

Sygn. akt: KIO 1447/19

WYROK

z dnia 13 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 sierpnia 2019 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w **26 lipca 2019 r.** przez wykonawcę **UMO Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 61, 05-220 Zielonka** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **ZBROJOWNIA Sp. z o.o., ul. Stawiskowska 32, 18-421 Piątnica Poduchowna** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawców **Kaliber Sp. z o.o., ul. M. Kolbego 16, 02-781 Warszawa; Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, ul. Grobickiego 23, 26-617 Radom** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie w rozpatrywanym zakresie i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” w rozdziale XIV w zakresie kryterium K3 – „Kompatybilność”, przy czym pozostawiając możliwość wyboru Zamawiającemu co do zmiany:
 - a) albo poprzez usunięcie wskazanego kryterium i skorygowanie wag pozostałych kryteriów (jako czynności najdalej idącej) albo****

b) poprzez usunięcie odniesienia do: „(...) broni wprowadzonej na uzbrojenie Policji decyzją nr 253 Komendanta Głównego Policji z dnia 29 lipca 2016 r. w sprawie ustalenia wzorów i typów uzbrojenia Policji i znajdującej się aktualnie na wyposażeniu funkcjonariuszy. (...)” z uwagi chociażby na uznaniowość wpisu dokonywanego na listę prowadzoną mocą tej decyzji i w konsekwencji dostosowanie opisu kryterium K3 – „Kompatybilność” do nakazanego usunięcia (jako czynność będąca skutkiem ograniczonego zakresu w jakim został rozpatrzony zarzut, podnoszony bowiem w ramach zarzutu aspekt posiadanie przez Zamawiającego zaplecza obsługowo-naprawczego oraz personelu przeszkolonego w zakresie obsługi technicznej i napraw broni był, w ocenie Izby, spóźniony i nie podlegał rozpoznaniu) albo

c) poprzez usunięcie odniesienia do: „(...) broni wprowadzonej na uzbrojenie Policji decyzją nr 253 Komendanta Głównego Policji z dnia 29 lipca 2016 r. w sprawie ustalenia wzorów i typów uzbrojenia Policji i znajdującej się aktualnie na wyposażeniu funkcjonariuszy. (...)” (jak wyżej) i odniesienie opisu kryterium K3 – „Kompatybilność” stricte do cech przedmiotowych np. odnośnie kompatybilności z posiadaną amunicją zgodną z wymogami NATO, C.I.P., SAAMI lub innymi elementami sprzętowymi, chociażby do akcesorii, czy osprzętu takiego jak np. celownik laserowy, oświetlenie taktyczne, wskaźnik lub oświetlenie celu, który jest montowany na szynie montażowej o określonym standardzie, czy też innego elementu, którego posiadanie zwiększy jego walory użytkowe i pozwoli wykorzystać stany magazynowe Zamawiającego. Jednocześnie, w wypadku zmiany opisu kryterium K3 – „Kompatybilność” w sposób wskazany powyżej w sentencji lit. b lub c, Izba nakazuje zmniejszenie wagi tego kryterium poniżej 10% i skorygowanie wag pozostałych kryteriów, uznając w tym zakresie, że Odwołujący w sposób pośredni kwestionował także w odwołaniu wagę tego kryterium, nie tylko sam jego opis. W rezultacie nakazując także zmianę treści ogłoszenia o zamówienia w zakresie zmiany wagi tego kryterium i skorygowania wag pozostałych kryteriów.

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **UMO Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 61, 05-220 Zielonka** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa** na rzecz **UMO Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 61, 05-220 Zielonka** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawa pistoletów samopowtarzalnych kal. 9x19 mm Parabellum”, zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.07.2019 r. pod nr 125-305031 przez Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa zwanym dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 16.07.2019 r. Zamawiający opublikował na swojej platformie elektronicznej (<https://kgpolicia.ezamawiajacy.pl/>) modyfikacje postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”.

W dniu 26.07.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) UMO Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 61, 05-220 Zielonka zwana dalej: „UMO Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” wniosło odwołanie na treść modyfikacji postanowień SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (poprzez platformę elektroniczną - <https://kgpolicia.ezamawiajacy.pl/>). Stwierdził, że wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na - sporządzeniu SIWZ obowiązującej w postępowaniu, w zakresie kryterium oceny ofert „Kompatybilność”, po modyfikacji SIWZ w trybie art. 38 ust 4 Pzp, z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie art. 7 ust 1 Pzp w zw. z art. 91 ust 2 Pzp poprzez określenie kryterium oceny ofert „Kompatybilność” w sposób prowadzący do naruszenia zasady równości oraz uczciwej konkurencji oraz w sposób niepowiązany z przedmiotem zamówienia. Wnosił o nakazanie Zamawiającemu - dokonania zmiany zaskarżonych odwołaniem postanowień SIWZ w sposób zgodny z żądaniami zawartymi w treści odwołania - tj. poprzez ich usunięcie i w konsekwencji skorygowanie wag pozostałych kryteriów przy uwzględnieniu powyższego żądania.

Przedmiot zamówienia obejmuje zgodnie z SIWZ dostawę pistoletów samopowtarzalnych kal. 9x19 mm Parabellum w ilości 4 666 kompletów w ramach zamówienia podstawowego (gwarantowanego) oraz do 1 000 kompletów w ramach zamówienia opcjonalnego. Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w załączniku nr 2 do SIWZ Specyfikacja Techniczna nr 13/U/BLP/KGP/2019. Zgodnie z pierwotnym brzmieniem SIWZ (utrzymanym jedynie w zakresie wag kryteriów w tym nazwy kryteriów)

w celu wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający zamierzał zastosować następujące kryteria oceny ofert i ich znaczenie:

Nazwa kryterium	Kryteria przyznawania punktów	Waga %	Sposób oceny
K1	Cena oferty brutto (zamówienia)	5	Minimalizacja
K2	Okres gwarancji	1	Wg opisu
K3	Kompatybilność	2	Wg opisu
K4	Żywotność	1	Wg opisu
K5	Niezawodność	1	Wg opisu

Jak wynika z powyższego zestawienia, poza kryterium kosztowym, Zamawiający preferuje w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, warunki kontraktowe, takie jak zaoferowany wydłużony w stosunku do podstawowego okres świadczeń gwarancyjnych oraz parametry techniczno-użytkowe w zaoferowanych pistoletów. Odwołujący nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń względem powyższych kryteriów oceny, prowadzących faktycznie do wyboru uzbrojenia o najwyższych, dostępnych na rynku uzbrojenia o przeznaczeniu policyjnym, parametrach. Przedmiotem zarzutu odwołania jest wyłącznie kryterium oceny ofert określone w SIWZ jako „Kompatybilność”. Jak wynika z zestawienia wag kryteriów oceny, znaczenie tego kryterium jest na poziomie takim samym jak suma wag kryteriów odnoszących się wprost do właściwości oferowanej broni (suma kryterium „Żywotność” oraz „Niezawodność”).

W pierwotnym brzmieniu SIWZ w zakresie opisu sposobu oceny ofert w ramach kryterium „Kompatybilność” przewidywany był następujący sposób punktacji ofert: Sposób obliczenia punktów w odniesieniu do kryterium

„K3 - Kompatybilność” - waga 20% (maksymalnie Wykonawca może otrzymać 20 punktów). Z uwagi na chęć unifikacji oraz standaryzacji uzbrojenia Policji, posiadanie przez Zamawiającego zaplecza obsługowo-naprawczego oraz personelu przeszkolonego w zakresie obsługi technicznej i napraw broni, znajdującej się aktualnie na wyposażeniu Policji, Zamawiający przyzna do punktacji Wykonawcy dodatkowe 20 punktów, w przypadku zaoferowania broni wprowadzonej na uzbrojenie Policji w ilości ponad 900 szt.

W wyniku modyfikacji SIWZ jaka została dokonana pismem z 16.07.2019r. Zamawiający dokonał zmiany powyższego opisu i ostateczne, kwestionowane obecnym odwołaniem, brzmienie SIWZ otrzymało następującą postać: Jest:

„K3 - Kompatybilność” - waga 20% (maksymalnie Wykonawca może otrzymać 20 punktów). Z uwagi na chęć unifikacji oraz standaryzacji uzbrojenia Policji, posiadanie przez Zamawiającego zaplecza obsługowo-naprawczego oraz personelu przeszkolonego

w zakresie obsługi technicznej i napraw broni, znajdującej się aktualnie na wyposażeniu Policji, Zamawiający przyzna do punktacji Wykonawcy dodatkowe 20 punktów, w przypadku zaferowania broni wprowadzonej na uzbrojenie Policji decyzją nr 253 Komendanta Głównego Policji z dnia 20 lipca 2016 r. w sprawie ustalenia wzorów i typów uzbrojenia Policji i znajdującej się aktualnie na wyposażeniu funkcjonariuszy

Zarówno Dyrektywy Wspólnotowe (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm. - dalej jako „Dyrektywa” jak i przepisy ustawy Pzp wskazują na obligatoryjny ścisły związek kryterium oceny ofert z przedmiotem zamówienia. Zgodnie z Dyrektywą - Artykuł 67 Kryteria udzielenia zamówienia - instytucje zamawiające opierają udzielanie zamówień publicznych na ofercie najkorzystniejszej ekonomicznie. Z kolei kryteria związane z przedmiotem danego zamówienia publicznego mogą np. obejmować jakość, w tym wartość techniczną, właściwości estetyczne i funkcjonalne, dostępność, projektowanie dla wszystkich użytkowników, cechy społeczne, środowiskowe i innowacyjne, handel i jego warunki.

