Sygn. akt: KIO 1271/19

WYROK

z dnia 22 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2019 r. przez wykonawcę GRIFFIN GROUP S.A. DEFENCE Sp. k. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez

Komendę Główną Policji w Warszawie,

przy udziale wykonawcy CENZIN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1271/19 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna oparta jest na okoliczności odnoszącej się do opisu równoważności przedmiotu zamówienia niespełniającego wymagań wynikających z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zarzutu naruszenia art. 7 w zw. z art. 91 ust. 2d oraz art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna oparta jest na okoliczności dotyczącej sprzeczności w opisie kryterium „kompatybilność", rozumienia pojęcia „Broń wprowadzona do uzbrojenia Policji" oraz wagi ww. kryterium, a także w zakresie zarzutu naruszenia art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - GRIFFIN GROUP S.A. DEFENCE Sp. k. z siedzibą w Warszawie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę GRIFFIN GROUP S.A. DEFENCE Sp. k. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Odwołującego - wykonawcy GRIFFIN GROUP S.A. DEFENCE Sp. k. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego - Komendy Głównej Policji w Warszawie kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 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: .....

Sygn. akt: KIO 1271/19

Zamawiający - Komenda Główna Policji w Warszawie [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup broni strzeleckiej w ramach 5 zadań (znak postępowania: 150/Cut/19/Esz).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 24 czerwca 2019 r. pod numerem 2019/S 119-291290.

W dniu 4 lipca 2019 r. wykonawca GRIFFIN GROUP S.A. DEFENCE Sp. k. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia dla wszystkich pięciu (5) zadań w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nieuzasadnione opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą nazw własnych oferowanej broni, co prowadzi jednoznacznie i bezpośrednio do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców oraz oferowanych przez nich produktów, kiedy to specyfika zamówienia w żaden sposób nie powoduje niemożliwości opisania tego przedmiotu zamówienia za pomocą określonych parametrów istotnych dla Zamawiającego, a użycie słowa „równoważny" ma jedynie charakter iluzoryczny i nie spełnia wymagań wynikających z przepisów, co stanowi okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie prawidłowej i zgodnej z intencją Zamawiającego oferty oraz poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, a nadto zróżnicowanie zakresu przedmiotu zamówienia w przypadku zaoferowania przedmiotu zamówienia innego niż opisany dokładną nazwą własną dla Zadania nr 3 i Zadania nr 4,

II. art. 7 w zw. z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp poprzez określenie jednego z kryterium oceny ofert „Kompatybilność" w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, opisanie tego kryterium w taki sposób, że wykonawcy składający ofertę w tym postępowaniu nie będą mogli w sposób klarowny określić, czy zostaną im w tym kryterium przyznane punkty w tym wskazać należy na wewnętrzną sprzeczność w opisie tego kryterium co do możliwości uzyskania określonej ilości punktów, a ponadto określenie tego kryterium poprzez naruszenie zasady konkurencyjności, gdyż z góry wiadomo, że wyłącznie wykonawca, który zaoferuje przedmiot zamówienia o nazwie zgodnej z nazwą broni wskazaną w Rozdziale IV SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia (produkt wzorcowy), otrzyma maksymalną ilość punktów. W dalszej kolejności wskazać należy, że przyznanie tak wysokiej wagi w tym kryterium w zasadzie uniemożliwia wybór wykonawcy oferującego produkt równoważny, a opis tego kryterium nie przekłada się w żaden sposób na realizację zamówienia lub ma faktycznie na nią niewielki wpływ,

III. art. 142 ust. 5 ustawy Pzp poprzez brak postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

I. zmiany opisu przedmiotu zamówienia poprzez określenie jego bez użycia nazw własnych broni i opisanie go zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp, tj. w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, tak aby nie utrudniało to uczciwej konkurencji na rynku lub zobowiązanie Zamawiającego do określenia zgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp opisu równoważności, którym to Zamawiający będzie się kierował przy badaniu i ocenie ofert,

II. usunięcia jako kryterium oceny ofert „Kompatybilność" a w konsekwencji odpowiednią modyfikację wag poszczególnych kryteriów i nadanie kryterium „Okres gwarancji na oferowany przedmiot zamówienia" wagi 20%, wprowadzenie kryterium „Termin realizacji zamówienia" o wadze 20% [20 pkt - dostawa do 6 m- cy od podpisania umowy i podpisaniu End-Usera przez Zamawiającego: 10 pkt - dostawa do 9 m-cy od podpisania umowy podpisaniu End-Usera przez Zamawiającego: 5 pkt - dostawa do 12 m-cy od podpisania umowy i podpisaniu End-Usera przez Zamawiającego: 0 pkt - dostawa powyżej 12 m-cy od podpisania umowy i podpisaniu End-Usera przez Zamawiającego) albo przyjęcie innych kryteriów oceny ofert, które będą związane z przedmiotem zamówienia,

III. wprowadzenia w SIWZ i we wzorze umowy postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych;

IV. usunięcia z Załącznika nr 2c i Załącznika nr 2d Rozdziału 11 „Wymagania w zakresie szkolenia" lub wprowadzenia zobowiązania każdego z wykonawców do jego przeprowadzenia albo wprowadzenie tego wymogu do wszystkich części zamówienia wobec każdego z wykonawców;

V. przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach;

VI. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W przedmiocie zarzutu I Odwołujący przywołał brzmienie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wskazując jednocześnie, iż przepis ten jest generalną zasadą, którą muszą przestrzegać wszyscy Zamawiający. Wskazał, iż odstępstwo od tej zasady zostało przewidziane w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, cytując jednocześnie ww. przepis. Uzasadniał, iż redakcja ww. przepisu wprost przesądza, że możliwość opisywania przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu należy postrzegać w kategoriach wyjątku od zasady, w myśl której przedmiot zamówienia opisuje się za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp). O możliwości zastosowania ww. wyjątku przesądza ziszczenie się dwóch warunków. Po pierwsze specyfika przedmiotu zamówienia uzasadnia jego opisanie np. poprzez wskazanie znaków towarowych, a zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dokładnych określeń; oraz po drugie zamawiający wskaże na możliwość zaoferowania produktów (usług, wyrobów) równoważnych poprzez użycie wyrażenia „lub równoważny". Odpowiedzi na pytanie w jaki sposób należy rozumieć spełnienie drugiego z wyróżnionych warunków (tj. „a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny") dostarcza ugruntowane już orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W myśl tego orzecznictwa Zamawiający powinien wskazać w SIWZ w sposób jednoznaczny, jakie parametry musi spełniać zamiennik oferowany przez wykonawcę, aby został uznany za „równoważny" wyrób. Taka sytuacja jednak nie ma miejsca w niniejszym postępowaniu.

Uzasadniał, iż zamawiający dopuszczając równoważność produktów, winien sprecyzować zakres minimalnych parametrów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Wymogi co do równoważności produktów winny być podane w sposób przejrzysty i jasny, tak aby z jednej strony Zamawiający mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaoferowanych produktów, z drugiej zaś strony, aby wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu przetargowym mieli jasność co do oczekiwań Zamawiającego w zakresie właściwości istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia. Precyzyjne określenie wymogów co do równoważności produktów pozwala prawidłowo ocenić i porównać złożone oferty, a Wykonawcom złożyć ofertę zgodną z oczekiwaniami Zamawiającego.

Tak więc Zamawiający winien nie tylko wskazać dopuszczalność rozwiązań równoważnych, ale także wskazać granice - zakres tej równoważności. Zasady opisu

przedmiotu zamówienia wskazane w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp mają również w pełni zastosowanie do sposobu opisania równoważności.

