zamawiającego, również odwołujący w niektórych modelach przez siebie produkowanych tego typu wyposażenie stosuje.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowań orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....