Zgodnie z ustawą Pzp - art. 91 ust 2 Pzp:

2. Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne (...)

6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

Przywołał stanowisko doktryny - Kołecki Mikołaj, Nowicki Józef Edmund, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV: *„Kryteriami odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia będą kryteria dotyczące właściwości zamówienia (parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia), warunków realizacji zamówienia (serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak: termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji), dostępności przedmiotu zamówienia dla osób niepełnosprawnych, uwzględniania potrzeb użytkowników, a także udziału osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli ich kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.”*. Podobnie: Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany: *„Wybór kryteriów nie może być więc dowolny i zależny od nieograniczonego uznania podmiotu zamawiającego. Muszą one mieć charakter obiektywny, nienaruszający zasady równego traktowania wszystkich wykonawców”*. Wskazał na orzecznictwo KIO, tj.

wyrok KIO z 28.08.2018 r., sygn. akt: KIO 1611/18, wyrok KIO z 29.06.2016 r., sygn. akt: KIO 1029/16, czy też wyrok KIO z 28.08.2018 r., sygn. akt: KIO 1611/18.

Zarówno pierwotnie opisane w SIWZ kryterium jak i kryterium po zmianie nie jest w ocenie Odwołującego kryterium odnoszącym się do przedmiotu samego aktualnego postępowania, bowiem ten obejmuje dostawy nowej broni, a tymczasem preferencja Zamawiającego dotyczy oferowania sprzętu wcześniej już dostarczonego do Zamawiającego a precyzyjniej: „ (...)broni wprowadzonej na uzbrojenie Policji decyzją nr 253 Komendanta Głównego Policji z dnia 29 lipca 2016 r. w sprawie ustalenia wzorów i typów uzbrojenia Policji i znajdującej się aktualnie na wyposażeniu funkcjonariuszy. (...)”

W ocenie Odwołującego aktualne kryterium ma charakter w oczywisty sposób naruszającego zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 7 Pzp - tj. zasady równości oraz uczciwej konkurencji, preferując de facto dotychczasowych dostawców pistoletów samopowtarzalnych do Zamawiającego, co wskazuje na podmiotowy charakter tego kryterium oceny ofert, których stosowania zakazuje wprost art. 91 ust. 2 Pzp.

Podniósł, że jak wskazuje art. 91 ust. 2c Pzp kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą dostaw, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, tymczasem powyższe kryterium wprost dotyczy uprzednich zrealizowanych na rzecz Zamawiającego dostaw. W ocenie Wykonawcy kryterium to nie jest związane z przedmiotem aktualnego zamówienia, podczas gdy takiego właśnie charakteru kryteriów wymaga. Zgodnie z definicją słownikową pojęcia „kompatybilny” (Słownik Języka Polskiego PWN) oznacza ono - „odpowiadający czemuś lub przystosowany do czegoś pod każdym względem”.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wyartykułował swoje wymagania odnoszące się do przedmiotu zamówienia w sposób jasny i wyczerpujący w treści Specyfikacji technicznej pistoletów Załącznik nr 2 do SIWZ. To w tym dokumencie Zamawiający określił wymagania jakie stawia wobec oferowanych przez Wykonawców pistoletów. Parametry te Odwołujący uznaje za faktyczny opis potrzeb i wymagań Zamawiającego określony w sposób umożliwiający dokonanie wyceny i złożenie oferty w postępowaniu. Tymczasem wskutek zastosowania kwestionowanego kryterium oceny ofert, w sposób pomijający cechy i parametry techniczne oraz użytkowe zamawianej broni, Zamawiający preferuje, w dodatku w sposób nieuzasadniony, broń już posiadaną przez Policję, co istotne posiadaną w dowolnej, nawet marginalnej ilości.

Już sam opis kryterium zawarty w treści SIWZ wskazuje na asekuracyjne uzasadnienie dla zastosowania kryterium, zgodnie z SIWZ ma być ono uzasadnione następującymi względami:

- chęć unifikacji broni posiadanej przez Policję,
- standaryzacji uzbrojenia Policji,
- posiadanie przez Zamawiającego zaplecza obsługowo-naprawczego,
- personelu przeszkolonego w zakresie obsługi technicznej i napraw broni.

Odnosząc się do poszczególnych elementów uzasadnienia zastosowania kryterium oceny ofert zawartych w SIWZ:

a) unifikacja

Definicja słownikowa określenia „unifikacja” wskazuje że dotyczy ujednoczenia czegoś, sprowadzenia do jednej postaci lub do jednej normy; scalenie różnych elementów w jedną całość; zintegrowanie, zjednoczenie. Pierwotnie Zamawiający punktował w ramach tego kryterium na poziomie 20 pkt uprzednie dostawy do Zamawiającego na poziomie co najmniej 900 szt. (przedmiot zamówienia z opcjami liczy sobie 5666 szt. (z opcją 1000 szt.) a ilość ta miała się zunifikować - czy raczej preferowana była unifikacja, z bronią posiadaną już w ilości min. 900 sztuk. Po zmianie kryterium sytuacja stała się jeszcze bardziej oczywista, pod pozorem unifikacji w stosunku do posiadanego uzbrojenia, Zamawiający zamierza przyznawać dodatkowe punkty z tytułu samego faktu wpisania konkretnej broni na listę zawartą w decyzji nr 253 Komendanta Głównego Policji. Tym samym punktacja oparta jest na samym fakcie wpisania określonego typu/modelu na listę i w zupełności abstrahuje od ilości posiadanego przez Zamawiającego sprzętu wpisanego na listę. Punktacja ma charakter zautomatyzowany - sprzęt jest wpisany na listę= 20 pkt. Zatem nawet w przypadku gdy broń która znajduje się na liście, jest bronią posiadaną w symbolicznych ilościach, wykonawca taką broń oferujący uzyska dodatkowe punkty w ramach kryterium oceny ofert, co nie ma nic wspólnego z procesem unifikacji.

b) standaryzacja uzbrojenia.

Analogicznie do powyższych wniosków, trudno uznać za standaryzację sytuację gdy wpisana na listę broń jest w zdecydowanie mniejszej ilości [marginalnej) niż przedmiot aktualnego zamówienia. Nie stanowi kryterium wpisu na listę powołanej Decyzji ilość posiadanego sprzętu. Na takiej zasadzie i kierując się takim uzasadnieniem posiadając 1 sztukę broni która jest użytkowana przez funkcjonariuszy i wpisana na listę, wykonawca taką broń oferujący w przetargu uzyskuje w kryterium 20 pkt. Można podsumować ten argument stwierdzeniem, że z uwagi na skalę aktualnego zakupu to on wyznaczy standard uzbrojenia policji.

c) posiadanie przez Zamawiającego zaplecza obsługowo-naprawczego.

Zwrócić należy uwagę na fakt, że już posiadane aktualnie przez Zamawiającego zaplecze obsługowo - naprawcze zasadniczo pozwoli na utrzymanie, serwisowanie oraz naprawy zarówno asortymentu już posiadanego przez Zamawiającego jak i aktualnie

zamawianego. W przypadku materiałów eksploatacyjnych jak i części zamiennych do zamawianej broni będą one musiały być kupowane przez Zamawiającego na tych samych zasadach jak w przypadku posiadanej aktualnie broni i to bez względu na to jaka broń zostanie Zamawiającemu dostarczona. Tym samym argument powyższy nie uzasadnia zastosowanej punktacji w kryterium oceny ofert.

Dodatkowo, zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SIWZ „*pistolet musi charakteryzować się wysoką niezawodnością, odpornością na intensywne użytkowanie w trudnych warunkach oraz nieskomplikowaną i łatwą w obsłudze konstrukcją*”. Wskazał na długotrwały okres świadczeń gwarancyjnych zarówno w zakresie wymaganym - aż 10 lat jak i ewentualnie dodatkowo punktowanym w ramach kryterium okres gwarancji:

Sposób obliczenia punktów w odniesieniu do kryterium: „K2 - Okres gwarancji na oferowany przedmiot zamówienia” - waga 10% (maksymalnie Wykonawca może otrzymać 10 punktów).

- okres gwarancji 10 lat - 0,0 pkt.,
- okres gwarancji 11 lat - 2,5 pkt.,
- okres gwarancji 12 lat - 5,0 pkt.,
- okres gwarancji 13 lat - 7,5 pkt.,
- okres gwarancji 14 lat - 10,0 pkt. W ten sposób Zamawiający zabezpiecza się w zakresie trwałości i kosztów obsługi serwisowo-gwarancyjnej.

d) posiadanie personelu przeszkolonego w zakresie obsługi technicznej i napraw broni.

