



ZASTĘPCA DYREKTORA
BIURA FINANSÓW
KOMENDY GŁÓWNEJ POLICJI

02-542 Warszawa
ul. Domaniewska 36/38

Z-ca Dyrektora 60-117-55

fax. 60-118-57

Fz 7368/01

Warszawa, dnia 29.10.2007 r.

**Do uczestników
ubiegających się o udzielenie
zamówienia publicznego**

Dotyczy postępowania na dostawę 25.701 kpl. 9 mm pistoletów samopowtarzalnych,
sprawa numer 174/Cmt/07/JM

Uprzejmie informuję, że w dniu 29.10.2007 r. został rozstrzygnięty protest, złożony w
dn. 19.10.2007 przez Fabrykę Broni ŁUCZNIK-Radom, którego treść załączam
poniżej.

Zamawiający, na podstawie art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo
zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. Nr 164 poz. 1163z późn. zm.)

po rozpatrzeniu

protestu dotyczącego naruszenia, według protestującego art. 8 ust. 3 ustawy z dnia
10 września 1999 roku o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w
związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa
(zwaną dalej ustawą o umowach offsetowych), art. 7 oraz art. 16 ustawy Prawo
zamówień publicznych w postępowaniu pn. „Dostawa 25.701 kpl. 9 mm pistoletów
samopowtarzalnych, sprawa numer 174/Cmt/07/JM, prowadzonego w trybie
przetargu nieograniczonego

postanawia protest oddalić.

We wskazanym w pkt 1 protestu, Wykonawca zarzuca Zamawiającemu, że nie
uwzględnił wymogów wynikających z art. 8 ust. 3 umowy offsetowej i w konsekwencji
nie zawarł przez Zamawiającego w SIWZ założeń do oferty offsetowej, mimo że
wartość zamówienia przekracza wartości wskazane w art. 2 ust. 1 ww ustawy.

Zamawiający nie naruszył wymogów wynikających z art. 8 ust. 3 cytowanej ustawy
gdyż nie był zobowiązany do jej stosowania.

Odnosząc się do zarzutu w pkt 1 Protestu w pierwszej kolejności należy podkreślić,
że zgodnie z art. 1 ustawy z dnia 10 września 1999 r. o niektórych umowach
kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby
obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz. U. Nr 80, poz. 903) ustawa reguluje

zasady zawierania oraz prawa i obowiązki stron umowy kompensacyjnej, w związku z zawarciem umowy dostawy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej uzbrojenia lub sprzętu wojskowego na potrzeby obronności lub bezpieczeństwa państwa, wyprodukowanego lub wytworzonego poza jej terytorium, do którego stosuje się art. 296 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (podkreślenie własne)

Z brzmienia literalnego tytułu cytowanej ustawy (zwanej dalej „ustawą o umowach offsetowych”) wynikałoby, iż reguluje ona tylko jeden z wielu rodzajów umowy kompensacyjnej, tj. umowę offsetową, a zatem nie ma ona zastosowania do innych rodzajów umów kompensacyjnych, takich jak np.: umowa barterowa (barter), umowa kompensacyjna *sensu stricto* (przyjmująca często postać clearingu), umowa wzajemnej sprzedaży (*counterpurchase*).

Trzeba także zauważyć, że kolejny przepis art. 4 ust. 1 określa dla zagranicznego dostawcy uzbrojenia przede wszystkim obowiązek zawarcia umowy offsetowej ze Skarbem Państwa (obowiązek kontraktowania). Według komentatorów tego przepisu, obowiązek kontraktowania nałożony na zagranicznego dostawcy dotyczy tylko zawarcia umowy offsetowej z zagranicznym dostawcą uzbrojenia lub sprzętu wojskowego, a nie obejmuje zaś umowy dostawy uzbrojenia i sprzętu wojskowego. W przypadku tej drugiej umowy swobodę kontraktowania stosuje się w pełni w odniesieniu do zagranicznego dostawcy, przy czym wyłonienie dostawcy winno odbyć się w trybie zamówienia publicznego (w trybie przetargu ograniczonego).

Postępowanie w sprawie zawarcia umowy offsetowej nie jest postępowaniem administracyjnym, bowiem jest negocjowaniem umowy z podmiotem prawa cywilnego jakim z jednej strony jest Skarb Państwa (reprezentowany przez organ administracji rządowej). Omawiana umowa offsetowa ma charakter międzynarodowy, gdyż stosunek umowy obu stron wychodzi poza terytorium jednego państwa, z istoty tych umów wynika, że jedną ich stroną musi być zagraniczny dostawca uzbrojenia lub sprzętu wojskowego.