Wykonawca więc przygotowując i składając ofertę, w której zamierza zaoferować materiały czy urządzenia równoważne musi wiedzieć czy odstępstwo od parametrów przedmiotu referencyjnego na poziomie np. „+" lub 3%, będzie uznane przez zamawiającego za rozwiązanie równoważne, czy też ta rozbieżność winna być mniejsza, czy też może być większa. Ma to bezpośrednie przełożenie na zakres możliwości zaoferowania określonej gamy urządzeń, sprzętu czy oprogramowania. Brak opisu tzw. warunków brzegowych (od - do) czyni z dopuszczenia możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych, czynność pozorną. Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach KIO/UZP 739/09, KIO/UZP 984/09; KIO/UZP 585/09; KIO/UZP 733/09; KIO/UZP 980/09; KIO 1122/10; KIO 545/11; KIO 516/13. (patrz: Józef Edmund Nowicki, Czy w przypadku opisania przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych dopuszczalne są w opisie przedmiotu zamówienia następujące postanowienia ...; w. blogprzetargi.pl). Ponadto z doświadczenia i z punktu widzenia technicznego wynika, że odstępstwo od produktu wzorcowego w granicach ok. 10% pozwala na zachowanie odpowiednich oczekiwań podmiotów zamawiających. W związku z tym tak istotne jest podanie przez Zamawiającego na etapie sporządzania SIWZ opisu parametrów jakimi będzie kierował się podczas oceny równoważności danego produktu.

Odwołujący dodał, że Zamawiający nie może wymagać aby zamiennik posiadał wszystkie cechy wyrobu opisanego w SIWZ za pomocą znaków towarowych (patentów, pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu jego produkcji). Takie działanie czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia (tak: wyrok KIO z dnia 06.08.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 967/09). Takie postępowanie więc prowadziłoby to naruszenia jednej z głównych zasad ustawy PZP jaką jest konkurencyjność.

Zatem jedną z postaci naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp jest opisanie przedmiotu zamówienia przy użyciu nazwy danego i konkretnego produktu oraz jednoczesne zamieszczenie w ramach tego opisu sformułowania „lub inny równoważny". Krajowa Izba Odwoławcza w ramach wydawanych orzeczeń często spotykany w praktyce zwrot „lub inny równoważny" określa mianem „niejasne, nieprecyzyjne i jako takie nieprawidłowe - niezgodne z przepisami prawa. Takie postanowienie może bowiem sugerować, że „lub równoważny" odnosi się do konkretnego urządzenia i w związku z powyższym nie jest jasne, w jaki sposób Zamawiający będzie dokonywał oceny równoważności - czy Zamawiający będzie oceniał również równoważność w stosunku do konkretnie wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia urządzeń, czy też w stosunku do wymogów SIWZ (tak: wyrok KIO z dnia 20.04.2017 r., sygn. akt: KIO 641/17).

Ponadto Odwołujący wskazał, że opis rozwiązania równoważnego stanowi element opisu przedmiotu zamówienia (tak: wyrok KIO z dnia 14.05.2012 r., sygn. akt KIO 887/12), który to musi być zawarty w opisie przedmiotu zamówienia i nie może być precyzowany lub ujawniony dopiero na etapie badania ofert (tak: wyrok KIO z dnia 05.01.2012 r., sygn. akt: KIO 2753/11 czy KIO 2760/11).

Wobec powyższego Odwołujący stwierdził, że prawidłowej interpretacji obowiązków, warunkujących możliwość zastosowania wyjątku z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp nie można czynić w oderwaniu od pozostałych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Naturalnie należy się zgodzić, że ustawodawca w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp użył słów „lub równoważny". Jednak przytoczone powyżej orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje w jaki sposób należy rozumieć wyraz „lub równoważne".

Odwołujący podkreślał, że ten sposób interpretacji, nie jest własnym „wytworem" składów orzekających w Krajowej Izbie Odwoławczej tylko wynika z całokształtu przepisów ustawy. Dla przykładu można wskazać na art. 30 ust. 5 ustawy Pzp. Z ww. przepisu wprost wynika, że jednym z obowiązków zamawiającego opisującego przedmiot zamówienia np. przy użyciu znaków towarowych jest dokonanie opisu przewidzianych w postępowaniu wyrobów równoważnych. Opis ten ma przede wszystkim zapewnić porównywalność składanych ofert, których bez niego nie można by było ocenić pod kątem zgodności z SIWZ. Taka sytuacja z kolei powodowałaby niemożliwość odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z SIWZ, bowiem niemożliwym by było dokonanie oceny tej zgodności w braku opisanych kryteriów równoważności. Takiej sytuacji z pewnością chciał uniknąć ustawodawca, redagując poszczególne przepisy Pzp. Tak więc użyty w art. 29 ust. 3 ustay Pzp zwrot „lub równoważny" i obowiązki Zamawiających związane z dopuszczeniem możliwości składania ofert „równoważnych" w postępowaniu należy badać przez pryzmat całej ustawy Pzp, a nie tylko pojedynczych jej przepisów.

Ponadto jak wskazuje Józef Edmund Nowicki „Wymóg, aby produkt równoważny spełniał wszystkie cechy i parametry właściwe dla danego produktu referencyjnego, prowadziłby do konieczności zaproponowania produktów o identycznych parametrach (wg. zamawiających nie gorszych, także przez Komendę Główną Policji, czemu dano wyraz w Szczegółowych opisach przedmiotu zamówienia - Załącznik 2a-2e SIWZ), a zatem podważałby sens dopuszczenia składania ofert równoważnych i czynił to postanowienie iluzorycznym." (patrz: Józef Edmund Nowicki, Czy w przypadku opisania przedmiotu

zamówienia za pomocą znaków towarowych dopuszczalne są w opisie przedmiotu zamówienia następujące postanowienia w. blogprzetargi.pl).

Ponadto Odwołujący wskazał, że nie należy zapominać o art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na niezgodne z Prawem zamówień publicznych opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi m.in. w sytuacji, gdy zamawiający opisze przedmiot zamówienia przez zbytnie dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt albo bezpośrednio wskazuje na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego (tak: Józef Nowicki „Prawo zamówień publicznych. Komentarz" LEX, art. 29). Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 21.04.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 434/09).

Odwołujący wskazał, iż przedmiotem zamówienia, w ramach pięciu zadań, jest dostawa pięciu rodzajów broni wskazanych z nazwy lub równoważnych podanych w rozdziale IV SIWZ. Podniósł, że równoważne produkty mają być zgodne z treścią załączonych do SIWZ Specyfikacji Technicznych stanowiących Załącznik 2a-2e. Co prawda Zamawiający wskazał w ust. 9 Rozdziału IV, że za równoważne należy uznać normy potwierdzające spełnienie minimalnych parametrów określonych w normie wymaganej przez Zamawiającego. Dalej Odwołujący przywołał postanowienia Specyfikacji Technicznych broni zawarte w załącznikach 2a - 2e wskazujące na konkretny produkt.

W ocenie Odwołującego przywołane postanowienia załączników 2a - 2e do SIWZ jednoznacznie powodują, że Zamawiający nie dopuszcza rozwiązań równoważnych w sposób prawidłowy, skoro wymaga, aby były one w 100% zgodne z bronią wskazaną w Opisie Przedmiotu Zamówienia bez żadnych najmniejszych odstępstw, a w niektórych przypadkach wprowadza wymóg identyczności systemu działania danej broni. Wiadomym też jest, że produkt oferowany przez innego producenta nigdy nie jest identyczny i taki sam, co powoduje, że określenie „musi być zgodny" z daną bronią, całkowicie unicestwia możliwość zaoferowania wyrobu równoważnego. Ma to na celu wybór jedynie broni określonej nazwą własną.

