

WYROK

z dnia 22 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Katarzyna Odrzywolska
Przewodniczący Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki

Członkowie:

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2021 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2021 r. przez
wykonawcę: UMO Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Komendę Główną Policji z siedzibą
w Warszawie

przy udziale wykonawcy: J. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "M.K.
S." J. K. S. zgłaszającego przystąpienie

do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.3. nakazuje dokonać zwrotu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą kwotę nadpłaconego wpisu.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia

- przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 2885/21

UZASADNIENIE

Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie (dalej: „zamawiający”), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie zapytania ofertowego pn. „Dostawa karabinów wyborowych Accuracy International AX308 w ilości 16 kompletów”; numer referencyjny: 502/Cut/21/ESZ (dalej: „postępowanie”).

W dniu 29 września 2021 r. wykonawca: UMO Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce (dalej „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania przez zamawiającego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp" pomimo, że zamawiający był do tego zobowiązany.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 513 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i art. 3 ust. 1 pkt 3

w zw. z art. 7 pkt 36 i art. 7 pkt 22 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy Pzp pomimo, że zamawiający był do tego zobowiązany, z uwagi na bezprawne zakwalifikowanie zamówienia do zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa i jego wyłączenie na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z powołaniem się na wartość szacunkową zamówienia, która nie przekracza progu stosowalności ustawy Pzp dla zamówień tego typu (428 000 euro), podczas gdy zamówienie, którego dotyczy postępowanie nie stanowi zamówienia z dziedziny obronności i bezpieczeństwa w rozumieniu art. 7 pkt 36 ustawy Pzp w zw. z art. 7 pkt 22 ustawy Pzp;

2. art. 513 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 30 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy Pzp pomimo, że zamawiający był do tego zobowiązany poprzez zaniżanie wartości zamówienia i zaniechanie sumowania zamówień podobnych w celu wyłączenia stosowania ustawy Pzp;

3. art. 513 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy Pzp pomimo, że zamawiający był do tego zobowiązany z uwagi na bezprawne zakwalifikowanie zamówienia do zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa i jego wyłączenie na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, w tym w zakresie wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i dopuszczenia rozwiązań równoważnych, co prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia postępowania pn. „Dostawa karabinów wyborowych Accuracy International AX308 w ilości 16 kompletów”; numer referencyjny: 502/Cut/21/ESZ;

przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu konkurencyjnym zgodnym z ustawą Pzp.

Odwolujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

W pierwszej kolejności, uzasadniając zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 513 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i art. 3 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 pkt 36 i art. 7 pkt 22 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy Pzp wskazywał, że zamawiający w dniu 24 września 2021 r. na platformie zakupowej opublikował zapytanie ofertowe dotyczące zamówienia pn. „Dostawa karabinów wyborowych Accuracy International AX308 w ilości

16 kompletów”, numer postępowania 502/Cut/21/ESz. Zapytanie ofertowe nie dopuszcza możliwości składania przedmiotów równoważnych oraz wskazuje na termin realizacji do 22 listopada 2021 r. Termin ten jest możliwy do wykonania wyłącznie w przypadku wykonawcy, który posiada już przedmiot zamówienia w zasobach magazynowych.

W zapytaniu ofertowym zamawiający wskazał, że: zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, do udzielenia przedmiotowego zamówienia nie stosuje się przepisów ustawy Pzp. Przedmiotem zamówienia są dostawy sprzętu wojskowego w rozumieniu art. 7 pkt 36 ppkt a ustawy Pzp, a wartość zamówienia jest niższa niż kwoty określone w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Powyższe wyłączenie opierające się na klasyfikacji zamówienia jako zamówienia

w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa w rozumieniu art. 7 pkt 36 ustawy Pzp w zw. z art. 7, pkt 22 ustawy Pzp, umożliwiło powołanie się na próg stosowalności w wysokości 428 000 euro, co jest bezprawne.

W ocenie odwołującego przedmiotowe zamówienie nie stanowi zamówienia z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, jego przedmiotem nie jest sprzęt wojskowy

w rozumieniu art. 7 pkt 36 i 22 ustawy Pzp, a jedynym powodem takiej kwalifikacji jest uniknięcie obowiązku stosowania ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że przedmiot zamówienia, którego dotyczy postępowanie (jednak z zachowaniem wymagań dotyczących równoważności) był przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego jako zamówienie klasyczne w kwietniu 2021 r. pn. „Dostawa karabinów wyborowych kal. 7,62x51 mm w liczbie 19 kompletów” w

zamówieniu podstawowym. Był to ten sam przedmiot zamówienia, przy czym zamawiający dopuścił w tym postępowaniu równoważność, czego zaniechał w niniejszym postępowaniu, dedykowanym wprost dla karabinów wyborowych wskazanych poprzez określenie ich nazwy handlowej.