Dla rozstrzygnięcia więc zasadności zarzutu, o którym mowa na wstępie niniejszego pisma, istotne znaczenie ma przede wszystkim norma zawarta w art. 1 ustawy o umowach offsetowych oraz regulacja zawarta w art. 2 dotycząca przypadków, w których nie stosuje się tej ustawy, mimo że mamy do czynienia z dostawą uzbrojenia lub sprzętu wojskowego przez zagranicznego dostawcę, a więc spełnieniem przesłanek z art. 1 ustawy.

Z przyczyn więc oczywistych ustawy jednak nie stosuje do takich przypadków, które nie podpadają pod jej zakres przedmiotowy (art. 1) i podmiotowy (art. 3 pkt 1 i 3) ustawy.

W rozważanym stanie faktycznym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.), która stanowi również o sposobie zawarcia umowy oraz nakazuje stosować do umów w sprawach zamówień publicznych przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej (art. 139 ust. 1).

Z treści opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ wynika, iż przedmiot zamówienia oznaczonego nr sprawy 174/Cmt/07/JM, nie dotyczy dostawy przez zagranicznego dostawcę w rozumieniu ustawy (art. 3 pkt 3) uzbrojenia i sprzętu wojskowego na rzecz Sił Zbrojnych RP, ani też dostawy pistoletów specjalnie zaprojektowanych dla Policji (Straży Granicznej), jak i przeznaczonych wyłącznie na potrzeby obronności lub bezpieczeństwa państwa.

Zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych (...) Minister Obrony Narodowej w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw

gospodarki i ministrem właściwym do spraw wewnętrznych powinien określić w drodze rozporządzenia wykaz uzbrojenia i sprzętu wojskowego, którego zakup jest objęty obowiązkiem zawarcia umowy offsetowej. Wykaz powinien obejmować środki walki, sprzęt techniczny, wyposażenie i środki materiałowe, części zamienne, materiały eksploatacyjne, oprogramowanie i systemy, które ze względu na swoje wymagania lub właściwości techniczno-konstrukcyjne oraz sposób zaprojektowania lub wykonania są przeznaczone **wyłącznie do celów wojskowych**. Wykaz powinien obejmować również wyroby i technologie, jeżeli zostały zmodyfikowane **do celów wyłącznie wojskowych**." Do dnia dzisiejszego nie został wydany akt wykonawczy, który zawierałby wykaz uzbrojenia, którego zakup objęty zostanie obowiązkiem zawarcia umowy offsetowej.

Prowadzi to do wniosku, że skoro nie zostały spełnione przesłanki z art. 1 ustawy o umowach offsetowych, to zamawiający nie miał obowiązku stosowania nie tylko art. 8 ust. 3, ale w ogóle tej ustawy z uwagi na to, że rozpatrywany przypadek dostawy nie podpada pod jej zakres przedmiotowy i podmiotowy (art. 1).

Dokonana, więc przez wykonawcę interpretacja tylko wybranych przepisów ustawy o umowach offsetowych jest dowolna i nie poparta żadną argumentacją merytoryczną.

W związku z powyższym zarzut, jakoby zamawiający naruszył art. 8 ust. 3 ustawy o umowach offsetowych nie znajduje uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Natomiast odnosząc się do kwestii stosowania art. 296 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, wymaga podkreślenia, że w myśl art. 4 pkt 3 lit. f) ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „Pzp”) przepisy tej ustawy nie mają zastosowania do dostaw i usług, do których stosuje się art. 296 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (zwany dalej „Traktatem”).

Zgodnie z tym przepisem Traktatu, żadne Państwo członkowskie nie ma obowiązku udzielania informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z podstawowymi interesami i jego bezpieczeństwem; jednocześnie każde Państwo Członkowskie może podejmować środki, jakie uważa za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów jego bezpieczeństwa, a które odnoszą się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi. Środki takie nie mogą jednak negatywnie wpływać na warunki konkurencji na wspólnym rynku w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych (*podkreślenie własne*.)

Przywołany art. 4 pkt 3 lit. f) Pzp daje więc możliwość zamawiającemu do wyłączenia zamówień publicznych, których przedmiot jest związany z produkcją lub handlem bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, które jednocześnie nie przystają do specyfiki zamówień publicznych z uwagi na ścisłe powiązanie z bezpieczeństwem państwa. Szczegółowe zasady dotyczące uzbrojenia zawarte są w przepisach ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa (Dz. U. z 2004 r. Nr 229, poz. 2315).