Odwołujący podkreślał, iż opis równoważności „nie gorsze niż" nie daje podstaw do oceny kiedy Zamawiający uzna faktycznie dany produkt za równoważny temu, który faktycznie chciał otrzymać. Aby określić to w sposób prawidłowy Zamawiający w treści SIWZ powinien wyraźnie oznaczyć dolną i górną granicę takiego odstępstwa, bowiem mogą zdarzyć się takie sytuacje, że produkt zaoferowany przez danego Wykonawcę może mieć parametr lepszy aż o 30%. Tutaj rodzi się pytanie czy Zamawiający uzna taki wyrób za równoważny z tym opisanym nazwą produktem. Stąd też Zamawiający dokonując opisu w ten sposób powinien być bardzo ostrożny i precyzować maksymalnie kryteria uznania danego produktu za równoważny. Nie może być przecież tak, że dopiero na etapie oceny danej oferty Zamawiający będzie mógł dowolnie ocenić równoważność broni oferowanej przez poszczególnych wykonawców, a Wykonawca składając ofertę nie ma pewności jakie parametry będą uznane przez Zamawiającego za potwierdzające równoważność względem produktu wzorcowego.

Zaznaczył także, że Odwołujący i inni Wykonawcy, którzy nie zaoferują przedmiotu zamówienia zgodnego z podanym przez Zamawiającego będą zobowiązani do podjęcia dodatkowych czynności sprawdzających ich broń pod kątem równoważności. Zamawiający także nie dołączył do opisu przedmiotu zamówienia norm opisanych przez „zgodny z" czy „nie gorszy niż", co powoduje, iż Odwołujący musi podjąć czynności na własną rękę aby uzyskać specyfikacje techniczne broni wskazanej wprost z nazwy.

Odwołujący wskazał też że nie można stracić z pola widzenia faktu, że w Zadaniu nr 3 i 4, Wykonawcy, którzy zaoferują przedmiot równoważny będą zobowiązani do przeprowadzenia szkolenia w terminach i miejscu uzgodnionym z Zamawiającym. Natomiast od wymogu przeprowadzenia szkolenia odstępuje się w przypadku, gdy zakupiona broń znajduje się już na wyposażeniu Policji. Już na samym początku wykonawcy, którzy zaoferują broń równoważną są w gorszej pozycji od tych podmiotów, które zaoferują broń wskazaną nazwą przez Zamawiającego. Bowiem nie dość, że muszą wykonać przedmiot zamówienia w szerszym zakresie to jeszcze oczywistym jest, że automatycznie wzrasta koszt realizacji zamówienia w związku z koniecznością wkalkulowania w cenę oferty przeprowadzenia szkolenia mechaników/rusznikarzy w zakresie napraw warsztatowych broni. Odwołujący więc już od samego początku jest nierówno traktowany przez Zamawiającego, gdyż zaoferowany przez niego produkt nie byłby zgodny z tym wskazanym bezpośrednio z nazwy.

Przechodząc do zarzutu II Odwołujący przywołał brzmienie art. 91 ust. 2d ustawy Pzp. Wskazał, iż jakkolwiek kryteria jakościowe co do zasady są dopuszczalne i stosowane przez Zamawiających jako kryterium oceny ofert to w analizowanym postępowaniu zostały one zastosowane nieprawidłowo. Dalej wskazał, że w rozdziale XIV SIWZ Zamawiający ustanowił jako jedno z kryterium oceny ofert „Kompatybilność". Zgodnie z SIWZ Zamawiający przyznaje punkty w ramach tego kryterium sprawdzając, czy został zaoferowany towar wprowadzony do

uzbrojenia Policji. Jednocześnie jednak Zamawiający nie określa jaki towar został wprowadzony do uzbrojenia Policji, co uniemożliwia Odwołującemu ustalenie, czy otrzyma punkty w tym kryterium jeżeli zaoferuje broń producentów, z którymi współpracuje. Następnie Odwołujący wskazał, iż samo postanowienie w zakresie ilości przyznawanych punktów wyklucza się. Na początku opisu Zamawiający wskazuje, że „maksymalnie wykonawca może otrzymać 30 punktów", lecz w dalszym opisie tego kryterium określa jedynie, że „dodatkowo 30 punktów w przypadku zaoferowania broni wprowadzonej do uzbrojenia Policji". Oznacza to tak na prawdę, że Wykonawca otrzyma albo 0 pkt albo 30 pkt! Stoi to więc całkowicie w sprzeczności ze sobą. Wykonawca nie wie jaka faktycznie ilość punktów zostanie przyznana w tym kryterium, czy może będzie to 0 pkt albo 30 pkt lub może będą przyznawane punkty cząstkowe skoro Zamawiający wskazał na słowo „maksymalnie". Odwołujący przywołał również tezy z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej odnoszące się do prawidłowego opisu kryteriów oceny ofert (wyrok KIO z dnia 21 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1389/14, wyrok KIO z dnia 18 lipca 2017 r. sygn. akt: KIO 43/17).

Odwołujący zauważył, iż określenie przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, z którego już na etapie publikacji SIWZ wynika, że konkretny wykonawca otrzyma maksymalną ilość punktów w danym kryterium narusza przepisy art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. obowiązek określenia kryteriów oceny ofert powiązanych z przedmiotem zamówienia z poszanowaniem zasady jawności, równego traktowania, zapewnienia uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie posiada w tym zakresie nieograniczonej swobody wyboru. Kryteria oceny ofert nie mogą dyskryminować wykonawców, zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz muszą zapewniać wykonawcom możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji, (por. wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1611/18).

Ponadto 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 do jego osiągnięcia, (por. wyrok KIO z dnia 9 maja 2018 r., sygn. akt KIO 741/18). Nie można więc w tym miejscu nie stwierdzić, że wskazanie broni, w przypadku pistoletów maszynowych, której rozwiązania konstrukcyjne, techniczne i technologiczne są z przed 50 lat i przyznawanie za to jeszcze 30 pkt jest uzasadnione interesem publicznym. Branża zbrojeniowa rozwija się technologicznie w szybkim tempie, a więc w interesie Państwa powinno być pozyskiwanie broni jak najnowocześniejszej i o coraz lepszych parametrach technicznych zwłaszcza przy jednorazowym zakupie tak dużej ilości broni.
W tym wypadku dążeniem Zamawiającego powinien być zakup nowoczesnego sprzętu a nie powielanie zakupów konstrukcji, których pierwsze egzemplarze dostarczono do Policji ok. 25 lat temu. Środki publiczne powinny być wydawane z dużą rozwagą i w celu zapewniania jak najkorzystniejszych rozwiązań.

Dalej Odwołujący wskazał, że przy kryterium „Kompatybilność" Zamawiający określił, że przyzna dodatkowe 30 pkt w przypadku zaoferowania broni wprowadzonej do uzbrojenia Policji. Takie postanowienie umieszczone w treści SIWZ powoduje, że żaden z Wykonawców, za wyjątkiem tego, który dostarczał broń do Policji, nie może w sposób obiektywny uznać, że otrzyma jakiekolwiek punkty za to kryterium. Zamawiający w treści SIWZ nie wskazał jaka broń została wprowadzona do uzbrojenia Policji, tym samym opis kryterium uznać należy za niejednoznaczny. Otrzymanie więc informacji o ilości punktów zdobytych w tym kryterium przez poszczególnych wykonawców w tym kryterium będzie możliwe dopiero przy przekazaniu informacji o rozstrzygnięciu przetargu i de facto nie będzie możliwa do weryfikacji przez uczestników postępowania. Takie opisanie więc rażąco narusza konkurencyjność ofert, gdyż wiadomym jest tylko, że skoro Zamawiający wymaga konkretnych rodzajów broni jedynie dopuszczając rozwiązania równoważne to tylko Wykonawcy, którzy zaoferują broń podaną z nazwy otrzymają 30 pkt.