W zakresie szkolenia w zakresie obsługi technicznej i napraw broni - zgodnie z SIWZ, bez względu na to jaka broń (czy już posiadana przez Zamawiającego i znajdująca się na liście czy też nie) zostanie zaoferowana - Zamawiający wymaga aby Wykonawca zamówienia przeprowadził szkolenie mechaników dla maksymalnie 80 osób, w zakresie napraw warsztatowych broni. Tym samym taki sam proces szkolenia techników będzie dotyczył każdego z wykonawców, który uzyska zamówienie i każdego z zaoferowanych produktów. W szczególności, nie będzie zwolniony z przeprowadzenia takiego szkolenia także wykonawca, który zaoferuje posiadany już przez Zamawiającego asortyment. Na marginesie można dodać, że budowa i konstrukcja wymagana przez Zamawiającego w SIWZ oferowanego pistoletu powoduje, że proces obsługi techniczno-warsztatowej każdego z wchodzących w grę pistoletów jest na bardzo zbliżonym poziomie. W zakresie szkoleń strzeleckich samych funkcjonariuszy, z uwagi na rodzaj wymaganej konstrukcji i jej zunifikowane bez względu na oferowany model broni i jej producenta, obsługa broni nie różni się istotnie i nie powoduje dodatkowych nieuzasadnionych kosztów w przypadku dostawy nowego modelu broni. Wskazał także, że z uwagi na wymóg wyposażenia pistoletu w szynę

montażową - dla akcesoriów (oświetlenie taktyczne, wskaźnik laserowy itp.) z systemem mocowania wg. standardu Picatinny MIL-STD-1913, odnośnie wskazanych akcesoriów do broni, mogą być montowane i używane do oferowanej w przetargu broni akcesoria uniwersalne - tj. bez względu na ich producenta. Tym samym zakup odmiennego pistoletu niż posiadane aktualnie, nie spowoduje, że akcesoria od już posiadanej broni nie będą mogły być używane z nowymi pistoletami. Podkreślił, że z uwagi na charakter powyższego parametru jako kryterium oceny ofert, stanowi ono jedynie wyraz preferencji Zamawiającego, innymi słowy Zamawiający liczy się i godzi z tym, że zostanie zaoferowany asortyment, który nie był wcześniej dostarczony i nie znajduje się na liście, a mimo to akceptuje taką sytuację. Tym samym nie ulega wątpliwości, że kryterium to w swoim skutku nie prowadzi do założonego efektu. Wskazał, że mamy do czynienia z bardzo dużym jednostkowym zakupem asortymentu dla Policji, która z pewnością chciałaby użytkować z jednej strony sprzęt nowoczesny i o najwyższych dostępnych parametrach, a z drugiej, preferuje jednak rozwiązania które takimi nie są, bowiem za zaoferowanie właśnie takie sprzętu można uzyskać maksymalną dostępną punktację. W realiach postępowania można wręcz stwierdzić, że Zamawiający zamiast otwierać się na nowe technologie i nowe produkty możliwości, w sposób zupełnie nieuzasadniony zamyka się na nie. Podkreślił, że analizując ceny rynkowe asortymentu będącego przedmiotem zamówienia, ceny tej klasy broni są zbliżone. Tym samym preferencja zawarta w kryterium oceny ofert powoduje, że udział w postępowaniu i realne konkurowanie ze sprzętem spełniającym wymagania i kryteria techniczne nawet w maksymalny premiovany w pozostałych kryteriach sposób, jednak nie stosowanym uprzednio w Policji w dowolnej ilości, jest działaniem bezcelowym i pozbawionym ekonomicznego uzasadnienia. Odnosząc się do określonego w SIWZ uzasadnienia zastosowania kryterium, w ocenie Wykonawcy, uzasadnienie to jest pozorne a w rzeczywistości jedynym jego uzasadnieniem jest preferowanie dotychczasowych wykonawców i dostarczonego przez nich asortymentu. Wskazał ponadto, że przedmiot zamówienia obejmuje ukończenie zawierające m.in. magazynek - 2 szt., zestaw do czyszczenia i konserwacji [co najmniej: wycior, szczoteczka) 1 szt., pudełko transportowe. Dodatkowo broń jest użytkowana z zastosowaniem standardowej amunicji posiadanej przez Zamawiającego [9x19 mm Parabellum), stąd zmiana produktu nie powoduje bezużyteczności zastosowania posiadanych stanów magazynowych amunicji czy jej zamienności i możliwości wykorzystania w posiadanych już pistoletach.

Odnośnie decyzja nr 253 Komendanta Głównego Policji z dnia 29 lipca 2016 r. w sprawie ustalenia wzorów i typów uzbrojenia Policji. Stwierdził, że jak wynika ze zmodyfikowanego brzmienia opisu kryterium, podstawą uzyskania dodatkowej punktacji ma być sam fakt wpisania oferowanej w przetargu broni na listę stanowiącą załącznik do Decyzji

Komendanta. Odnosnie samej listy i wpisu na nią określonego uzbrojenia, sama Decyzja nr 253 Komendanta Głównego Policji z dnia 20 lipca 2016 r. w sprawie ustalenia wzorów i typów uzbrojenia Policji ze zmianami, została wydana na podstawie § 2 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 28 listopada 2014 r. w sprawie uzbrojenia Policji (Dz. U. poz. 1738). Wskazane Rozporządzenie z kolei zostało wydane na podstawie art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji. Rozporządzenie wskazuje, że: § 1. Na uzbrojenie Policji składają się: 1) broń palna bojowa: pistolety; rewolwery, strzelby, pistolety maszynowe, karabinki, karabiny, karabiny maszynowe, granatniki; zaś zgodnie z § 2 tego Rozporządzenia - wzory i typy uzbrojenia, o którym mowa w § 1 pkt 1-ustala Komendant Główny Policji. Z kolei zgodnie z art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 161, 125, 1091) Minister właściwy do spraw wewnętrznych określa, w drodze rozporządzenia: uzbrojenie Policji. Stwierdził, że nie ulega w świetle powyższe jak również w świetle faktu, że wpis na listę to jedynie podstawa do uzyskania punktacji w ramach kryterium oceny ofert, nie warunkuje możliwości użytkowania broni przez funkcjonariuszy. W szczególności, występuje na stanie uzbrojenia funkcjonariuszy Policji broń, która nie jest wymieniona na liście jak również przypadki, gdy broń jest na liście, ale nie jest użytkowana. Jak pokazuje przypadek jednej z ostatnich zmian na liście - Decyzją Nr 349 z dnia 13 listopada 2018 r. zmieniająca decyzję w sprawie ustalenia wzorów i typów uzbrojenia Policji dodano nowy pistolet: *"12) REX Zerol - we wszystkich odmianach."* Powyższe było konsekwencją rozstrzygniętego w 2018r. przetargu na dostawy pistoletów w wyniku którego dokonano zakupu tej właśnie broni. Co istotne przy części pozycji z listy występuje dopisek - *we wszystkich odmianach* - zatem nie jest istotne o jaką odmianę sprzętu chodzi.

Z kolei jak wynika z samego faktu, że Zamawiający pierwotnie w przedmiotowym przetargu w ogóle nie powoływał się na Decyzję i ani nie warunkował złożenia oferty od tego aby pistolety znajdowały się na liście - to czy broń na liście znajduje się czy też nie w fazie przetargu (ani później) nie ma znaczenia dla możliwości jego eksploatacji w służbie policji.

Konsekwentnie w odniesieniu do kryterium oceny ofert po modyfikacji, Zamawiający dopuszcza także broń, która na liście się nie znajduje.

Dodatkowo zwrócił uwagę na fakt, że powołane przepisy ani nie określają podstawy do wpisu na listę ani nie warunkują użytkowania broni od wpisu ani też nie wskazują wprost, że sam fakt wpisu musi mieć związek z faktem posiadania/czy też zamiaru posiadania określonego typu broni. Podsumowując, mając powyższe na względzie, uznał, że wpis na listę określonej broni wraz z faktem użytkowania wpisanej na listę broni (w dowolnej ilości) nie powinien być podstawą preferencyjnego traktowania w procedurze przetargowej, w dodatku przetargu nieograniczonym. Sam fakt tego, że na dzień dzisiejszy lista obejmuje

12 pozycji nie oznacza, że jest podstawą do uznania, że mamy do czynienia z konkurencyjnością, jaki jest bowiem powód nie uzyskania tak znacznej (w naszej ocenie przesądzającej o wyniku postępowania) punktacji w zakresie kryterium sprzętu poza listą, a który spełnia wszystkie wymagania SIWZ, w tym wszystkie wymagania techniczno-jakościowe.

W ocenie Odwołującego, kryterium kwestionowane powyżej jako naruszające wprost Pzp, winno być z SIWZ usunięte, tylko bowiem w ten sposób przywrócona zostanie zgodność postępowania z wymaganiami uczciwej konkurencji, a dodatkowo, tylko w taki sposób Zamawiający dokona w postępowaniu czynności wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 lit a) Pzp zgodnie z którym - najkorzystniejsza oferta - to oferta która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się przedmiotu do zamówienia publicznego. Jak wskazuje opinia prawna Prezesa UZP: *"Kryteria oceny ofert a warunki udziału w postępowaniu w kontekście wymagania przez zamawiającego od wykonawców określonego doświadczenia"* podkreślenia wymaga, iż zgodnie z art 91 ust 2 Pzp określone przez zamawiającego kryteria oceny ofert winny odnosić się do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż Zamawiający nie może stosować dowolnych kryteriów oceny ofert, lecz tylko takie, które dotyczą oferowanej usługi, dostawy lub roboty budowlanej. Na marginesie wskazał, że sytuacja dotycząca kwestionowanego, zmodyfikowanego kryterium, przypomina poszukiwanie przez Zamawiającego właściwego narzędzia dla uzasadnienia powodu punktacji, a nie wynika z uzasadnionych obiektywnych przyczyn.