W ww. postępowaniu jeden z oferentów zaoferował karabiny, które obecnie są przedmiotem postępowania. Postępowanie to zostało unieważnione w lipcu 2021 r. z uwagi na wadliwe postanowienia specyfikacji warunków zamówienia.

Dalej wskazywał, że zgodnie z art. 7 pkt 36 lit a ustawy Pzp przez zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa - należy rozumieć zamówienie udzielane przez zamawiającego publicznego lub zamawiającego sektorowego, którego przedmiotem

są dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów

lub jego oprogramowania. Z kolei na podstawie art. 7 pkt 22 ustawy Pzp przez sprzęt wojskowy należy rozumieć wyposażenie specjalnie zaprojektowane lub zaadaptowane do

potrzeb wojskowych i przeznaczone do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne.

Przedmiot zamówienia nie spełnia ww. wymagań definicyjnych sprzętu wojskowego. Nie jest to wyposażenie specjalnie zaprojektowane lub zaadaptowane do potrzeb wojskowych

i przeznaczone do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne. Jego odbiorcą i użytkownikiem mają być jednostki policyjne, nie wojskowe, które nie pełnią funkcji, dla których dedykowane są zamówienia z dziedziny obronności i bezpieczeństwa. Nie sposób oderwać przedmiotu zamówień od celu ich udzielenia oraz podmiotu, który takich zamówień udziela. Zakres zadań policji nie obejmuje celów, które pozwalałyby na taką kwalifikację zamówień. Ponadto kwalifikacja zamówień opierająca się na założeniu, że każdy karabin jest sprzętem wojskowym w rozumieniu ustawy Pzp pozwalałaby uznać za zamówienia z

dziedziny obronności i bezpieczeństwa każde zamówienie tego typu.

Odwołujący zwracał uwagę, że zamawiający wszystkie zamówienia, w tym tożsame z przedmiotowym, udzielał jako zamówienie klasyczne. Nie uznawał zatem, że przedmiot zamówienia może zostać skutecznie objęty zakresem przepisów, których dotyczy dyrektywa obronna. Taka kwalifikacja stanowi nadużycie obowiązujących przepisów, a jej celem jest jedynie wyłączenie istotnego zakresu zamówień spod kognicji ustawy Pzp, co potwierdza aktualny sposób organizacji zamówień przez zamawiającego, o którym mowa w dalszej części odwołania.

W dalszej części odwołujący podnosił zarzuty naruszenia art. 513 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 30 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy Pzp pomimo,

że zamawiający był do tego zobowiązany, poprzez zaniżanie wartości zamówienia i zaniechanie sumowania zamówień podobnych w celu wyłączenia stosowania ustawy Pzp. Jego zdaniem zamawiający objął przedmiotem zamówienia 16 kompletów, ponieważ pozwoliło mu to na uznanie, że wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza wartości 428 000 euro. Dodatkowo wartość zamówienia oszacował osobno pomimo, że w tym samym czasie opublikował inne zapytanie ofertowe, dotyczące dostawy karabinków (zamówienie o numerze 501/Cut/21/AK), które to dostawy należy zakwalifikować jako zamówienia podobne. Pomimo tego, każde z nich zostało oszacowane osobno, każde poniżej 428 000 euro, podczas

gdy w przypadku ich łącznego szacowania, zamawiający miałby obowiązek udzielania zamówienia na podstawie ustawy Pzp (nawet przy uznaniu, że zamówienia mieszczą się w zamówieniach z dziedziny obronności i bezpieczeństwa). Celem zamawiającego jest zatem pominięcie obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp zarówno poprzez bezprawną kwalifikację zamówień do zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, ale także poprzez zaniżanie wartości i brak sumowania zamówień podobnych.

Odwołujący argumentował także, że zamawiający naruszył przepisy art. 513 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, gdyż zaniechał przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy Pzp pomimo, że był do tego zobowiązany w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, w tym w zakresie wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i dopuszczenia rozwiązań równoważnych

co w konsekwencji prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Odwołujący uzasadnił, że zastosowanie procedury zapytania ofertowego umożliwiło zamawiającemu takie opisanie przedmiotu zamówienia, które wskazuje na konkretny sprzęt, bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych. Taki zabieg nie byłby możliwy w postępowaniu zgodnym z ustawą Pzp. Wyznacza także całkowicie nierealny termin wykonania zamówienia na 22 listopada

2021 r., który jest w stanie spełnić tylko wykonawca posiadający sprzęt w zasobach magazynowych.