Ponadto Odwołujący za W. Dzierżanowskim wskazał, że „niezmiernie pożądanym przez Zamawiających kryterium jest kompatybilność nabywanego przedmiotu zamówienia z rozwiązaniami już posiadanymi. Kryterium sformułowane w sposób preferujący wskazane rozwiązania będzie miało jednak charakter dyskryminujący dla pozostałych. Jego sformułowanie powinno więc abstrahować od wskazywania takich rozwiązań.
W orzecznictwie KIO można spotkać przykłady zanegowania kryteriów właśnie z tego powodu. W sprawie 1184/2010 Izba uznała, że zastosowanie kryteriów, które w nieuzasadniony sposób dyskryminują pewne rozwiązania techniczne względem innych, narusza zasadę konkurencji. Jest to zgodne z utrwalonym poglądem, że to na zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia, iż tylko określone rozwiązania mogą spełnić obiektywne zdefiniowane potrzeby. Wówczas moim zdaniem zamawiający może ustalić kryterium kompatybilności w taki sposób, który preferuje łatwość przystosowania urządzenie nabywanych do współpracy" (por. W. Dzierżanowski, Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych, s. 311). Co więc znamienne w przypadku dostarczania broni Odwołujący nie widzi związku ani potrzeby jej kompatybilności z inną bronią, która jest na wyposażeniu Policji. Każda broń działa oddzielnie, jako wyposażenie indywidualne pojedynczego funkcjonariusza, brak jest systemu, z którym muszą być one kompatybilne, co powoduje brak zasadności tego kryterium w tym postępowaniu.

Ponadto Odwołujący wskazał, że waga tego kryterium w tak wysokiej proporcji nie ma

żadnego uzasadnienia. Zgodnie z orzecznictwem KIO Zamawiający winien mieć zawsze na względzie, że kryteria pozacenowe ustalone w zbyt wysokiej proporcji do kryterium cenowego mogą niezasadnie faworyzować określonych wykonawców, np. mających swoją siedzibę bliżej od miejsca wykonywania zamówienia, (patrz wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2426/17). Faworyzowanie więc podmiotu, który dostarczy broń już posiadaną nie ma żadnego uzasadnienia technicznego ani przełożenia na proces realizacji zamówienia. Broń jest używana przez każdego jej operatora oddzielnie, nie musi łączyć się z jakimś jednym odgórnym systemem, który umożliwia jej prawidłowe działanie. Stąd też kryterium to nie ma żadnego uzasadnienia w tym postępowaniu.

Poza tym niezrozumiałe jest dlaczego dla Zamawiającego jest tak ważne, aby jednym z kryteriów oceny ofert i o tak dużej wadze była „kompatybilność", skoro dla Zadania nr 3 i 4 Zamawiający wymaga przeprowadzenia szkolenia dla mechaników/rusznikarzy w zakresie napraw warsztatowych. Zdaniem więc Odwołującego przeprowadzenie odpowiedniego szkolenia spowoduje, że po jego odbyciu pracownicy Zamawiającego będą gotowi do samodzielnej obsługi technicznej zaoferowanej broni oraz jej autoryzowanych napraw. Nie można też z pola widzenia tracić faktu, że w każdej jednostce dochodzi do zmian kadrowych, w związku z czym mogłoby się okazać, że Zamawiający w momencie zrealizowania zamówienia nie posiada 5 osób, które posiadają przeszkolenie specjalistów firmy Heckler&Koch.

Tym samym należy uznać, że kryterium to po odbyciu odpowiednich szkoleń przez specjalistów traci całkowicie na swojej wartości. Kryterium zostało wprowadzone jedynie dlatego, że Zamawiający ma warsztat naprawczy i przeszkolonych specjalistów z firmy, której broń została opisana nazwą przez Zamawiającego. Co znamienne tak określone kryterium w żaden sposób nie przekłada się na jakość oferowanego produktu i odnosi się jedynie do właściwości danego wykonawcy poprzez uprzywilejowanie tylko tego wykonawcy, który zaoferuje broń z firmy Heckler&Koch. Kryterium to odnosi się więc w sposób nieuprawniony do właściwości danego wykonawcy, gdyż liczba przyznanych w nim punktów zależy tak naprawdę tylko od tego z kim dany dostawca ma zawarte umowy handlowe i z jakim producentem broni współpracuje.

Jednocześnie Odwołujący podał, że innym właściwym kryterium mógłby być termin realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego takie kryterium z uwagi na odległy termin realizacji zamówienia do dnia 21 grudnia 2020 r, byłoby kryterium jak najbardziej uzasadnionym, gdyż Zamawiający mógłby otrzymać broń na swoje wyposażenie dużo szybciej niż w terminie przewidzianym w SIWZ, co byłoby uzasadnione interesem publicznym.

W zakresie zarzutu III Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie przewidział klauzuli waloryzacyjnej, o której mowa w art. 142 ust. 5 pkt 2-4 ustawy Pzp, bowiem zgodnie z treścią §6 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy zmiana wynagrodzenia możliwa jest tylko w przypadku zmiany stawki podatku VAT. Uzasadniał, iż termin wykonania zamówienia został określony w Rozdziale V SIWZ. Zgodnie z nim Zamawiający wymaga, aby zamówienie było zrealizowane do dnia 21 grudnia 2020 r. Widać zatem wyraźnie, że umowa zawarta będzie na okres dłuższy niż 12 miesięcy, skoro termin składania ofert przypada na dzień 29 lipca 2019 r., a więc umowa zostanie zawarta przed grudniem 2019 r. Odwołujący wnosił o zamieszczenie ustawowo wymaganych postanowień dot. waloryzacji wynagrodzenia (por. wyrok KIO z dnia 30 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2398/18).

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 5 lipca 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę CENZIN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 8 lipca 2019 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację

postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 18 lipca 2019 r.

Nadto skład orzekający Izby zaliczył w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Strony postępowania odwoławczego, tj.:

1. korespondencję elektroniczną z dnia 29 maja 2019 r.,

2. pismo Odwołującego z dnia 3 czerwca 2019 r.,

3. list autoryzacyjny z dnia 10 maja 2019 r.,

4. tabelę porównawczą,

5. wykaz szkoleń specjalistycznych w Centrum Szkolenia Logistyki w Grudziądzu,

6. wykaz tematyki realizowanej w ramach kursu „Obsługa i naprawa broni strzeleckiej" organizowanym przez Centrum Szkolenia Logistyki w Grudziądzu dla funkcjonariuszy i pracowników Policji w dniach od 09.04.2018 r. do 20.04.2018 r.,

7. pismo Zastępcy Komendanta Stołecznego Policji z dnia 17 lipca 2019 r.,

8. ogłoszenie o zamówieniu na dostawę broni palnej (sprawa nr 10/Cut/16/ŁW/ŚDM),

9. zawiadomienie o wyborze oferty w zamówieniu, o którym mowa w punkcie 8 powyżej.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego Zamawiający oświadczył, iż uwzględnia odwołanie w zakresie:

- zarzutu nr I, tj. dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna oparta jest na okoliczności odnoszącej się do opisu równoważności przedmiotu zamówienia niespełniającego wymagań wynikających z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych,