Zamawiający w dniu 29.07.2019 r. wezwał (e-miałem oraz na platformie elektronicznej - <https://kgpolicia.ezamawiajacy.pl/>) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 29.07.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) – ZBROJOWNIA Sp. z o.o., ul. Stawiskowska 32, 18-421 Piątnica zwana dalej: *„ZBROJOWNIA Sp. z o.o.”* albo *„Przystępującym”* zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Niewątpliwie Zbrojownia Sp. z o.o. ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia korzystnego dla UMO Sp. z o.o., gdyż w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów Pzp, interes Zbrojownia Sp. z o.o. doznaje uszczerbku, bowiem w szczególności naruszający zasady udzielenia zamówienia publicznego sposób określania przez zamawiającego

kwestionowanego kryterium oceny ofert, utrudnia Zbrojownia Sp. z o.o. z naruszeniem Pzp, możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i w praktyce powoduje, że złożenie w nim oferty jest czynnością nieuzasadnioną ekonomicznie. Broń jaką zamierza zaoferować Zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu Zbrojownia Sp. z o.o., spełnia wszystkie wymagania graniczne jak również pozwala na uzyskanie maksymalnej punktacji w ramach pozostałych przedmiotowych kryteriów oceny ofert, a wyłączenie w skutek zastosowania przez zamawiającego powołanego kryterium oceny ofert, a wyłącznie w skutek zastosowania przez Zamawiającego powołanego kryterium, pozbawiony jest realnej możliwości konkurencyjności w postępowaniu w celu uzyskania zamówienia, bowiem pomimo możliwości uzyskania punktacji w ramach wszystkich kryteriów poza cenowych, Wykonawca nie zniweluje zaoferowaną ceną asortyment, różnicy pomiędzy ofertami wynikającej z kryterium kompatybilności.

W dniu 31.07.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) – Kaliber Sp. z o.o., ul. M. Kolbego 16, 02-781 Warszawa zwana dalej: „Kaliber Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zamawiający wskazał w SIWZ kryteria przyznawania punktów w sposób zgodny z przepisami prawa, wyczerpująco przedstawiając ich znaczenie, w szczególności w zakresie kryterium „Kompatybilności”. Zamawiający dokonał zmiany opisu kryterium „Kompatybilności” w celu wyeliminowania wątpliwości z tym związanych, które mogły powstać przy pierwszym opisie tego kryterium. Niewątpliwie istotne jest, aby Zamawiający dążył do unifikacji broni posiadanej przez Policję. SIWZ przedmiotowego przetargu preferuje swoimi wymaganiami pistolet nowoczesny, ergonomiczny i bezpieczny, Wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, Zamawiający nie pomija cech i parametrów technicznych i użytkowych zamawianej broni, ani nie preferuje broni już posiadanej przez Policję. Zamieszczona w kryteriach oceny „Kompatybilność” w połączeniu z wymogami SIWZ w zakresie specyfikacji technicznej preferuje zakup nowoczesnej broni na wzór broni używanej w Policji przez ponad 80 % personelu wg informacji zamieszczonej na stronie: www.info.policja.pl. Zamawiający zasadnie wskazuje, że kryterium „Kompatybilności” ma znaczenie dla następnych zakupów broni nie tylko ze względu na specyfikację techniczną broni, ale także ze względów ekonomicznych. Policja posiada odpowiednie zaplecze obsługowo - naprawcze i posiada personel przeszkolony w zakresie obsługi technicznej i napraw broni. Ze względu na powyższe zasadne jest wprowadzenie kryterium, które pozwoli wykorzystać ten potencjał. Ponadto, wbrew temu, co sugeruje Odwołujący, Zamawiający wprowadził jednoznaczne zapisy odnośnie broni znajdującej się aktualnie na wyposażeniu Policji, wskazując na

decyzję nr 253 Komendanta Głównego Policji z dnia 20 lipca 2016 r. w sprawie ustalenia wzorów i typów uzbrojenia Policji. Trudno w tej sytuacji uznać, że Odwołujący się ma problem z ustaleniem, jakie wzory i typy uzbrojenia znajdują się aktualnie na wyposażeniu Policji i w związku z tym ma wątpliwości co do tego, jaki wzór i tym broni ma zaoferować, aby była ona zgodna z bronią znajdującą się aktualnie na wyposażeniu Policji. Kryterium „Kompatybilności” nie narusza zasady równości i konkurencyjności, nie daje też podstawy do preferencyjnego traktowania w procedurze przetargowej. Zamawiający ustalił obiektywne kryteria, które odnoszą się do wszystkich oferentów w taki sam sposób. Nie można czynić zasadnego zarzutu w zakresie kryterium „Kompatybilności”, skoro obiektywnie kryterium to może spełnić każdy oferent, w tym Odwołujący. Uwzględniając okoliczność, że Zamawiający oczekuje dostawy broni nowoczesnej (od wielu lat konstrukcja broni i jej technika oraz technologia produkcji broni i ergonomia tej broni, szczególnie pistoletów, nie uległy zasadniczej zmianie) i bez naruszenia zasad określonych w Pzp wskazał kryteria, jakimi będzie się kierował przy wyborze oferty, nie można uznać, że Zamawiający przy sformułowaniu kryteriów przyznawania punktów w zakresie kryterium „Kompatybilności” dopuścił się naruszenia art. 7 Pzp czy art. 91 Pzp.

W dniu 01.08.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) – Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, ul. Grobickiego 23, 26-617 Radom zwana dalej: „Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W pierwszej kolejności Przystępujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 182 ust. 2 pkt 1) Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Terminy do wniesienia odwołania w postępowaniu odwoławczym, zastrzeżone w art. 182 PZP mają zatem charakter terminów zawitych, co oznacza, że w przypadku ich przekroczenia nie podlegają one przywróceniu (przedłużeniu). Dochowanie terminu przy wnoszeniu odwołania podlega badaniu z urzędu przez skład orzekający KIO. Wniesienie odwołania po upływie terminu, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, skutkuje odrzuceniem odwołania. W realiach niniejszej sprawy Odwołujący w dniu 26.07.2019 r. wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na: sporządzeniu

SIWZ obowiązującej w postępowaniu, w zakresie kryterium oceny ofert „Kompatybilność”, po modyfikacji SIWZ w trybie art. 38 ust. 4 Pzp. Abstrahując od faktu, że Odwołujący w treści swojego odwołania nie wskazał żadnej czynności, której w niniejszym postępowaniu zaniechał Zamawiający (a więc w tym zakresie odwołanie należy uznać za całkowicie bezprzedmiotowe), to jednocześnie wskazał czynność, która w jego ocenie naruszyła przepisy Ustawy tj. wskazał na (rzekome) „sporządzenie SIWZ obowiązującej w Postępowaniu, w zakresie kryterium oceny ofert „Kompatybilność”, po modyfikacji SIWZ w trybie art. 38 ust. 4 Pzp, z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych. Odwołujący wyraźnie więc wskazał w treści swojego odwołania, że tą czynnością, niezgodną rzekomo z zasadami udzielania zamówień publicznych jest sporządzenie SIWZ obowiązującej w postępowaniu, w zakresie kryterium oceny ofert „Kompatybilność”, a nie modyfikacja przedmiotowego kryterium dokonana przez Zamawiającego w dniu 16.07.2019 r. Potwierdza to nie tylko literalne brzmienie sformułowanej czynności, w stosunku do której zostało złożone odwołanie, ale także zarzuty odwołania oraz jego wnioski. Wskazał, że w treści odwołania zostało zarzucone Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 Pzp poprzez „określenie kryterium oceny ofert „Kompatybilność” w sposób prowadzący do naruszenia zasady równości oraz uczciwej konkurencji oraz w sposób niepowiązany z przedmiotem zamówienia”. Znamienne jest przy tym to, że Odwołujący zredagował swój zarzut w sposób identyczny, jak w treści odwołania wniesionego w dniu 12.07.2019 r., co tylko potwierdza, że kwestionuje pierwotne postanowienia specyfikacji i kryterium „Kompatybilność”, jako całość, a nie dokonaną w dniu 16.07.2019 r. modyfikację SIWZ. Ponadto, nie wskazał na naruszenie przepisów Pzp (art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 Pzp) poprzez zmodyfikowanie kryterium „Kompatybilność”, o ile modyfikacja ta prowadzić mogła do naruszenia zasady równości oraz uczciwej konkurencji, a po raz kolejny (tak jak w treści odwołania z 12.07.2019 r.) nawiązał do przyjętego pierwotnie kryterium i jego uzasadnienia. Na to, że Odwołujący we wniesionym w dniu 26.07.2019 r. odwołaniu kwestionuje pierwotne postanowienia specyfikacji i kryterium „Kompatybilność”, jako całość, a nie dokonaną w dniu 16.07.2019 r. modyfikację SIWZ, wskazuje m.in.:

- fakt powielenia (przekopiowania w zasadzie) zdecydowanej większości argumentacji dotyczącej zasadności samego zastrzeżenia w SIWZ kryterium oceny ofert „Kompatybilność”,
- stanowisko Odwołującego, że „przedmiotem zarzutu odwołania jest wyłącznie kryterium oceny ofert określone w SIWZ jako „Kompatybilność” - *vide: uzasadnienie odwołania z dnia 26 lipca 2019 r. str. 5*, a więc kryterium jako całość, a nie jego modyfikacja (I),
- stanowisko Odwołującego, że „w wyniku modyfikacji SIWZ jaka została dokonana pismem z 16.07.2019 r. Zamawiający dokonał zmiany powyższego opisu i ostatecznie,

kwestionowane obecnym odwołaniem, brzmienie SIWZ [a nie brzmienie jedynie w zmodyfikowanej części specyfikacji - przyp. autora] otrzymało następującą postać:..." - *vide: uzasadnienie odwołania z dnia 26 lipca 2019 r. str. 5,*