Zamawiający, działając na podstawie art. 524 ustawy Pzp, poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca: J. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "M.K. S." J. K. S..

Zamawiający w dniu 18 października 2021 r., działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości jako niezasadnego.

Ponadto odwołujący, uzupełniając swoją argumentację zawartą w treści złożonego odwołania w dniu 18 października 2021 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania przesłaną przez zamawiającego, a także po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, pismem procesowym odwołującego oraz po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Na wstępie Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jako wykonawcą, który prowadzi działalność gospodarczą w obszarze objętym przedmiotem zamówienia i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, co do którego zamawiający zaniechał przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy Pzp. Z uwagi na zastosowaną przez zamawiającego procedurę, odwołujący został pozbawiony możliwości ubiegania się o to zamówienie, ponieważ ustalone warunki, wskazujące na konkretny przedmiot zamówienia ograniczają odwołującemu taką możliwość. Odwołujący został zatem pozbawiony możliwości wykonania tego zamówienia i osiągnięcia zysku z jego realizacji.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy. Izba dopuściła także dowody wnioskowane przez zamawiającego i odwołującego, załączone do pism procesowych i składane na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zamieszczonym w pkt III zapytania ofertowego, opublikowanego przez zamawiającego jest dostawa karabinów wyborowych Accuracy International AX308 - w ilości 16 kompletów, wykonanych zgodnie z poniższymi wymaganiami: 1. lufa 26" 2. górna szyna montażowa

o kącie pochylenia 20 MOA, 3. kolba składana w prawo, z regulacją trzewika oraz poduszki policzkowej bez użycia narzędzi, posiadającą dolną szynę montażową umożliwiającą montaż monopodu, 4. hamulec wylotowy umożliwiający montaż tłumika dźwięku bez konieczności demontażu hamulca 5. broń pokryta powłoką Cerakote, w kolorze „Elite Sand” 6. celownik optyczny HENSOLDT ZF 3,5-26x56 FF (z podświetlaną siatką MRAD Hash Reticle first focal plane, osłonami okularu i obiektywu Flip Cap dostosowane do okularu i obiektywu pozwalające na ich otwarcie do kąta 270 st., osłonę obiektywu Sunshade, osłonę obiektywu Killflash, osłonę okularu z filtrem polaryzacyjnym, bębniami regulacji na wiatr 0,1 mrad i elewacji 0,1 mrad)

w kolorze piaskowym lub czarnym wraz z dedykowanym montażem SPUHR SP-6002. Ukompletowanie: 1. dwójnóg: Accu-Tac WB-4 z montażem szybko-wyczepnym QD, stopkami Accu-Tac „G2 Spikes” oraz nakrętkami na stopki Accu-Tac „Spike Claws”, 2. monopod: składany o regulowanej długości, montowany pod kolbą, 3. tłumik dźwięku montowany

na hamulcu wylotowym, 4. tekstylna osłona termiczna zakładana na tłumik dźwięku, 5. hamulec wylotowy z możliwością montażu tłumika dźwięku, 6. magazynek naboju - 5 szt. 7. pas nośny (kolor: w zależności od koloru broni), 8. uchwyt przedni i tylny umożliwiający montaż pasa nośnego, 9. klucz do rozkładania zamka (o ile jest niezbędny do jego rozłożenia), 10. zestaw do czyszczenia i konserwacji broni dedykowany przez producenta karabinu będącego przedmiotem specyfikacji (co najmniej: wycior długi /min. 100 cm/ jednoczęściowy z możliwością montażu szczotek i przecieraków oraz 500 szt. przecieraków filcowych, szczotki 3 szt., adapter do przecieraków filcowych), 11. polowy zestaw do czyszczenia i konserwacji broni dedykowany przez producenta karabinu (co najmniej: wycior składany z możliwością montażu szczotek oraz przecieraków filcowych, wycior elastyczny typu Rip Cord, zamykane etui z materiału), 12. skrzynia transportowa klasy PELI lub EXPLORER w kolorze oliwkowym z kółkami jezdnymi, oraz wypełnieniem z twardej pianki, która musi umożliwiać przechowywanie w wyciętych specjalnie otworach co najmniej:

karabinu z założonym dwójnogiem, monopodem, celownikiem optycznym, tłumika dźwięku, 5 szt. magazynków, zestawu do czyszczenia i konserwacji broni, 13. instrukcja użytkowania i konserwacji,

14. na każde 5 egz. broni musi być dostarczony katalog części (nazwa, oznaczenie producenta) wraz ze schematem broni (rozmieszczenie elementów) w języku polskim.