- zarzutu nr II, tj. dotyczącego naruszenia art. 7 w zw. z art. 91 ust. 2d oraz art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna oparta jest na okoliczności dotyczącej sprzeczności w opisie kryterium „kompatybilność", rozumienia pojęcia „Broń wprowadzona do uzbrojenia Policji" oraz wagi ww. kryterium,

- zarzutu nr III, tj. dotyczącego naruszenia art. 142 ust. 5 ustawy Pzp w całości.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem IV SIWZ, przedmiotem zamówienia jest dostawa broni strzeleckiej, realizowana w ramach 5 zadań, w tym:

Zadanie 1 - karabin kal. 7,62x51 mm HK417 A2 16,5" lub równoważny, zgodny ze „Specyfikacją Techniczną nr 26/U/BLP/KGP/2015" w ilości 35 kompletów;

Zadanie 2 - karabinek kal. 5,562x45 mm HK416 A5 11" lub równoważny, zgodny ze „Specyfikacją Techniczną nr 27/U/BLP/KGP/2015" - w ilości 546 kompletów;

Zadanie 3 - pistolet maszynowy typu MP5 SD6 kal. 9x19 mm Parabellum lub równoważny, zgodny ze „Specyfikacją Techniczną nr 11/U/BLP/KGP/2015" - w ilości 55 kompletów;
Zadanie 4 - pistolet maszynowy typu MP5 K PDW kal. 9x19 mm Parabellum lub równoważny, zgodny ze „Specyfikacją Techniczną nr 10/U/BLP/KGP/2015" - w ilości 140 kompletów;
Zadanie 5 - pistolet maszynowy typu MP5 A5 kal. 9x19 mm Parabellum lub równoważny, zgodny ze „Specyfikacją Techniczną nr 25/U/BLP/KGP/2015" - w ilości 407 kompletów.

Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w załącznikach nr 2a, 2b, 2c, 2d i 2e do SIWZ.

W załączniku nr 2a stanowiącym specyfikację techniczną karabinu kal. 7.62x51 mm HK417 A2 16,5" lub równoważny Zamawiający podał:

- 3.2. System działania automatyki broni musi być zgody z systemem zastosowanym w karabinie HK417A2 16,5".

- 3.7.7 Broń musi być wyposażona w chwyt przedni montowany do szyny Picatinny, rozkładany pełniący rolę dwójnogu, dopuszcza się rozwiązanie nie gorsze niż rękojeść firmy HK o nr 967632,
- 3.7.9 Broń musi posiadać powiększoną rękojeść przeładowania. Dopuszcza się rozwiązanie nie grosze niż rękojeść firmy HK o nr 227491,

- 3.9 Kolba teleskopowa z co najmniej 3-stopniową regulacją (złożona, rozłożona częściowo, rozłożona całkowicie). Dopuszcza się rozwiązania nie gorsze niż kolba firmy HK o nr 237550,
- 5.1 System obsługi manualnej broni musi być zgodny z systemem użytym w karabinie HK417 A2 16,5" dostępny po obu stronach broni (dźwignia zatrzasku magazynka, dźwignia zatrzasku zamka oraz przełącznik rodzaju ognia dostępna dla prawo i lewo ręcznych),

- 10.1.4 Ukompletowanie - chwyt pistoletowy nie gorszy niż HK 227610,

- 10.1.5 Ukompletowanie - pas nośny z systemem szybkiego wypinania nie gorszy niż HK 234723,

- 10.1.8 Ukompletowanie - tylny uchwyt do pasa nośnego nie gorszy niż HK 227675.

W załączniku nr 2b stanowiącym specyfikację techniczną karabinka kal. 5,56x45 mm HK416 A5 11" lub równoważny Zamawiający podał:

- 3.2 System działania automatyki broni musi być zgody z systemem zastosowanym w karabinku HK416 A5 11",

- 3.8.6 Broń musi być wyposażona w chwyt przedni. Dopuszcza się rozwiązania nie gorsze niż chwyt firmy HK o nr 224620,

- 3.8.7 Broń musi być wyposażona w ergonomiczny pistoletowy chwyt tylny z zasobnikiem na narzędzia do codziennej obsługi broni. Dopuszcza się rozwiązania nie gorsze niż chwyt firmy

HK o nr 260571,

- 3.8.9 Broń musi posiadać powiększoną rękojeść przeładowania. Dopuszcza się rozwiązania nie gorsze niż rękojeści firmy HK o nr 235028/236206 (ilości rękojeści w poszczególnych wersjach: lewa/prawa zostaną określone w umowie),

- 3.8.11 Broń musi posiadać adapter boczy do pasa nośnego nie gorszy niż firmy HK

o nr 237520,

- 3.11 Magazynek - dwurządowy, 30 - nabojowy, stalowy. Dopuszcza się rozwiązania nie gorsze niż magazynek firmy HK o nr 251770,

- 5.1 System obsługi manualnej broni musi być zgodny z systemem użytym w karabinku HK416 A5 11",

- 10.1.3 Ukompletowanie - przybory do czyszczenia i konserwacji (nie gorszy niż zestaw HK nr 987445).

W załączniku nr 2c stanowiącym specyfikację techniczną pistoletu maszynowego typu MP5 SD6 kal. 9x19 mm Parabellum lub równoważny Zamawiający podał:

- 5.1 System obsługi manualnej broni musi być zgody z rozwiązaniami zastosowanymi w pistolecie maszynowym MP5 SD6.

W załączniku nr 2d stanowiącym specyfikację techniczną pistoletu maszynowego typu MP5 K PDW kal. 9x19 mm Parabellum lub równoważny Zamawiający podał:

- 5.1 System obsługi manualnej broni musi być zgody z rozwiązaniami zastosowanymi w pistolecie maszynowym MP5 K PDW.

W załączniku nr 2e stanowiącym specyfikację techniczną pistoletu maszynowego typu MP5 A5 kal. 9x19 mm Parabellum lub równoważny Zamawiający podał:

- 5.1 System obsługi manualnej broni musi być zgody z rozwiązaniami zastosowanymi w pistolecie maszynowym MP5 A5.

Nadto w załączniku nr 2c i 2d Zamawiający wskazał, że:

1. w terminie i miejscu uzgodnionym z Zamawiającym, Wykonawca zamówienia przeprowadzi szkolenie mechaników/rusznikarzy dla maksymalnie 5 osób, w zakresie napraw warsztatowych broni,

2. po zakończeniu szkolenia każdy z uczestników szkolenia otrzyma dokument potwierdzający

fakt odbycia szkolenia,

3. wszelkie koszty związane z przeprowadzeniem szkolenia, z wyłączeniem kosztów dojazdu, wyżywienia oraz zakwaterowania uczestników ponosi Wykonawca zamówienia,

4. od wymogu przeprowadzenia szkolenia odstępuje się w przypadku gdy zakupiona broń znajduje się już na wyposażeniu Policji.

Z kolei zgodnie z rozdziałem XIV SIWZ, kryteriami ocen ofert w niniejszym postępowaniu były: 1) cena oferty brutto o wadze 60%, 2) okres gwarancji o wadze 10% oraz 3) kompatybilność o wadze 30%.

W odniesieniu do kryterium K3 - kompatybilność Zamawiający wskazał, iż maksymalnie wykonawca może otrzymać 30 punktów. Z uwagi na posiadanie przez Zamawiającego zaplecza obsługowo - naprawczego (specjalistyczne narzędzia, sprzęt metrologiczny, części zamienne) oraz przeszkolonego przez specjalistów z firmy Heckler&Koch wykwalifikowanego personelu, w zakresie obsługi technicznej i autoryzowanych napraw broni, Zamawiający przyzna do punktacji Wykonawcy dodatkowe 30 pkt w przypadku zaoferowania broni wprowadzonej do uzbrojenia Policji.