Z kolei wykaz uzbrojenia, na obrót którym wymagane jest zezwolenie określa rozporządzenie wykonawcze Ministra Gospodarki z dnia 28 sierpnia 2006 r. w sprawie wykazu uzbrojenia (Dz.U. Nr 188, poz. 1390, z późn. zm.). Tym samym udzielenie zamówienia publicznego na uzbrojenie objęte wykazem jest wyłączone spod stosowania ustawy Pzp.

Jednakże należy przyjąć, że zamówienie, którego przedmiotem jest dostawa uzbrojenia nie ujętego w wykazie, o ile łączyć się będzie z bezpieczeństwem Państwa, to może być wyłączone spod stosowania Pzp.

W kontekście powyższego z treści opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ wynika, iż zamówienie objęte postępowaniem nr 174/Cmt/07/JM na dostawę przedmiotowych pistoletów nie jest powiązane ściśle z bezpieczeństwem państwa i dlatego zostało poddane przepisom Pzp.

W tym stanie rzeczy zarzut jest bezzasadny.

Zarzut nr 2. Protestujący zarzuca Zamawiającemu, wprowadzenie do siwz zapisów naruszających art. 7 ustawy pzp poprzez wprowadzenie kryterium oceny ofert wagi przedmiotu zamówienia.

Zarzut, iż Zamawiający posiada pełną wiedzę na temat wagi pistoletów, jakie mogą zostać zaoferowane w postępowaniu i w związku z tym nierówne traktowanie Wykonawców nie znajduje potwierdzenia. Waga pistoletów nie została zmieniona w porównaniu z wymaganiami zawartymi w SIWZ w postępowaniu 61/Cmt/07/JC pod kątem żadnego Wykonawcy. Ponadto należy zauważyć, iż w postępowaniu 61/Cmt/07/JC kryterium „wagi pistoletów” nie zostało oprotestowane i żaden z wykonawców nie podnosił zarzutu w tym zakresie jak i również Protestujący nie kwestionował tego kryterium.

Zamawiający określił maksymalną wagę, jaką powinna posiadać zaoferowana broń. Takie określenie parametrów nie wyklucza z postępowania funkcjonujących na rynku wykonawców.

Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w ten sposób by zaoferowane mu towary odpowiadały jak najbardziej jego oczekiwaniom pod warunkiem, że nie naruszy przepisów prawa. Waga broni dla jej użytkownika ma duże znaczenie praktyczne oraz wpływa na komfort jej używania.

Stąd zarzut Wykonawcy jest chybiony.

Zarzut nr 3. Protestujący zarzuca Zamawiającemu, że określił terminy dostaw poszczególnych partii towaru w sposób uniemożliwiający ich wykonanie przez producentów krajowych oraz wymóg dostarczenia fabrycznie nowej broni.

Określenie terminów dostaw broni przez Zamawiającego ma zapewnić płynne wykonanie umowy bez nieuzasadnionego rozciągania w czasie jej realizacji. Wykonawca nie wykazał, iż określony przez Zamawiającego termin jest terminem niewykonalnym. Określenie terminu wykonania zamówienia należy do kompetencji Zamawiającego.

Przytoczona ustawa o modernizacji Policji, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej i Biura Ochrony Rządu określa zewnętrzne ramy czasowe przebiegu modernizacji.

Natomiast terminy, wyznaczane na realizację poszczególnych zadań, wynikających z cytowanej ustawy, określają zasady celowości, gospodarności i efektywności.

W tym stanie rzeczy zarzut jest bezzasadny.

Zarzut nr 4 Protestujący zarzuca Zamawiającemu, naruszenie art. 16 ustawy pzp poprzez brak wskazania, iż postępowanie prowadzone jest w imieniu Komendanta Głównego Straży Granicznej.

W przytoczonym przez Protestującego rozdz. II SIWZ wskazana jest jako Zamawiający Komenda Główna Policji, jednakże w preambule do SIWZ wyraźnie napisano, iż postępowanie prowadzone jest także dla Straży Granicznej.

Ponadto wybór Komendy Głównej Policji jako Zamawiającego nastąpił zgodnie z art. 16 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wydanie odpowiedniego zarządzenia przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji.

W tym stanie rzeczy zarzut jest bezzasadny.

Z poważaniem,

ZASTĘPCA DYREKTORA
BIURA FINANSÓW
KOMENDY GŁÓWNEJ POLICJI


insp. Zbigniew NYCZ