15. gwarancja minimum 24 miesiące W ramach realizacji dostawy wykonawca zobowiązany jest zorganizować szkolenie (na terenie RP): dla użytkowników/operatorów dla maksymalnie

20 osób, dla mechaników rusznikarzy dla 2 osób. Koszty szkolenia ponosi wykonawca. Termin do uzgodnienia w trybie roboczym.

Z kolei w pkt II zapytania ofertowego, zatytułowanym „Informacje ogólne” zamawiający wskazał podstawę prawną, w jakiej dokonuje przedmiotowych zakupów. Powołał się

na przepis art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021, poz. 1129), zgodnie z którym do udzielenia przedmiotowego zamówienia nie stosuje się przepisów ustawy Pzp. Wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia są dostawy

sprzętu wojskowego w rozumieniu art. 7 pkt 36 ppkt a ustawy Pzp, a wartość zamówienia jest niższa niż kwoty określone w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. 3. Tym samym wybrany przez zamawiającego tryb postępowania to tryb Zapytania Ofertowego otwartego (dalej „Zapytanie”), w którym w odpowiedzi na publiczne Zapytanie, oferty mogą składać wszyscy

zainteresowani wykonawcy.

Odwołujący zarzucał w pierwszej kolejności, że zamawiający nieprawidłowo zakwalifikował przedmiot zamówienia do zamówień z dziedziny obronności i

bezpieczeństwa, dla których próg stosowalności ustawy Pzp wynosi 428 000 euro, podczas gdy powinien udzielić zamówienia jako zamówienia klasycznego. Swoją ocenę opierał na

twierdzeniu,

że przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań definicyjnych sprzętu wojskowego,

opisanych w art. 7 pkt 22 ustawy Pzp, gdyż nie jest to wyposażenie specjalnie zaprojektowane

lub zaadaptowane do potrzeb wojskowych i przeznaczone do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne. Jego odbiorcą i użytkownikiem mają być jednostki policyjne, a nie wojskowe, które nie pełnią funkcji dla których dedykowane są zamówienia z dziedziny obronności i bezpieczeństwa. Zdaniem odwołującego nie można oderwać przedmiotu zamówienia od celu jego udzielenia i podmiotu, który zamówień takich udziela.

Izba, po analizie obowiązujących w tym zakresie regulacji, w tym przepisów ustawy Pzp, w zakresie podnoszonym przez odwołującego uznała, że niezasadne są zarzuty naruszenia art. 513 pkt 3 w związku z art. 2 ust. 1 pkt 3 i art. 3 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 pkt 36 i art. 22 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy Pzp z uwagi na bezprawne zakwalifikowanie zamówienia do zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa i jego wyłączenie spod stosowania przepisów tej ustawy oraz powołanie się na wartość szacunkową zamówienia, które nie przekracza progu 428 000 euro.

W pierwszej kolejności skład orzekający zauważa, że ustawa Pzp wdrażając przepisy

Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca Dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (dalej „dyrektywa obronna” lub „dyrektywa”) wprowadziła szczególne uregulowania w zakresie zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W Dziale VI ustawy Pzp określone zostały między innymi: zakres podmiotowy i przedmiotowy tych zamówień, zasady ich udzielania, w tym takie, które mają służyć zapewnieniu bezpieczeństwa informacji niejawnych i bezpieczeństwa dostaw oraz tryby i przebieg postępowania o udzielanie zamówień, dostosowane do specyfiki przedmiotowych zamówień.

Dalej należy zauważyć, że pełny zakres przedmiotowy zamówień, do których mają

zastosowanie przepisy działu VI ustawy Pzp określa definicja ustawowa „zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa”, zawarta w art. 7 pkt 36 tej ustawy. Definiuje się je zatem jako zamówienia udzielane przez zamawiającego publicznego lub zamawiającego sektorowego, którego przedmiotem są: (a) dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania, (b) dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania, (c) roboty budowlane, dostawy i usługi związane z zabezpieczeniem obiektów będących

w dyspozycji podmiotów realizujących zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa lub związane ze sprzętem, o którym mowa w lit. a i b, i wszystkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania związanych z cyklem życia tego produktu lub usługi, (d) roboty budowlane i usługi przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych, newralgiczne roboty budowlane lub newralgiczne usługi. Zgodnie z definicją przepisy zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający stosują zatem w przypadkach: zamawiania sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania oraz do zamówień, których przedmiotem są dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania, roboty budowlane, dostawy i usługi związane z zabezpieczeniem obiektów będących w dyspozycji podmiotów realizujących zamówienia w dziedzinach obronności

i bezpieczeństwa lub związane ze sprzętem, o którym mowa w lit. a i b, i wszystkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania związanych z cyklem życia tego produktu lub usługi oraz roboty budowlane i usługi przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych, newralgiczne roboty budowlane lub newralgiczne usługi.