- stanowisko Odwołującego, że „zarówno pierwotnie opisane w SIWZ kryterium jak i kryterium po zmianie nie jest w ocenie Odwołującego kryterium odnoszącym się do przedmiotu samego aktualnego postępowania, bowiem ten obejmuje dostawy nowej broni, a tymczasem preferencja Zamawiającego dotyczy oferowania sprzętu wcześniej już dostarczonego do Zamawiającego" - *vide: uzasadnienie odwołania z dnia 26 lipca 2019 r. strona 8,* a przecież punktacja za „zaoferowanie broni wprowadzonej już na uzbrojenie Policji" była już w pierwotnym brzmieniu specyfikacji i nie została zmodyfikowana przez Zamawiającego. Dlatego nie sposób przyjąć odmiennego stanowiska, aniżeli to, że argumentacja i sformułowane przez Odwołującego zarzuty odwołania, nie nawiązują ani bezpośrednio, ani nawet pośrednio do dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji kryterium, a ponownie (tak, jak w treści odwołania z 12.07.2019 r.) zmierzają do zakwestionowania ujętego pierwotnie w treści SIWZ punktowania w ramach kryterium „Kompatybilność" broni wprowadzonej już na uzbrojenie Policji oraz wskazanej przez Zamawiającego potrzeby unifikacji posiadanej broni, standaryzacji uzbrojenia Policji, posiadania przez Zamawiającego zaplecza obsługowo - naprawczego czy personelu przeszkolonego w zakresie obsługi technicznej i napraw broni (a to było już kwestionowane w ramach uprzednio wniesionego odwołania, które zostało cofnięte przez Odwołującego w całości, co oznacza, że na obecnym etapie nie tylko nie może on kwestionować przyjętego przez Zamawiającego kryterium „Kompatybilność", ale także nie może powoływać się na rzekomą sprzeczność tego postanowienia z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 Pzp). Nie można także zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że pierwotne brzmienie SIWZ utrzymane zostało jedynie w zakresie wag kryteriów, w tym nazwy kryteriów, bowiem już z samego porównania brzmienia spornego kryterium sprzed i po modyfikacji wynikają wnioski wprost przeciwne: Brzmienie kryterium „Kompatybilność" sprzed modyfikacji:

„K3 - Kompatybilność" - waga 20% (maksymalnie Wykonawca może otrzymać 20 punktów). Z uwagi na chęć unifikacji oraz standaryzacji uzbrojenia w Policji, posiadanie przez Zamawiającego zaplecza obsługowo - naprawczego oraz personelu przeszkolonego w zakresie obsługi technicznej i napraw broni, znajdującej się aktualnie na wyposażeniu Policji, Zamawiający przyzna do punktacji Wykonawcy dodatkowe 20 punktów, w przypadku zaoferowania broni wprowadzonej na uzbrojenie Policji w ilości 900 sztuk.

Brzmienie kryterium „Kompatybilność" po modyfikacji:

„K3 - Kompatybilność" - waga 20% (maksymalnie Wykonawca może otrzymać 20 punktów)

Z uwagi na chęć unifikacji oraz standaryzacji uzbrojenia w Policji, posiadanie przez Zamawiającego zaplecza obsługowo - naprawczego oraz personelu przeszkolonego w zakresie obsługi technicznej i napraw broni, znajdującej się aktualnie na wyposażeniu Policji, Zamawiający przyzna do punktacji Wykonawcy dodatkowe 20 punktów, w przypadku zaferowania broni wprowadzonej na uzbrojenie Policji decyzją nr 253 Komendanta Głównego Policji z dnia 20 lipca 2016 r. w sprawie ustalenia wzorów i typów uzbrojenia Policji i znajdującej się aktualnie na wyposażeniu funkcjonariuszy.

Zarówno zatem sam fakt, że w ramach kryterium „Kompatybilność” punktowane będzie zaferowanie broni wprowadzonej już na uzbrojenie Policji, jak również waga tego kryterium i uzasadnienie dla jego wprowadzenia w Postępowaniu pozostały bez zmian, a zmianie uległa jedynie „podstawa” wprowadzenia broni na uzbrojenie, poprzez dodatnie decyzji nr 253 Komendanta Głównego Policji z dnia 20 lipca 2016 r. w sprawie ustalenia wzorów i typów uzbrojenia Policji i znajdującej się aktualnie na wyposażeniu funkcjonariuszy, zamiast precyzowania ilości 900 szt.

Całość podniesionej przez Odwołującego argumentacji dotyczącej:

- przedmiotu zarzutu odwołania, jakim jest kryterium oceny ofert określone w SIWZ jako „Kompatybilność” - *vide: uzasadnienie odwołania z 26.07.2019 r. str. 5,*
- uzasadnienia kryteriów oceny ofert w Prawie europejskim oraz PZP - *vide: uzasadnienie odwołania z 26.07.2019 r. str. 6, 7 i 8,*
- naruszenia zasady równości oraz uczciwej konkurencji poprzez preferowanie dotychczasowych dostawców pistoletów samopowtarzalnych do Zamawiającego - *vide: uzasadnienie odwołania z 26.07.2019 r. str. 8,*
- wymagań Zamawiającego co do kompatybilności sprzętu, chęci unifikacji broni posiadanej przez Policję, standaryzacji uzbrojenia w Polsce, posiadania przez Zamawiającego zaplecza obsługowo - naprawczego, personelu przeszkolonego w zakresie obsługi technicznej i napraw broni - *vide: uzasadnienie odwołania z 26.07.2019 r. str. 8,*
- uzasadnienia zastosowanego kryterium oceny ofert, które w ocenie Odwołującego jest pozorne - *vide: uzasadnienie odwołania z 26.07.2019 r. str. 12,*

potwierdza tylko i wyłącznie, że Odwołujący nie kwestionuje dokonanej przez Zamawiającego w dniu 16.07.2019 r. modyfikacji SIWZ, a w rzeczywistości kwestionuje jej pierwotne brzmienie tj. punktowanie broni wprowadzonej już na uzbrojenie Policji oraz uzasadnienie dla wprowadzenia kryterium „Kompatybilność” (na co dobitnie wskazuje w szczególności identyczna i tożsama argumentacja odwołania, zarzuty i wnioski zawarte w piśmie z 12.07.2019 r. oraz z 26.07.2019 r.), a tym samym wniesione odwołanie jest spóźnione i dlatego podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wskazał na wyroku KIO z 29.07.2013, sygn. akt: KIO 1718/13,

Niezależnie od powyższego, nawet przy przyjęciu bardziej liberalnego poglądu, można, co najwyżej uznać, że w przypadku zmiany treści ogłoszenia lub treści SIWZ przewidziane w art. 182 ust. 2 Pzp terminy na wniesienie odwołania biegną od początku, ale tylko w zakresie objętym dokonaną zmianą. W zakresie niezmienionej treści ogłoszenia lub treści SIWZ terminy biegną od dnia wskazanego w tym przepisie - a zatem od daty publikacji ogłoszenia w pierwotnym zakresie/od dnia zamieszczenia treści specyfikacji na stronie internetowej Zamawiającego (tak *Komentarz do art. 182 PZP red. Jaworska 2019, wyd. 8/M. Jaworska*). Potwierdza to przykładowo wyrok KIO z 07.05.2013 r., sygn. akt: KIO 898/13, zgodnie z którym wobec nowej, odrębnej materialnoprawnej czynności zamawiającego, jaką jest modyfikacja postanowienia SIWZ, służy odwołanie, a w dalszej kolejności skarga do sądu, co wynika wprost z art. 180 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Zaskarżyć można jednak tylko zmieniony fragment specyfikacji i tylko w zakresie w jakim dokonano zmiany. Odmienna interpretacja jest niedopuszczalna, bowiem prowadziłaby do możliwości kwestionowania każdorazowo wszelkich postanowień SIWZ w przypadku jej jakiegokolwiek modyfikacji. Byłoby to sprzeczne z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej i prowadziłoby to do przywrócenia terminu na kwestionowanie czynności już „uprawomocnionych” (tak również wyrok KIO z 08.11.2011 r., sygn. akt: KIO 2301/11). Oznacza to więc, że tylko powołując się na element nowości wykonawca mógłby wnieść odwołanie od zmienionej treści SIWZ. Odwołanie przysługuje bowiem tylko w zakresie zmienionej treści SIWZ, formalnie zatem skarży się w takim wypadku nie treść SIWZ, a czynność zamawiającego dotyczącą zmiany treści SIWZ.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący mógłby więc (ewentualnie) wnieść skutecznie przedmiotowe odwołanie, ale jedynie wtedy, gdyby zaskarżył dokonaną modyfikację SIWZ i tylko w zakresie zmiany, a nie całe postanowienie dotyczące „Kompatybilności”, jako kryterium oceny ofert. Tak się jednak w realiach niniejszej sprawy nie stało, na co wyraźnie wskazuje sformułowanie czynności od której zostało złożone odwołanie, czy zarzutów odwołania, a także treść wniosków Odwołującego (o usunięcie całego kryterium „Kompatybilność” i w konsekwencji skorygowanie wag pozostałych kryteriów, a nie o usunięcie wprowadzonej przez Zamawiającego dokonanej modyfikacji SIWZ).

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz

Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia.