Nadto zgodnie z § 6 ust. 2 wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ), Strony przewidują możliwość dokonywania zmian w treści umowy w stosunku do treści oferty wykonawcy:

1) powstała możliwość zastosowania nowszych i korzystniejszych dla Zamawiającego rozwiązań technologicznych lub technicznych, niż istniejące w chwili podpisania umowy i niepowodujących podwyższenia ceny,

2) niezbędna jest zmiana sposobu wykonywania zobowiązania, o ile zmiana taka jest korzystna dla Zamawiającego oraz konieczna w celu prawidłowego wykonania przedmiotu umowy i niepowodująca podwyższenia ceny,

3) zachodzi konieczność zmiany terminu realizacji Umowy, w przypadku przedłużającej się procedury udzielenia publicznego na skutek skorzystania przez Wykonawców ze środków ochrony prawnej, w takim przypadku Zamawiający zastrzega sobie możliwość wydłużenia terminu realizacji Umowy o czas trwania procedury odwoławczej,

4) nastąpiła zmiana wysokości podatku VAT; w takim przypadku Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmiany ceny o kwotę wynikającą ze zmienionych stawek tego podatku obowiązujących w dacie powstania obowiązku podatkowego w czasie trwania umowy.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż mając na uwadze uwzględnienie przez

Zamawiającego odwołania w zakresie zarzutu nr I, tj. dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1

w zw. z art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna oparta jest

na okoliczności odnoszącej się do opisu równoważności przedmiotu zamówienia niespełniającego wymagań wynikających z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zarzutu nr II, tj. dotyczącego naruszenia art. 7 w zw. z art. 91 ust. 2d oraz art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna oparta jest na okoliczności dotyczącej sprzeczności w opisie kryterium „kompatybilność", rozumienia pojęcia „Broń wprowadzona do uzbrojenia Policji" oraz wagi ww. kryterium, a także zarzutu nr III, tj. dotyczącego naruszenia art. 142 ust. 5 ustawy Pzp w całości, oraz z uwagi na brak sprzeciwu wykonawcy CENZIN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wobec uwzględnienia części zarzutów Izba uznała, że postępowanie odwoławcze w ww. zakresie podlega umorzeniu. W tym miejscu Izba wskazuje, że celowość i zasadność ww. czynności Zamawiającego znalazła się poza merytoryczną oceną Izby.

Odwołujący postawił w treści odwołania zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia dla wszystkich pięciu (5) zadań w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nieuzasadnione opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą nazw własnych oferowanej broni, co prowadzi jednoznacznie i bezpośrednio do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców oraz oferowanych przez nich produktów, kiedy to specyfika zamówienia w żaden sposób nie powoduje niemożliwości opisania tego przedmiotu zamówienia za pomocą określonych parametrów istotnych dla Zamawiającego, a użycie słowa „równoważny" ma jedynie charakter iluzoryczny i nie spełnia wymagań wynikających

z przepisów, co stanowi okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie prawidłowej i zgodnej z intencją Zamawiającego oferty oraz poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, a nadto zróżnicowanie zakresu przedmiotu zamówienia w przypadku zaoferowania przedmiotu zamówienia innego niż opisany dokładną

nazwą własną dla Zadania nr 3 i Zadania nr 4.

Ww. zarzut w części w jakiej nie został uwzględniony przez Zamawiającego podlegał merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę, jednakże nie zasługiwał na uwzględnienie.

Na wstępie wskazać należy, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność ta stanowi jednocześnie obowiązek Zamawiającego, ale i jego uprawnienie, bowiem odzwierciedla rzeczywiste potrzeby Zamawiającego w danym postępowaniu. To Zamawiający ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb.

Ponadto zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, 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. Z powyższego przepisu wynika zatem, iż Zamawiający opisując przedmiot zamówienia winien dołożyć staranności, by opis zamówienia był kompletny, jasny, zrozumiały dla potencjalnych wykonawców. Jednocześnie ograniczenia w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia zawiera norma art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, która zakazuje opisania przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminacyjny.

Nadto, jak stanowi ust. 3 ww. przepisu, przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, 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".

Izba wskazuje, że podziela argumentację Odwołującego, który podnosił, że o możliwości zastosowania wyjątku uregulowanego w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp przesądza ziszczenie się dwóch warunków. Po pierwsze specyfika przedmiotu zamówienia uzasadnia jego opisanie np. poprzez wskazanie znaków towarowych, a zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dokładnych określeń oraz po drugie zamawiający wskaże na możliwość zaoferowania produktów (usług, wyrobów) równoważnych poprzez użycie wyrażenia „lub równoważny". Odwołujący w sposób prawidłowy dokonał także interpretacji drugiego z ww. warunków (tj. „a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny") uwzględniając wytyczne zawarte w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodzić należy się z Odwołującym, iż Zamawiający powinien wskazać w SIWZ w sposób jednoznaczny i przejrzysty, jakie parametry musi spełniać zamiennik oferowany przez wykonawcę, aby został uznany za „równoważny" wyrób. W tym celu Zamawiający powinien określić tzw. warunki brzegowe umożliwiające z jednej strony Zamawiającemu ocenę, czy oferowany produkt spełnia wymagania określone w SIWZ, z drugiej zaś strony pozwalające wykonawcy zaś ustalić w sposób jasny zakres oczekiwań Zamawiającego względem oferowanego produktu zamiennego.

Nadto za wyrokiem KIO z dnia 10 stycznia 2019 r. sygn. akt: KIO 2638/18 wskazać należy, iż „Rozwiązanie równoważne nie musi być rozwiązaniem identycznym z rozwiązaniem referencyjnym. Dostrzec należy, że co do zasady urządzenia referencyjne składają się z całego konglomeratu cech technicznych, z których niektóre mają charakter kluczowy, inne zaś są pozbawione większego znaczenia. Konieczność aby wszystkie bez wyjątku parametry techniczne były równe lub lepsze jest niewykonalne i wymusza na wykonawcach obowiązek zaoferowania wyłącznie rozwiązania referencyjnego, czyniąc dopuszczenie równoważności pozornym. Nawet bowiem urządzenie o klasę wyższe od referencyjnego może zawierać jakiś nieistotny parametr techniczny, który będzie gorszy od parametrów rozwiązania referencyjnego, co może skutkować ryzykiem odrzucenia takiej oferty."

Uwzględniając trafność wykładni przepisów art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp dokonanej przez Odwołującego wskazać jednak należy, iż próżno szukać w treści odwołania argumentacji dotyczącej pierwszego z warunków, o którym mowa w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp pozwalającego Zamawiającemu na odstępstwo od zasady zakazu opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, tj. warunku dotyczącego specyfiki przedmiotu zamówienia uzasadniającej jego opisanie np. poprzez wskazanie nazwy znaków towarowych, podczas gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą

dostatecznie dokładnych określeń.

Izba wskazuje, iż jakkolwiek Odwołujący dokonał prawidłowej analizy przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp w świetle warunku dotyczącego wskazania przez Zamawiającego na możliwość zaoferowania produktów (usług, wyrobów) równoważnych poprzez użycie wyrażenia „lub równoważny", to w zakresie drugiej przesłanki wskazanej w ww. przepisie, poza treścią petitum odwołania, w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż „specyfika zamówienia w żaden sposób nie powoduje niemożliwości opisania tego przedmiotu zamówienia za pomocą określonych parametrów istotnych dla Zamawiającego" nie przedstawił żadnej argumentacji na poparcie prezentowanego stanowiska. Odwołujący powyższej przesłance, którą zresztą sam dostrzegł i wskazał w treści odwołania nie poświęcił w ogóle uzasadnienia.