Dalej, co istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, należy przywołać definicję legalną sprzętu wojskowego, zawartą w art. 7 pkt 22 ustawy Pzp. Zgodnie z nim przez sprzęt wojskowy należy rozumieć wyposażenie specjalnie zaprojektowane lub zaadaptowane do potrzeb wojskowych i przeznaczone do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne. Definicja ta opiera się na przepisie art. 1 pkt 6 dyrektywy obronnej, zgodnie z którym "sprzęt wojskowy" oznacza sprzęt specjalnie zaprojektowany lub zaadaptowany do potrzeb wojskowych i przeznaczony do użycia jako broń, amunicję lub materiały wojenne. Jedyna zmiana, jaką wprowadził do treści definicji polski ustawodawca jest taka, że postępując się analogicznym do użytego w dyrektywie obronnej pojęcia "sprzętu", użył określenia "wyposażenie", przez które należy rozumieć „sprzęt”.

Z kolei celem zakwalifikowania sprzętu wojskowego dla celów ustalenia stosowania działu VI ustawy Pzp tj. uznania określonego wyposażenia (sprzętu) za sprzęt wojskowy należy odwołać się do typów produktów figurujących w wykazie broni, amunicji i materiałów wojennych Rady 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958 r. Wykaz ten w pkt 1 obejmuje między innymi: Broń ręczną i automatyczną, taką jak strzelby, karabiny, rewolwery, pistolety, pistolety maszynowe i karabiny maszynowe, z wyjątkiem broni myśliwskiej, pistoletów i innej broni małokalibrowej o kalibrze poniżej 7 mm. Dalej wymieniono również inne rodzaje sprzętu, który to katalog uznano za otwarty z tego powodu, że przedmiotowy wykaz, sporządzony ponad

50 lat temu, nie uwzględnia nowych technologii (np. sprzętu IT czy oprogramowania), które w równym stopniu można zakwalifikować jako sprzęt wojskowy.

Odwołujący z treści definicji „sprzętu wojskowego”, w której wskazano, że jest to „wyposażenie specjalnie zaprojektowane lub zaadaptowane do potrzeb wojskowych” wywodził, że w przypadku gdy ta używana jest dla potrzeb nie mających charakteru wojskowego, a w jego ocenie Policja nie realizuje żadnych zadań z tego zakresu, nie jest też formacją powołaną do obrony bezpieczeństwa w wymiarze zewnętrznym, a w konsekwencji nie ma podstaw dla skorzystania z przedmiotowej przesłanki.

Izba oceny tej nie podzieliła z następujących powodów. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zarówno przedmiot dyrektywy obronnej, a za nią dział VI ustawy, reguluje w sposób szczególnie dostosowany do specyfiki przedmiotu zamówień, zarówno zamówienia w dziedzinach obronności, jak i bezpieczeństwa. Nie da się przy tym, w ocenie Izby, jednoznacznie ustalić granicy pomiędzy zamówieniami realizowanymi w dziedzinie obronności a tymi, które podyktowane są i związane z interesami bezpieczeństwa państwa. Może się bowiem zdarzyć, że zamawiający w dziedzinie obronności zamawiają newralgiczny sprzęt, roboty budowlane i usługi, które nie mają charakteru lub celu wojskowego. Z kolei inne organy państwa czy też formacje, których zadaniem i rolą jest dbanie o bezpieczeństwo wewnętrzne będą dokonywały zakupów sprzętu wojskowego.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie było sporne między stronami, że zamawiane

karabiny wyborowe Accuracy International mieszczą się w pojęciu sprzętu wojskowego, figurującego w wykazie broni, amunicji i materiałów wojennych Rady 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958 r. Jak już bowiem wskazano, w ww. wykazie w pkt 1 figuruje następujący typ produktów: „broń ręczna i automatyczna, taka jak strzelby, karabiny, rewolwery, pistolety, pistolety maszynowe i karabiny maszynowe, z wyjątkiem broni myśliwskiej, pistoletów i innej broni małokalibrowej o kalibrze poniżej 7 mm”. Do tego typu broni ręcznej - karabinu, należy więc zaliczyć przedmiot niniejszego zamówienia.