W zakresie wniosku Zamawiającego oraz Przystępujących po jego stronie o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba uznała że podlega w/w wniosek oddaleniu. Należy wskazać, że Odwołującym w odwołaniu, że wobec pierwotnego opisu sposobu oceny ofert w kryterium „Kompatybilność” Odwołujący wniósł w dniu 12.07.2019 r. odwołanie, jednak Zamawiający przed wyznaczeniem przez Izbę terminu rozprawy w sprawie sygn. akt: KIO 1327/19, dokonał czynnością z dnia 16.07.2019 r. modyfikacji postanowień SIWZ w odpowiedzi na pytanie Odwołującego zadane w trybie art. 38 ust 1 Pzp w zakresie kwestionowanego odwołaniem kryterium i jego opisu. Modyfikacja ta polegała na całkowitym zastąpieniu dotychczasowego opisu nowym. W tej sytuacji Odwołujący czynnością z 17.07.2019 r. dokonał czynności wycofania odwołania jako bezprzedmiotowego w tej sytuacji. W ramach uzasadnienia wycofania odwołania w sprawie sygn. akt: KIO 1327/19 stwierdził, że: *„Czynność wycofania odwołania miała bezpośredni związek z czynnością Zamawiającego z 16.07.2019r. w postaci odpowiedzi na pytanie Odwołującego nr 1 do SIWZ w zakresie dotyczącym kryterium oceny ofert „Kompatybilność” będącego podstawą zarzutów oraz żądań odwołania. Jak wynika z treści czynności, Zamawiający działając na podstawie art 38 ust 4 Pzp, dokonał zmiany w rozdziale XIV SIWZ w zakresie kryterium K3 - „Kompatybilność” i określił sposób oceny ofert w ramach tego kryterium w zupełnie inny niż dotychczasowy sposób. Tym samym zarzuty odwołania dotyczące treści SIWZ i kryterium oceny ofert „Kompatybilność” w jego pierwotnym brzmieniu stały się bezprzedmiotowe wobec modyfikacji SIWZ w tym zakresie i staną się przedmiotem odrębnego odwołania Wykonawcy wnoszonego wobec zmodyfikowanej treści SIWZ w zakresie tego kryterium w ustawowym terminie na jego wniesienie”*.

Izba wzięła powyższe okoliczności pod uwagę, a nadto, *„(...) że jeśli KIO wyda orzeczenie o umorzeniu postępowania lub odrzuceniu skargi, a sąd w postępowaniu ze skargi na to orzeczenie obejmie rozpoznaniem najpierw przesłanki decydujące o dopuszczalności prowadzenia postępowania odwoławczego, a następnie - po zweryfikowaniu postanowienia KIO i stwierdzeniu, że zostały w nim błędnie ocenione - istotę sprawy, żadna ze stron postępowania nie będzie uprawniona do dalszego zaskarżenia wyroku sądowego wydanego w następstwie rozpoznania odwołania i skargi.”* (za uchwałą Sądu Najwyższego z 17.11.2017 r., sygn. akt: III CZP 58/17).

Jednocześnie uznając, że wprowadzenie w opisie kryterium K3 – „Kompatybilność” odniesienia do decyzji 253 Komendanta Głównego Policji z dnia 20 lipca 2016 r. w sprawie ustalenia wzorów i typów uzbrojenia Policji i znajdującej się aktualnie na wyposażeniu funkcjonariuszy - w sposób istotny zmienia opis i daje podstawę do uznania aktualnego odwołania za podlegające rozpatrzeniu w zakresie wskazanym w dalszej części uzasadnienia. Izba w tym wypadku, kierowała się również tym, że Zamawiający nie był w stanie wykazać, że wszystkie rodzaje broni wymienione w tej decyzji zostały wprowadzone na uzbrojenie Policji w ilości ponad 900 szt. Niniejsze wobec przeciwnego niż Zamawiającego oświadczenia w tym zakresie złożonego na posiedzeniu przez Odwołującego oraz Przystępującego po stronie Odwołującego (ten ostatni dystrybutorem na Polskę broni typu CZ). Powyższe także w kontekście pierwotnej treści: „*w przypadku zaferowania broni wprowadzonej na uzbrojenie Policji w ilości ponad 900 szt.*”. Dodatkowo Izba podkreśla, że Przystępujący po stronie Zamawiającego (Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o.) przedstawił w swoim przystąpieniu interpretację treści odwołania, którą Izba nie podzieliła, w szczególności co do tego odnośnie od jakiej czynności jest wnoszone odwołanie i czego dotyczy. Nadto, sam Przystępujący po stronie Zamawiającego (Fabryka Broni „Łucznik” - Radom Sp. z o.o.) - dopuścił w przypadku zmiany treści ogłoszenia lub treści SIWZ, że terminy na wniesienie odwołania biegną od początku, ale tylko w zakresie objętym dokonaną zmianą. Stwierdził także, że: „*(...) Oznacza to więc, że tylko powołując się na element nowości wykonawca mógłby wnieść odwołanie od zmienionej treści SIWZ. Odwołanie przysługuje bowiem tylko w zakresie zmienionej treści SIWZ, formalnie zatem skarży się w takim wypadku nie treść SIWZ, a czynność zamawiającego dotyczącą zmiany treści SIWZ.*”

*W przedmiotowej sprawie Odwołujący mógłby więc (ewentualnie) wnieść skutecznie przedmiotowe odwołanie, ale jedynie wtedy, gdyby zaskarżył dokonaną modyfikację SIWZ i tylko w zakresie zmiany, a nie całe postanowienie dotyczące „Kompatybilności”, (...).
W ocenie Izby, taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowych okolicznościach sprawy.*

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego na płycie CD.

Odnośnie trzech opinii prywatnych (z 04 i 07.08.2019 r. oraz opinia z 04.08.2019 r. eksperta w zakresie broni i amunicji będącego biegłym sadowym dla Sadu Okręgowego w Warszawie) złożonych na rozprawie przez Odwołującego. Izba przypomina za judykaturą, że mają one charakter opinii prywatnych, które jednakże nie mogą stanowić dowodu w sprawie wskazując, iż na podstawie art. 278 k.p.c opinią biegłego jest wyłącznie opinia

sporządzona przez osobę wyznaczoną przez sąd (uzasadnienie wyroku SN z dnia 10 grudnia 1998 r., I CKN 922/97). Według judykatury, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego sądowego) sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych (za wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 22.01. 2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08). W konsekwencji stwierdzając, że niniejsze opinie prywatne stanowią stanowisko strony, w tym wypadku Odwołującego, stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczył także złożone przez Odwołującego na rozprawie:

1) opracowanie własne Odwołującego złożone celem wykazania niezasadności ekonomicznej ewentualnego złożenia oferty na broń nie znajdującą się na przywołanej liście;
2) dokumenty dotyczące broni, którą zamierza ewentualnie zaoferować Zamawiającemu w niniejszym przetargu tj. pistoletu APX BERETTA, tj. a) krótkie oświadczenie producenta w zakresie pistoletu marki Beretta z tłumaczeniem, b) wydruk karty katalogowej, c) wydruk instrukcji obsługi pistoletu Beretta. Z wyłączeniem złożonej: d) autoryzacje producenta w języku angielskim z uwagi na brak tłumaczenia na język polski [§ 19 ust. 3 zd. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1092 ze zm. Dz.U. z 2018 r., poz. 1992): „Wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski”].

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczył także złożone przez Przystępującego po stronie Odwołującego na rozprawie:

- dokumenty mające zobrazować model broni CZ P-10 C, który zamierza zaoferować w swoim przypadku w przetargu Przystępującego po stronie Odwołującego, tj. karty katalogowe z instrukcją obsługi i użytkowaniu broni, upoważnienie producenta w języku polskim oraz pisemne oświadczenie własne Przystępującego po stronie Odwołującego w zakresie niezawodności swojej broni.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienia, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania oraz podtrzymanego na posiedzeniu i rozprawie zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 7 ust 1 Pzp w zw. z art. 91 ust 2 Pzp poprzez określenie kryterium oceny ofert „Kompatybilność” w sposób prowadzący do naruszenia zasady równości oraz uczciwej konkurencji oraz w sposób niepowiązany z przedmiotem zamówienia.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania i przystąpień. Przywołując dla porządku

Brzmienie kryterium „Kompatybilność” sprzed modyfikacji:

„K3 - Kompatybilność” - waga 20% (maksymalnie Wykonawca może otrzymać 20 punktów). Z uwagi na chęć unifikacji oraz standaryzacji uzbrojenia w Policji, posiadanie przez Zamawiającego zaplecza obsługowo - naprawczego oraz personelu przeszkolonego w zakresie obsługi technicznej i napraw broni, znajdującej się aktualnie na wyposażeniu Policji, Zamawiający przyzna do punktacji Wykonawcy dodatkowe 20 punktów, w przypadku zaoferowania broni wprowadzonej na uzbrojenie Policji w ilości 900 sztuk.

Brzmienie kryterium „Kompatybilność” po modyfikacji:

„K3 - Kompatybilność” - waga 20% (maksymalnie Wykonawca może otrzymać 20 punktów). Z uwagi na chęć unifikacji oraz standaryzacji uzbrojenia w Policji, posiadanie przez Zamawiającego zaplecza obsługowo - naprawczego oraz personelu przeszkolonego w zakresie obsługi technicznej i napraw broni, znajdującej się aktualnie na wyposażeniu Policji, Zamawiający przyzna do punktacji Wykonawcy dodatkowe 20 punktów, w przypadku zaoferowania broni wprowadzonej na uzbrojenie Policji decyzją nr 253 Komendanta Głównego Policji z dnia 20 lipca 2016 r. w sprawie ustalenia wzorów i typów uzbrojenia Policji i znajdującej się aktualnie na wyposażeniu funkcjonariuszy.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. W ust. 2 art. 91 Pzp określono otwarty katalog kryteriów oceny ofert, które winny być związane z przedmiotem zamówienia. (1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne; 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników; 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia; 4) aspekty innowacyjne; 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia; 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji).