Podkreślić należy, iż aby można było stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego normy wyrażonej w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp zakazującej opisywania przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, łącznie muszą zostać spełnione obydwie przesłanki zawarte w ww. przepisie.

Biorąc pod rozwagę powyższe nie sposób stwierdzić, by dla naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp wystarczające było opisanie przedmiotu zamówienia przy użyciu nazwy danego produktu wraz z jednoczesnym zamieszczeniem w ramach tego opisu sformułowania „lub równoważny". Obowiązkiem wykonawcy korzystającego ze środków ochrony prawnej jest wykazanie ziszczenia się wszystkich przesłanek zawartych w danej normie prawnej, której naruszenie zarzuca odwołujący się wykonawca. Przenosząc powyższe na okoliczności niniejszej sprawy, Odwołujący obowiązany był wykazać, że specyfika przedmiotowego zamówienia w żaden sposób nie powodowała niemożliwości opisania przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń przez Zamawiającego. Zaniechanie Odwołującego w tym zakresie skutkowało nieuwzględnieniem ww. zarzutu.

Przechodząc następnie do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zakresie jakim jego podstawa faktyczna odnosiła się do zróżnicowania zakresu przedmiotu zamówienia w przypadku zaoferowania przedmiotu zamówienia innego niż opisany dokładną nazwą własną dla zadania nr 3 i 4 Izba wskazuje, iż ww. zarzut nie został przez Odwołującego wykazany.

Na wstępie Izba wskazuje, że przedmiotowy zarzut w zakresie odnoszącym się do podanej wyżej warstwy faktycznej, nie został przez Zamawiającego uwzględniony, tym samym podlegał merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę.

Odwołujący w treści odwołania wskazywał, iż wykonawcy, którzy zaoferują broń równoważną są w gorszej pozycji od tych podmiotów, które zaoferują broń wskazaną nazwą przez Zamawiającego, bowiem nie dość, że muszą wykonać przedmiot zamówienia w szerszym zakresie to jeszcze oczywistym jest, że automatycznie wzrasta koszt realizacji zamówienia w związku z koniecznością wkalkulowania w cenę oferty przeprowadzenia szkolenia mechaników/rusznikarzy w zakresie napraw warsztatowych broni.

Mając na uwadze powyższe podkreślić należy, iż żadna ze Stron postępowania odwoławczego, jak również jego Uczestnik nie odniosła się w toku rozprawy przed Izbą do ww. zarzutu. Odwołujący nie złożył również na poparcie prezentowanego wyżej stanowiska żadnego dowodu, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi wynikającemu z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Uwzględniając zatem lakoniczną argumentację zawartą w treści odwołania dotyczącą ww. kwestii, niepopartą dowodami, podkreślić należy, że Odwołujący nie wykazał jaki wpływ na koszt realizacji niniejszego zamówienia miał nałożony na wykonawców oferujących rozwiązania równoważne względem referencyjnego obowiązek przeprowadzenia szkolenia dla mechaników/rusznikarzy w zakresie napraw warsztatowych broni w zadaniu nr 3 i 4. Odwołujący nie przedstawił również żadnej argumentacji dotyczącej charakteru samego szkolenia, w tym stopnia jego skomplikowania, czasu niezbędnego na jego organizację i przeprowadzenie, wielkości kadry potrzebnej do przeprowadzenia szkolenia wraz z ich wynagrodzeniem. Bez uwzględnienia zatem ww. podstawowych kwestii towarzyszących obowiązkowi przeszkolenia pięciu pracowników Zamawiającego w zakresie napraw warsztatowych broni w zadaniu nr 3 i 4 nie sposób przesądzić, czy i ewentualnie jaki wpływ, na cenę ww. zadań miał nałożony na wykonawców omawiany obowiązek.

Z uwagi na powyższe ww. zarzut nie został przez Izbę uwzględniony.

Kolejno Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp poprzez określenie jednego z kryterium oceny ofert „Kompatybilność" w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, opisanie tego kryterium w taki sposób, że wykonawcy składający ofertę w tym postępowaniu nie będą mogli

w sposób klarowny określić, czy zostaną im w tym kryterium przyznane punkty w tym wskazać należy na wewnętrzną sprzeczność w opisie tego kryterium co do możliwości uzyskania określonej ilości punktów, a ponadto określenie tego kryterium poprzez naruszenie zasady konkurencyjności, gdyż z góry wiadomo, że wyłącznie wykonawca, który zaoferuje przedmiot zamówienia o nazwie zgodnej z nazwą broni wskazaną w Rozdziale IV SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia (produkt wzorcowy), otrzyma maksymalną ilość punktów. W dalszej kolejności wskazać należy, że przyznanie tak wysokiej wagi w tym kryterium w zasadzie uniemożliwia wybór wykonawcy oferującego produkt równoważny, a opis tego kryterium nie przekłada się w żaden sposób na realizację zamówienia lub ma faktycznie na nią niewielki wpływ.

Ww. zarzut w części w jakiej nie został uwzględniony przez Zamawiającego podlegał merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę, jednakże w ocenie Izby nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ust. 2 art. 91 ustawy Pzp określono otwarty katalog kryteriów oceny ofert, które winny być związane z przedmiotem zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający 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 ustawy Pzp). Stosownie zaś do art. 7 ust. 1 ustawy

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.

Jak wynika zatem z powyższego, celem kryteriów oceny ofert, dobieranych przez zamawiającego dla konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, jest wybór oferty najkorzystniejszej. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 16 marca 2003 r., sygn. akt: V Ca 1213/02 wskazać należy, że kryteria oceny ofert powinny preferować rzeczy istotne dla zamawiającego, związane z przedmiotem zamówienia. 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.

W ocenie Izby 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.

Zdaniem składu orzekającego Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, Zamawiający sprostał ciężarowi wykazania, iż kryterium pozacenowe „kompatybilność" będzie służyło wyborowi oferty najkorzystniej w tym konkretnym postępowaniu.

Na wstępie Izba zauważa, że stanowisko Odwołującego co do charakteru kryterium oceny ofert nazwanego przez Zamawiającego „kompatybilność" było niespójne. Odwołujący na początku swojego wywodu dotyczącego omawianego zarzutu stwierdził, iż „jakkolwiek kryteria jakościowe co do zasady są dopuszczalne i stosowane przez Zamawiających jako kryterium oceny ofert to w analizowanym postępowaniu zostały one zastosowane nieprawidłowo". Dalej Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2018 r. sygn. akt: KIO 741/18 stwierdzając: „ponadto kryteria jakościowe nie mogą być stosowane w sposób dyskryminujący Jak wynika zatem z powyższego skoro, zdaniem Odwołującego, kryterium „kompatybilność" było kryterium jakościowym, to niewątpliwe musiało odnosić się do przedmiotu zamówienia, wszak zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne. Z kolei w końcowej części uzasadnienia dotyczącej ww. zarzutu Odwołujący wskazał, że „tak określone kryterium w żaden sposób nie przekłada się na jakość oferowanego produktu i odnosi się jedynie do właściwości danego wykonawcy poprzez uprzywilejowanie tylko tego wykonawcy, który zaoferuje broń z firmy Heckler

& Koch. Kryterium to odnosi się więc w sposób nieuprawniony do właściwości danego wykonawcy, gdyż liczba przyznanych w nim punktów zależy tak naprawdę tylko od tego z kim dany dostawca ma zawarte umowy handlowe i z jakim producentem broni współpracuje". Dodatkowo należy wskazać, iż Odwołujący nie postawił w treści odwołania zarzutu naruszenia art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej, jak również nie dokonywał wykładni ww. przepisu w świetle okoliczności rozpoznawanej przez Izbę sprawy.