Z kolei Policja jest formacją realizującą cele z zakresu bezpieczeństwa państwa. Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2020 r., poz. 360 ze zm.) - dalej: „ustawa o Policji” Policja została utworzona jako umundurowana i uzbrojona formacja służąca społeczeństwu i przeznaczona do ochrony bezpieczeństwa ludzi oraz do utrzymywania bezpieczeństwa i porządku publicznego. Jednym z jej ustawowych zadań jest, zgodnie z art. 1 ust. 2 pkt 2 ustawy o Policji, ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego. Zadania Policji niewątpliwie koncentrują się na ochronie bezpieczeństwa wewnętrznego państwa, przy czym samo pojęcie nie posiada definicji legalnej. Nie ulega wątpliwości, że Policja swoje zadania realizuje, zapewniając ochronę bezpieczeństwa społeczeństwu nie tylko w sposób administracyjny, ale zwłaszcza w sposób militarny. Posiada ponadto w swoich strukturach jednostki specjalne, których zadania i zakres działania powoduje, że realizują oni zadania zarówno w dziedzinie ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego, jak też zewnętrznego państwa. Z racji powierzonych im zadań tj. w związku z tym, że biorą oni udział w akcjach o najwyższym stopniu ryzyka, dlatego też muszą być doskonale przygotowani, zarówno pod względem sprawności, umiejętności, jak też specjalistycznego sprzętu, który dodatkowo w najwyższym stopniu będzie odpowiadał ich potrzebom. W konsekwencji nie tylko wojsko, ale także Policja jest formacją, która będzie dokonywała zakupów sprzętu wojskowego (broni), będąc do tego uprawnioną i zobowiązaną.

Zaznaczyć należy również, że przepisy ustawy Pzp, wdrażając dyrektywę obronną nie precyzują jakie podmioty i w jakim zakresie mogą nabywać sprzęt wojskowy. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przepisy ustawy Pzp stosuje się do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających publicznych którymi są jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych oraz zamawiających sektorowych. Podmioty te muszą stosować zasady, wymagania oraz tryby udzielenia zamówienia określone w dziale VI ustawy Pzp do udzielania zamówień, jeżeli ich przedmiotem są zamówienia, o których mowa w art. 7 pkt 36 ustawy, a nie zachodzi podstawa do ich wyłączenia, o której mowa w art. 12-15.

Tym samym Policja, stosując przepisy ustawy Pzp, każdorazowo musi podjąć decyzję czy udzielając danego zamówienia realizuje zakupy, które mieszczą się w definicji zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Zgodnie z definicją ustawową do „zamówień

w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa” zalicza się takie zamówienia, których przedmiotem są dostawy sprzętu wojskowego, jego części, komponentów, podzespołów

i oprogramowania - takie zamówienie realizowane jest w procedurze opisanej w dziale VI ustawy Pzp. Z kolei mając na myśli sprzęt wojskowy odnieść się należy do definicji słownikowej, która nie wskazuje, wbrew temu co próbuje wykazać odwołujący, że ów „sprzęt wojskowy” musi być nabywany wyłącznie w celach wojskowych, a nie dla celów związanych z ochroną bezpieczeństwa niewojskowego.

Takie rozumienie tego pojęcia potwierdza także stanowisko ustawodawcy. Wdrażając dyrektywę obronną do polskiego systemu prawnego ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271), dodano do przepisów obowiązującej ustawy rozdział 4a - Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz zdefiniowano pojęcia związane z tymi zamówieniami. Z uzasadnienia do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (druk sejmowy nr 455, VII kadencja Sejmu RP 2011 -2015, str. 60 uzasadnienia) wynika: „Biorąc pod uwagę (...) słownikową definicję wyrazów, którymi posługują się regulacje dyrektywy w celu określenia zakresu pojęcia „sprzęt wojskowy”, tj. wyrazów „sprzęt”, „wyposażenie”, „produkt”, zaproponowano, aby projektowana definicja legalna pojęcia „sprzęt wojskowy” zawarta w dodawanym art. 2 pkt 8a ustawy obejmowała swoim zakresem wyposażenie wojskowe, które zostało zaprojektowane albo zaadaptowane do potrzeb wojskowych, używane jako broń, amunicja lub materiały wojenne, o przeznaczeniu wojskowym albo niewojskowym związanym z zapewnieniem bezpieczeństwa Rzeczypospolitej Polskiej lub Unii Europejskiej. W świetle projektowanej definicji, ww. wyposażenie będzie mogło być wykorzystywane również przez inne służby wykonujące zadania w zakresie obronności i bezpieczeństwa, a więc nie tylko w celach wojskowych. Projektowana definicja nie przewiduje ograniczeń dotyczących używania sprzętu wojskowego przez służby inne niż te, do których podstawowych obowiązków należą zadania

z dziedziny obronności, tym samym omawiane wyposażenie będzie mogło być używane, nie tracąc przymiotu „sprzętu wojskowego”, przez formacje inne niż wojsko”. Podkreślić należy, że przedmiotowa definicja zawarta w przywołanym art. 2 pkt 8a ustawy jest zbieżna z zawartą w art. 7 pkt 22 ustawy Pzp, a zatem celem ustawodawcy było, aby zakupy sprzętu wojskowego były realizowane nie tylko przez Siły Zbrojne Rzeczypospolitej Polskiej dla celów obronności

i bezpieczeństwa, ale również przez inne organy państwa i jednostki organizacyjne.