Według art. 91 ust. 2c Pzp - Kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

Z kolei zgodnie z art. 91 ust. 2d Pzp, zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Nadto kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (art. 91 ust. 3 Pzp). Stosownie zaś do art. 7 ust. 1 Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Do dalszych kwestii Izba odniesie się w dalszej części w ramach rozpatrywanego zarzutu.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Izba uznała, że zarzut odwołania w zakresie podlegającym rozpoznaniu, a w konsekwencji całe odwołanie należy uwzględnić.

W tym wypadku Izba rozpoznała zarzut w zakresie - broni wprowadzonej na uzbrojenie Policji decyzją nr 253 Komendanta Głównego Policji z dnia 29 lipca 2016 r. w sprawie ustalenia wzorów i typów uzbrojenia Policji (D.U. KGP z 2016 r., poz. 49 ze zm. w szczególności ze zm. z 2018 r., poz. 115) znajdującej się aktualnie na wyposażeniu funkcjonariuszy. Inaczej mówiąc Izba odniesie się - do kwestii unifikacji i standaryzacji w kontekście tej decyzji, która jest w ocenie Izby nieuzasadniona z uwagi na okoliczności przywołane w dalszej części uzasadnienia.

Izba uznała za spóźnioną i nie podlegającą rozpoznaniu - kwestie unifikacji i standaryzacji w kontekście posiadanego przez Zamawiającego zaplecza obsługowo-naprawczego oraz personelu przeszkolonego w zakresie obsługi technicznej i napraw broni. Analiza bowiem pierwotnego odwołania, jak i aktualnego odwołania daje podstawę do uznania, że tak przed modyfikacją, jak i po modyfikacji postanowień SIWZ z 16.07.2019 r., argumentacja, jak i sam zarzut w tym zakresie sprowadzał się do tego samego.

W konsekwencji Izba nie może rozpatrzyć zarzutu w tym zakresie i nie może odnieść się do szerokiej argumentacji przedstawionej w tej materii przez obie strony podczas rozprawy, a dotyczącej naprawy broni, w tym napraw gwarancyjnych, szkoleń rusznikarzy, szkoleń funkcjonariuszy Policji, sprawdzania broni po naprawie, zdarzającej się zawodności amunicji, umiejscowienia manipulatorów, części zamiennych, ani też zajęć stanowiska co do występowania jednego z pełnomocników Odwołującego w podwójnej roli zarówno pełnomocnika, jak i eksperta.

Względem samego kryterium K3 – „Kompatybilność”, Izba zgadza się co do istoty ze stanowiskiem wyrażonym w przywołanym na rozprawie przez Zamawiającego wyroku z 22.07.2019r., sygn. akt: KIO 1271/19, że: *„(...)Ustalone przez zamawiającego kryteria pozacenowe winny być uzasadnione nie tylko z punktu widzenia preferencji zamawiającego, ale także jego uzasadnionych potrzeb. Powyższe oznacza, że wybrany w oparciu o ustalone kryteria oceny ofert wykonawca, oferuje dla zamawiającego lepsze wykonanie przedmiotu zamówienia w odróżnieniu od innych wykonawców. Ponadto jak wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wybór kryteriów oceny ofert podlega pewnym ograniczeniom, tj. po pierwsze, kryterium musi być związane z przedmiotem zamówienia, celem stosowania kryterium oceny ofert jest wybór oferty najkorzystniejszej, zatem wszystkie kryteria muszą być nakierowane na identyfikację tej oferty, która jest najlepsza, po drugie, wybierając najkorzystniejszą ofertę, zamawiający musi opierać swoją decyzję na obiektywnych przesłankach i niedozwolone byłoby takie kryterium, które dawałoby zamawiającemu nieograniczoną swobodę (arbitralnego) wyboru (patrz wyrok Trybunału z dnia 17 września 2002 r. C-513/99 Concordia Bus). Z kolei w wyroku z dnia 27 października 2005 r. (C-234/03) Trybunał wskazał, że kryteria jakościowe nie mogą być stosowane w sposób dyskryminujący, muszą być uzasadnione względami interesu publicznego, muszą być odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służą i nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia. (...)”*

Niewątpliwie też z naruszeniem ww. reguł przy opisie kryteriów oceny ofert będziemy mieć do czynienia, w sytuacji braku możliwości stwierdzenia, iż dane kryterium oceny ofert prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Na kwestie ekonomicznego, jakościowego i racjonalnego zmierzania do wyboru oferty najkorzystniejszej w kontekście art. 91 Pzp w zakresie, w jakim został on ustanowiony w celu wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej, jak również zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości postępowania (art. 7 ust. 1 Pzp) wskazuje też wyrok KIO z 30.06.2017 r., sygn. akt: KIO 1265/17. Nadto, zgodnie z wyrokiem z 04.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1211/14, sygn. akt: KIO

1221/14, sygn. akt: KIO 1222/14: „(...) choć zamawiającemu w myśl art. 91 ust. 2 ustawy Pzp pozostawiono pewną dowolność w zakresie formułowania kryteriów oceny ofert odnoszących się do przedmiotu zamówienia, to jednak jego swoboda nie pozostaje nieograniczona. Również w tym zakresie obowiązuje bowiem nakaz takiego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, które zapewni zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). W ocenie Izby, nie stanowi naruszenia wspomnianej zasady sformułowanie kryterium oceny ofert, które wprawdzie ogranicza szanse niektórych podmiotów w uzyskaniu zamówienia, ale znajduje uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Rolą kryteriów oceny ofert, odnoszących się do przedmiotu zamówienia jest bowiem premiowanie takiego rozwiązania, które z jakichś, określonych i obiektywnych przyczyn jest dla zamawiającego korzystniejsze niż parametry bezwzględnie wymagane.(...)”.

Nadto, zasadnie należy podkreślić, iż ocena potrzeb Zamawiającego wyrażonych m.in. w sformułowanych kryteriach oceny ofert winna być oceniana każdorazowo w okolicznościach danej sprawy.

W ocenie Izby, właśnie w okolicznościach niniejszej sprawy, w rozpoznanym zakresie, Zamawiający nie sprostął ciężarowi wykazania, iż kryterium pozacenowe „kompatybilność” będzie służyło wyborowi oferty najkorzystniejszej w tym konkretnym postępowaniu, do tego z punktu widzenia jego uzasadnionych potrzeb. Zamawiający nie wykazał żadnym dowodem, że koszt utrzymania broni która znajduje się w dyspozycji Zamawiającego, czyli na liście prowadzonej na mocy Decyzji Nr 253 jest niższy niż w wypadku broni która nie jest na jego stanie. Nie wykazał także generalnie żadnym dowodem, że broń z listy jest opłacalna w jego sytuacji ekonomicznej. Ani jak należy rozumieć w tym kontekście jego sytuację ekonomiczną. Samo przedstawienie motywów swojego działania w kontekście przywołanego przez Odwołującego ubiegłorocznego postępowania w efekcie którego Zamawiający nabył model broni REX, to zbyt mało. Zamawiający nawiązał co prawda do kwestii każdego aspektu i cyklu życia produktu, ale nie rozwinął tej kwestii w rozpatrywanym zakresie. Izba odebrała ją z tych względów, jako odnosząca się raczej generalnie do kryterium kompatybilności, jako dopuszczalnego, jako takiego.

Izba podkreśla też, że w przywołanym przez Zamawiającego na rozprawie wyroku z 22.07.2019r., sygn. akt: KIO 1271/19 uznano: „(...)Za kluczową w okolicznościach niniejszej sprawy i jednocześnie przesądzającą o dopuszczalności zastosowania kryterium „kompatybilność” w świetle uzasadnionych potrzeb Zamawiającego Izba uznała specyfikę przedmiotowego zamówienia sprowadzającą się do dostawy sprzętu (broni) dla wysoce

wykwalfikowanej grupy funkcjonariuszy Policji. Jak wynika bowiem z art. 5c ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 161), Centralny Pododdział Kontrterrorystyczny Policji „BOA” oraz samodzielne pododdziały kontrterrorystyczne Policji stanowią służbę kontrterrorystyczną, odpowiedzialną za prowadzenie działań kontrterrorystycznych oraz wspieranie działań jednostek organizacyjnych Policji w warunkach szczególnego zagrożenia lub wymagających użycia specjalistycznych sił i środków oraz specjalistycznej taktyki działania (...)” (str. 23 uzasadnienia). Inne kwestie miały w tym orzeczeniu charakter drugorzędny i marginalny (str. 25 uzasadnienia). Przy czym także w tym wyroku zwracano uwagę na kwestie podtrzymywanie przez poszczególnych Zamawiających dotychczasowych praktyk zakupowych, co w okolicznościach danej sprawy, mogłoby naruszać zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Tak czy inaczej, ocena kryterium pozacenowego „kompatybilność” wynikająca z tego orzeczenia, nie może mieć zastosowania, czy też zerojedynkowego przełożenia w realiach niniejszej sprawy. W tym wypadku bowiem utrzymanie kryterium „kompatybilność” spowoduje niebezpieczeństwo de facto daleko idącego zmonopolizowania rynku poprzez dokonany zakup, w efekcie dokonany zakup, z uwagi na docelową ilość, sam w sobie wyznaczy standard uzbrojenia Policji. Nadto, kwestia unifikacji i standaryzacji w kontekście decyzji nr 253 Komendanta Głównego Policji z dnia 20 lipca 2016 r. w sprawie ustalenia wzorów i typów uzbrojenia Policji jest wątpliwa.