W ocenie Izby pozacenowe kryterium oceny ofert nazwane przez Zamawiającego „kompatybilność", pozostaje w ścisłym związku z przedmiotem niniejszego zamówienia, a jego istotą było osiągnięcie przez Zamawiającego zakładanego celu sprowadzającego się do wyboru oferty najkorzystniejszej, która zapewni dostawę produktów funkcjonalnie powiązanych z posiadanymi już przez Zamawiającego, a która to funkcjonalność ma zasadnicze znaczenie w świetle realizowanych przez Zamawiającego uzasadnionych potrzeb.

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 wykwalifikowanej 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. Nie umknęła uwadze Izby okoliczność, iż Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie zakwestionował specyfiki działań tychże funkcjonariuszy i pominął kwestię wpływu dostawy broni nieznajdującej się obecnie na wyposażeniu Policji na działania i pracę oddziałów kontrterrorystycznych. Odwołujący nie odniósł się do prezentowanego przez Zamawiającego całego systemu szkolenia policyjnych antyterrorystów sprowadzającego się do wyćwiczenia pamięci mięśniowej przy użyciu broni znajdującej się obecnie w ramach uzbrojenia Policji zakładającego wymianę magazynka w czasie nie dłuższym niż 2,5 sekundy, niezależnie od warunków pracy, w tym m.in. pory dnia. Jak uzasadniał przed Izbą Zamawiający, działania zespołów bojowych, mają niejednokrotnie miejsce w porze nocnej, z użyciem noktowizorów ograniczających pole widzenia, tym samym wyćwiczenie pamięci mięśniowej na danej jednostce broni posiadającej właściwy jej system oraz znajomość związanego z nią oprzyrządowania niewątpliwie wpływa na pracę samych operatorów broni. Odwołujący nie zakwestionował także podnoszonej przez Przystępującego okoliczności, iż wytrenowanie pamięci mięśniowej wymaga oddania 10 000 strzałów z użyciem danej jednostki broni. Dalej, co szczególnie istotne, Odwołujący nie zanegował stanowiska Zamawiającego, który podnosił, iż zakup broni posiadającej inny system, nieznany policyjnym antyterrorystom, działającym w warunkach szczególnego zagrożenia lub wymagających użycia specjalistycznych sił i środków oraz specjalistycznej taktyki działania, spowoduje spadek gotowości bojowej tych jednostek. Odwołujący nie odniósł się również do twierdzeń Zamawiającego, iż broń APC9 firmy B&T AG, której jest wyłącznym przedstawicielem i dystrybutorem, nie była używana przez jednostki specjalne jak przykładowo Delta Force.

Zdaniem Izby Odwołujący w treści odwołania przeprowadził zbyt uproszczony wywód, który nie był zresztą akcentowany w toku rozprawy, sprowadzający się do twierdzenia, iż brak jest związku, czy potrzeby kompatybilności broni zamawianej w ramach przedmiotowego zamówienia z bronią już posiadaną przez Policję, a to z uwagi na okoliczność, że każda broń działa oddzielnie, jako wyposażenie indywidualne pojedynczego funkcjonariusza, nie bacząc przy tym na charakter i specyfikę działań zespołów bojowych. Jak wyjaśnił w toku rozprawy Zamawiający, przedmiotowa broń zostanie dostarczona nie tylko do Centralnego Pododdziału Kontrterrorystyczynego Policji „BOA", ale również do Samodzielnych Pododdziałów Kontrterrorystyczne Policji, które to jednostki niejednokrotnie prowadzą wspólne działania na terenie kraju. Tym samym używanie broni posiadającej różne systemy przez funkcjonariuszy Policji odpowiadających za działania kontrterrorystyczne, może w sposób bezpośredni przekładać się na bezpieczeństwo Państwa, jego obywateli, a w końcu i samych funkcjonariuszy.

Przechodząc do podnoszonej przez Odwołującego kwestii, jakoby rzeczone kryterium oceny ofert w żaden sposób nie przekładało się na jakość oferowanego produktu Izba wskazuje, że Odwołujący wbrew wynikającemu z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp obowiązkowi, nie złożył żadnego dowodu potwierdzającego, iż na rynku istnieją inne produkty o parametrach technicznych odpowiadających potrzebom Zamawiającego lub spełniających je w sposób wyższy. Odwołujący zaniechał powyższego nawet w odniesieniu do broni APC9, której jest dystrybutorem. Inaczej rzecz biorąc Odwołujący nie wykazał, by realizacja celu zakładanego przez Zamawiającego możliwa była poprzez dostawę broni innej niż ta, która obecnie znajduje się na uzbrojeniu Policji. Nadto za gołosłowne Izba uznała stanowisko Odwołującego, który odnośnie pistoletów maszynowych podanych przez Zamawiającego z nazwy wskazywał, iż rozwiązania konstrukcyjne, techniczne i technologiczne są z przed 50 lat. Powyższe stanowisko zostało zresztą zakwestionowane przez wykonawcę przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zdaniem składu orzekającego Izby rozpoznającego niniejszą sprawę, podnoszona przez Zamawiającego kwestia posiadanego obecnie zaplecza obsługowo - naprawczego, tj. specjalistycznych narzędzi, sprzętu metrologicznego, części zamiennych, jak również wykwalifikowanych mechaników/rusznikarzy przeszkolonych przez specjalistów z firmy Heckler&Koch miała znaczenie drugorzędne i marginalne dla oceny uzasadnionych potrzeb Zamawiającego wyrażonych w sformułowanym pozacenowym kryterium dotyczącym „kompatybilności". Innymi słowy, okoliczności te w ocenie Izby, same w sobie, nie uzasadniały w sposób wystarczający potrzeb Zamawiającego dla postawienia rzeczonego kryterium oceny ofert.

Nie można nie zauważyć, iż zamawiający dokonując zakupów w ramach systemu zamówień publicznych nabywają z biegiem lat własnych doświadczeń z zamawianymi produktami, posiadają niejednokrotnie wykwalifikowaną kadrę obsługującą zamawiane towary, czy też dysponują częściami zamiennymi do dostarczonych produktów. Przyjęcie zatem powyższej argumentacji jako wystarczającej do sformułowania pozacenowego kryterium oceny ofert - analogicznego jak w rozpoznawanej przez Izbę sprawie - zmierzającej do podtrzymania przez poszczególnych zamawiających dotychczasowych praktyk zakupowych, w okolicznościach danej sprawy, mogłoby naruszać zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Podkreślić należy, iż ocena potrzeb Zamawiającego wyrażonych m.in. w sformułowanych kryteriach oceny ofert winna być oceniana każdorazowo w okolicznościach danej sprawy.

Biorąc pod rozwagę wszystko powyższe, w tym to, że sformułowane kryterium oceny ofert, w okolicznościach niniejszej sprawy, nakierowane było na identyfikację oferty najkorzystniejszej, Izba nie uwzględniła ww. zarzutu.

Jedynie na marginesie, odnosząc się do kwestii wagi kryterium „kompatybilność", jako że Zamawiający uwzględnił zarzut odwołania w tym zakresie Izba wskazuje, że Odwołujący w ramach sformułowanych przez siebie żądań nie wskazał Zamawiającemu własnej propozycji obniżenia wagi kryterium „kompatybilność", proponując w miejsce ww. kryterium, inne, korzystniejsze z jego punktu widzenia, kryterium terminu dostawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów w wysokości 3600 zł stanowiącej wynagrodzenie pełnomocnika na podstawie złożonego do akt rachunku.

Przewodniczący: .....