Powyższe stanowisko potwierdza również Kolegium Najwyższej Izby Kontroli (dalej „NIK”) w swojej uchwale z dnia 29 maja 2019 r.nr 37/2019, która porusza wprawdzie kwestie zakupów amunicji do broni gładkolufowej w kontekście przeprowadzenia oceny zgodności, to jednak w swojej treści odnosi się również do procedury, w jakiej Policja winna dokonywać zakupów tego rodzaju. Odwołując się do motywu preambuły 11 dyrektywy obronnej, NIK stwierdza, że dyrektywa odnosi się także do sektora bezpieczeństwa niewojskowego i może to obejmować ochronę granic, działania policji oraz misje kryzysowe. Izba podziela wprawdzie ocenę odwołującego, że jako taka uchwała NIK nie jest aktem prawodawczym, jednakże zaprezentowana w niej ocena, jako zbieżna z prezentowanym w niniejszym orzeczeniu poglądem, stanowi dodatkowy argument dla prawidłowości zajętego przez Izbę stanowiska.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający stwierdził, że realizując zakupy sprzętu wojskowego, na potrzeby związane z ochroną bezpieczeństwa wewnętrznego, Policja jest uprawniona do nabywania tych dostaw w ramach zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa. Przyjęcie innego stanowiska, prezentowanego przez odwołującego w treści odwołania, prowadziłoby z jednej strony do wniosku, że ten sam karabin traci walory sprzętu wojskowego wyłącznie dlatego, że jest kupowany przez Policję bądź inną służbę. Ponadto, dokonany przez odwołującego dychotomiczny podział na zamówienia z dziedziny obronności i zamówienia z dziedziny bezpieczeństwa wprawdzie powodowałby, że Policja nie mogłaby dokonywać zakupów w trybie przez siebie wskazanym tj. nie mogłaby powoływać się na to, że dokonuje zakupu sprzętu wojskowego na potrzeby związane z ochroną bezpieczeństwa wewnętrznego państwa, jednakże byłaby uprawniona zrealizować zakupy rzeczonych karabinów powołując się na definicję „sprzętu newralgicznego”, który to sprzęt służy celom bezpieczeństwa.

Odnosząc się do zarzutów odwołującego w zakresie, w jakim podnosił, że zamawiający naruszył przepisy art. 513 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 30 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na zaniżenie wartości zamówienia i zaniechania sumowania zamówień podobnych - Izba uznała powyższe zarzuty za niepotwierdzone.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że odwołującemu brak jest konsekwencji w formułowaniu zarzutów, które podnosi w treści złożonego odwołania. Z jednej strony twierdzi bowiem, że zamawiający nie był uprawniony do zastosowania trybu i procedur wynikających z tego, że zakwalifikował przedmiotowe postępowanie jako zamówienie z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, do czego nie był uprawniony. Następnie zarzuca zamawiającemu, że nienależycie oszacował wartość zamówienia, a w konsekwencji nie został przekroczony próg stosowności ustawy Pzp dla zamówień typu - 428 000 euro, czym niejako przyznaje, że kwalifikacja zamawiającego była prawidłowa, jednakże naruszył przepis ustawy Pzp zaniżając wartość zamówienia, aby „ominać” obowiązek zastosowania przepisów Rozdziału VI ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego, również w ten sposób sformułowany zarzut, nie znajduje oparcia w materiale dowodowym. Zamawiający przyznał wprawdzie, że w tym samym czasie wszczął, oprócz przedmiotowego postępowania, również inne zapytanie ofertowe dotyczące dostawy karabinków (zamówienie 501/Cut/21/AK), które jest zamówieniem podobnym i tak zamówienia te potraktował. Wbrew jednak twierdzeniom odwołującego zamawiający, szacując wartość zamówienia i podejmując decyzję o trybie w jakim zostaną one udzielone, opierał się na łącznej wartości tych zamówień, która wyniosła 402 697,56 euro. Jednostkowe wartości tych zamówień wynosiły odpowiednio: 126 118,26 euro dla karabinków oraz 276 579,30 euro, dla karabinów wyborowych.