Po pierwsze, dlatego, że unifikacja i standaryzacja uzbrojenia miałyby miejsce z uwagi na sam wpis na prowadzoną mocą tej decyzji listę, nie z uwagi na ilość posiadanego sprzętu przez Policję (może być to nawet tylko 1 sztuka). Wpis zaś dokonywany jest nie na podstawie ilości, ale samego zakupu broni (dotychczasowa praktyka). Zamawiający nie kwestionował tego, ani nie twierdził, że było i jest inaczej. Automatyzm, zaoferowanie sprzętu znajdującego się na liście, a zakupionego nawet w ilości jedynie 1 sztuki dawałoby 20 pkt.

Po drugie, z uwagi na uznaniowy charakter dokonywanego wpisu, de facto bowiem to kierownik Zamawiającego decydowałby poprzez wpis kto może uzyskać zamówienie.

Po trzecie, dlatego że, dotychczasowa praktyka powodowała, iż najpierw dokonywano zakupu, a następnie wpisywano na listę, sama decyzja ani przepisu regulujące jej wydanie nie określają wprost - ani podstawy do wpisu jako takiego na listę ani nie warunkują wpisu na listę od jej użytkowania. W tym zakresie mamy do czynienia z niejasnym zasadami.

Po czwarte, Izba wskazuje że w odróżnieniu od Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1271/19, w przedmiotowej sprawie tak Odwołujący, jak i Przystępujący po jego stronie poprzez złożone dowody na rozprawie potwierdzili, że na rynku istnieją inne produkty (pistolety APX BERETTA, CZP-10C) o parametrach technicznych odpowiadających

potrzebom Zamawiającego lub spełniający je w sposób wyższy. Inaczej rzecz biorąc Odwołujący, jak i Przystępujący po jego stronie wykazali, że realizacja celu zakładanego przez Zamawiającego możliwa była poprzez dostawę broni innej niż ta, która obecnie znajduje się na uzbrojeniu Policji, tzn. niż ta która znajduje się na liście prowadzonej decyzją nr 253 Komendanta Głównego Policji z dnia 20 lipca 2016 r. w sprawie ustalenia wzorów i typów uzbrojenia Policji. Izba podkreśla, że sam Zamawiający oświadczył na rozprawie, że: *„(...)nie neguje aspektów technicznych uzbrojenia Odwołujący i Przystępujący po jego stronie, a każdorazowo dąży do tego aby jak największy zakres wykonawców mógł brać udział w jego postępowaniu (...)”*. Jak ustaliła Izba na liście znajdują się m.in. starsze modelu, takie jak: BERETTA 950 B oraz CZ – 75 i CZ-85, które nie przystają jednakże do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie twierdził na rozprawie, że jest inaczej.

Po piąte, na samej liście mimo, że znajduje się docelowo 12 modeli broni, część z nich ma charakter historyczny, a de facto tylko dwa modele z listy odpowiadają przedmiotowi zamówienia (na co wskazywał Odwołujący na rozprawie – GLOCK 17 oraz P-99). Zamawiający, ani obaj Przystępujący po jego stronie nie zaprzeczyli powyższym twierdzeniom Odwołującego (w zakresie tego, iż tylko te dwa modele broni z listy spełniają wymogi przedmiotu zamówienia).

Izba także podkreśla, że Odwołujący przedstawił dowód w postaci opracowania własnego, gdzie wykazał niezasadność ekonomiczną ewentualnego złożenia oferty na broń nie znajdującą się na przywołanej liście. Ani Zamawiający, ani obaj Przystępujący po jego stronie nie przedłożyli w tym zakresie żadnego dowodu przeciwnego, a wyrażana na rozprawie argumentacja przeciwna nie została poparta żadnym dowodem (np. że przywołana w opracowaniu cena dotyczy przetargu z zaoferowanym modelem GLOCK 17 w specjalnej opcji z tłumikiem) i nie może być uznana za wiarygodną.

Z tych przyczyn, Izba stwierdziła że, choć to kryterium co do zasady jest dopuszczalne, to nie w aktualnym brzmieniu z uwagi na jego powiązanie z decyzją nr 253 Komendanta Głównego Policji z dnia 20 lipca 2016 r. w sprawie ustalenia wzorów i typów uzbrojenia Policji, skutkuje to bowiem daleko idącą preferencją i ograniczeniem rynku, które nie zostało uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a przynajmniej nie zostały one wykazane przez Zamawiającego w kontekście tej decyzji. Przy czym, należy podkreślać, że niniejsze ma miejsce w kontekście rozpatrywanego zakresu i nie odnosi się do kwestii, które nie mogły być przedmiotem rozpoznania, z uwagi na ich spóźniony charakter.

Z tych względów, Izba nakazała Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ w rozdziale XIV w zakresie kryterium K3 – „Kompatybilność”, przy czym pozostawiając możliwość wyboru Zamawiającemu co do zmiany:

a) albo poprzez usunięcie wskazanego kryterium i skorygowanie wag pozostałych kryteriów (jako czynności najdalej idącej) albo

b) poprzez usunięcie odniesienia do: „(...) broni wprowadzonej na uzbrojenie Policji decyzją nr 253 Komendanta Głównego Policji z dnia 29 lipca 2016 r. w sprawie ustalenia wzorów i typów uzbrojenia Policji i znajdującej się aktualnie na wyposażeniu funkcjonariuszy. (...)” z uwagi chociażby na uznaniowość wpisu dokonywanego na listę prowadzoną mocą tej decyzji i w konsekwencji dostosowanie opisu kryterium K3 – „Kompatybilność” do nakazanego usunięcia (jako czynność będąca skutkiem ograniczonego zakresu w jakim został rozpatrzony zarzut, podnoszony bowiem w ramach zarzutu aspekt posiadanie przez Zamawiającego zaplecza obsługowo-naprawczego oraz personelu przeszkolonego w zakresie obsługi technicznej i napraw broni był, w ocenie Izby, spóźniony i nie podlegał rozpoznaniu) albo

c) poprzez usunięcie odniesienia do: „(...) broni wprowadzonej na uzbrojenie Policji decyzją nr 253 Komendanta Głównego Policji z dnia 29 lipca 2016 r. w sprawie ustalenia wzorów i typów uzbrojenia Policji i znajdującej się aktualnie na wyposażeniu funkcjonariuszy. (...)” (jak wyżej) i odniesienie opisu kryterium K3 – „Kompatybilność” stricte do cech przedmiotowych np. odnośnie kompatybilności z posiadaną amunicją zgodną z wymogami NATO, C.I.P., SAAMI lub innymi elementami sprzętowymi, chociażby do akcesorii, czy osprzętu takiego jak np. celownik laserowy, oświetlenie taktyczne, wskaźnik lub oświetlenie celu, który jest montowany na szynie montażowej o określonym standardzie, czy też innego elementu, którego posiadanie zwiększy jego walory użytkowe i pozwoli wykorzystać stany magazynowe Zamawiającego. Jednocześnie, w wypadku zmiany opisu kryterium K3 – „Kompatybilność” w sposób wskazany powyżej w sentencji lit. b lub c, Izba nakazuje zmniejszenie wagi tego kryterium poniżej 10% i skorygowanie wag pozostałych kryteriów, uznając w tym zakresie, że Odwołujący w sposób pośredni kwestionował także w odwołaniu wagę tego kryterium, nie tylko sam jego opis. W rezultacie nakazując także zmianę treści ogłoszenia o zamówienia w zakresie zmiany wagi tego kryterium i skorygowania wag pozostałych kryteriów. Izba jedynie dla porządku przypomina, że jest związana zarzutem, czy też zarzutami odwołania, ale nie wnioskami zawartymi w odwołaniu.

Względem nakazanej zmiany wagi kryterium w wypadku zmiany opisu kryterium K3 – „Kompatybilność” w sposób wskazany, w szczególności, powyżej w sentencji lit. b lub c, Izba podkreśla, że po pierwsze sam Zamawiający w sposób pośredni przyznał na rozprawie taką konieczność, choć twierdził, że nie było to przedmiotem zarzutu (za protokołem: „Co do złożonych dowód, to w ocenie Zamawiającego mają one na celu służyć temu, iż mimo pewnych różnic w broni, którą zamierza zaoferować Odwołujący, czy też Przystępujący to ewentualne koszty z tym związane nie są zbyt duże. Zamawiający uważa, że może to

jedynie być elementem uznania, że waga kryterium jest zbyt duża, a nie podstawą kwestionowania opisu samego kryterium. Waga zaś nie była jako taka przedmiotem zarzutu.”). Po drugie, Izba uznała, że Odwołujący w sposób pośredni kwestionował także w odwołaniu wagę tego kryterium, nie tylko sam jego opis. Podnosił bowiem wyraźnie w odwołaniu: „(...) że analizując ceny rynkowe asortymentu będącego przedmiotem zamówienia, ceny tej klasy broni są zbliżone. Tym samym preferencja zawarta w kryterium oceny ofert powoduje, że udział w postępowaniu i realne konkurowanie ze sprzętem spełniającym wymagania i kryteria techniczne nawet w maksymalny premiovany w pozostałych kryteriach sposób, jednak nie stosowanym uprzednio w Policji w dowolnej ilości, jest działaniem bezcelowym i pozbawionym ekonomicznego uzasadnienia.(...)”. Po trzecie, Odwołujący podczas rozprawy przedłożył dowód w postaci opracowania własnego celem wykazania niezasadności ekonomicznej ewentualnego złożenia oferty na broń nie znajdującą się na przywołanej liście. Powyższe, należy uznać jako przejaw kwestionowania na rozprawie przez Odwołującego wagi kryterium K3 – „Kompatybilność”, co także w ten sposób, jak wynika z przytoczonego powyżej fragmentu protokołu, odczytał sam Zamawiający. Izba jedynie uznaje, że stanowiło to kontynuację tego, co było już w odwołaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....