Na potwierdzenie, że zarówno pojedynczo, jak też łącznie, zamówienia te nie przekraczają progu, powyżej którego wymagane jest przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w jednym z trybów wskazanych w Dziale VI ustawy Pzp, zamawiający przedstawił kopię notatki z dnia 23 sierpnia 2021 r. dotyczącej oszacowania wartości przedmiotu zamówienia na karabin wyborowy Accuracy International AX 308 kł. 7,62x51 mm wraz z ukończeniem, z której wynika, że szacunkowa wartość tego zamówienia stanowi równowartość kwoty 276 579, 30 euro oraz kopię notatki z dnia 12 września 2021 r. dotyczącej oszacowania wartości przedmiotu zamówienia na karabinek kal. 5,56x45 mm HK416 A5 11” lub równoważny w ilości 48 kpl., w której szacowana wartość

zamówienia stanowi równowartość kwoty 126 118, 26 euro.

Zamawiający złożył również jako dowód wydruk - wyciąg z planu zamówień zamawiającego na rok 2021, w którym w pozycjach 1079 i 982 wpisano odpowiednio: karabiny wyborowe oraz karabinki kal. 5,56x45 mm. Ponadto, w kolumnie pn. sposób realizacji postępowania publicznego zamawiający wpisał: „zamówienie w dziedzinie obronności

i bezpieczeństwa o wartości poniżej 428 000 euro”.

Odwołujący nie wykazał, że działanie zamawiającego w tym zakresie było celowe i, że ograniczył swoje potrzeby obejmując przedmiotem zamówienia 16 kompletów wyłącznie celem takiego zaniżenia wartości szacunkowej, aby nie został przekroczony próg - 428 000 euro. Izba przyjęła jednocześnie wyjaśnienia zamawiającego, który wskazywał, że zakres przedmiotowego zamówienia został ograniczony w stosunku do zamówienia, które zostało wszczęte w kwietniu br. z uwagi na środki finansowe, którymi dysponuje w chwili obecnej.

Z uwagi na powyższe zarzuty odwołującego w tym zakresie należało oddalić.

Izba nie podzieliła również zarzutów naruszenia art. 513 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 16 poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo, że zamawiający był do tego zobowiązany z uwagi na wadliwe zakwalifikowanie zamówienia do zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa i jego wyłączenie na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w celu uniknięcia stosowania przepisów tej ustawy, w tym zakresie wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i dopuszczenia rozwiązań równoważnych, co prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji.

Izba uznała, że zamawiający dokonał prawidłowej kwalifikacji przedmiotu zamówienia, jako zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, prawidłowo szacując wartość zamówienia, co zostało uzasadnione powyżej, w konsekwencji argumentacja w tym zakresie pozostaje aktualna.

W konsekwencji tak dokonanej kwalifikacji, zamawiający przeprowadził procedurę, która wyłącza obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp, w tym także w zakresie dotyczącym sporządzania opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyjaśnił ponadto, że opisując przedmiot zamówienia kierował się uzasadnionymi potrzebami. Poprzednio prowadzone przez niego postępowanie w analogicznym przedmiocie, w ramach którego zamawiający przeprowadził również testy oferowanych przez wykonawców karabinów, pozwoliło zamawiającemu na doprecyzowanie w treści zapytania ofertowego swoich wymagań w taki sposób, aby zakupić sprzęt odpowiadający jego wymaganiom. Z uwagi na to,

że w niniejszym postępowaniu zamawiający nie był zobowiązany do stosowania zasad dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, wprowadzonych przepisami ustawy Pzp - mógł opisać przedmiot zamówienia określając w sposób jednoznaczny parametry zamawianego sprzętu, nie dopuszczając jednocześnie rozwiązań równoważnych.

Jednocześnie, jak wskazał zamawiający, zgodnie z obowiązującymi u niego przepisami wewnętrznymi przedmiotowe zamówienie mogło zostać udzielone wyłącznie poprzez skierowanie zapytania ofertowego do wybranych wykonawców. Celem jednak zachowania przejrzystości, opublikował zapytanie ofertowe na stronie internetowej.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) oraz §8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Jednocześnie, mając na uwadze, że zgodnie z §2 ust. 4 pkt 1 cytowanego wyżej Rozporządzenia wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu odwoławczym dotyczącym zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany, wynosi 7 500,00 zł. w przypadku zamówienia na dostawę lub usługi lub w konkursie, zaś odwołujący wniósł wpis w wysokości 15 000,00 zł. Izba nakazała dokonać zwrotu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego kwoty 7 500,00 zł., stanowiącą kwotę

napłaconego wpisu.

Przewodniczący:

Członkowie:

17