

Sygn. akt: KIO/KD 9/21

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 1 lipca 2021 r.**

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Służba Ochrony Państwa
ul. Podchorążych 38
00-563 Warszawa**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia w przedmiocie zamówienia publicznego na dostawę zasobników na wyposażenie (plecaków), rękawic ćwiczebnych, śpiworów,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Ewa Sikorska
Członkowie:	Irmina Pawlik
	Katarzyna Dorota Poprawa

wyraża następującą opinię:

zgłoszone przez zamawiającego zastrzeżenia z dnia 2 czerwca 2021 r., nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) kontrolą doraźną w przedmiocie zamówienia na dostawę zasobników na wyposażenie (plecaków), rękawic ćwiczebnych, śpiworów.

Kontrolujący wskazał, że zamawiający — Służba Ochrony Państwa – na podstawie zleceń z dnia 4 listopada 2019 r., dnia 5 listopada 2019 r. i dnia 6 listopada 2019 r. udzielił zamówień na zakup zaopatrzenia mundurowego obejmujących następujący asortyment:

1. plecaki Tactical Rush — kolor czarny w ilości 50 sztuk i Tactical Rush — kolor khaki w ilości 95 sztuk (zlecenie nr 356/Z/2019 z dnia 5 listopada 2019 r.) ,
2. rękawice ćwiczebne Kinetixx X-pro w ilości 960 par i rękawice ćwiczebne Heat 3 Smart w ilości 25 sztuk (zlecenie nr 354/ZP019 z dnia 4 listopada 2019 r.),
3. śpiwory Carinthia w ilości 145 sztuk (zlecenie nr 353/Z/2019 z dnia 6 listopada 2019 r.).

Jak wynika z przekazanej wraz z wnioskiem dokumentacji dotyczącej ww. zamówień, powyższych zakupów dokonywano z pominięciem trybów wskazanych w ustawie Pzp 2004, na podstawie Regulaminu udzielania zamówień publicznych o wartości nieprzekraczającej wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro stanowiącym załącznik do Decyzji nr 1830018 Komendanta Służby Ochrony Państwa z dnia 6 lipca 2018 r. w sprawie wprowadzenia w Służbie Ochrony Państwa regulaminu udzielania zamówień publicznych o wartości nieprzekraczającej wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30.000 euro.

Zamówienie publiczne na zakup zasobników na wyposażenie (plecaków):

Wnioskiem nr 272/2019 z dnia 21 października 2019 r. Naczelnik Wydziału X SOP zwrócił się do Dyrektora Zarządu X SOP o przeprowadzenie postępowania dotyczącego zamówienia publicznego na zakup plecaków (zasobników na wyposażenie) w łącznej ilości 145 sztuk. Zgodnie z dokumentacją dotyczącą tego postępowania, zaproszenie do złożenia ofert na dostawę w/w asortymentu zamieszczono na stronie internetowej SOP od dnia 28 października 2019 r. do dnia 31 października 2019 r.

W odpowiedzi na zapytanie ofertowe z dnia 28 października 2019 r. dotyczące zakupu zasobników na wyposażenie, tj. plecaków Tactical Rush 72 w ilości 50 sztuk w kolorze

czarnym oraz 95 sztuk w kolorze khaki, wpłynęła jedna oferta — wykonawcy Extream Group T. S., dalej jako „Wykonawca Extream Group”. Wartość tej oferty wynosiła 109 475,00 zł brutto (89 004,07 zł netto). Zleceniem nr 365/Z/2019 z dnia 5 listopada 2019 r. wykonanie i dostawę przedmiotu zamówienia zlecono ww. wykonawcy za cenę 109 475,00 zł z terminem realizacji do dnia 12 listopada 2019 r. Zgodnie z dokumentacją przedmiot zamówienia został dostarczony w dniu 12 listopada 2019 r. (protokół przyjęcia 129/2019, faktura VAT nr 474/11/2019 z dnia 12 listopada 2019 r. na kwotę 109 475,00 zł).

Zamówienia na zakup rękawic ćwiczebnych:

Wnioskiem nr 2770019 z dnia 23 października 2010 r. Naczelnik Wydziału X SOP zwrócił się do Dyrektora Zarządu X SOP o przeprowadzenie postępowania dotyczącego zamówienia publicznego na zakup rękawic ćwiczebnych przeznaczonych dla grupy wsparcia — w ilości 960 par oraz rękawic ćwiczebnych przeznaczonych dla strzelców — w ilości 25 par.

W ww. wniosku wskazano, że szacunkowa wartość zamówienia wynosi 127 235,77 zł, co stanowi równowartość kwoty 29 509,42 euro, a kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wynosi 156 500,00 zł.

Zgodnie z dokumentacją dotyczącą tego postępowania, zaproszenie do złożenia ofert na dostawę ww. asortymentu zamieszczono na stronie internetowej SOP od dnia 28 października 2019 r. do dnia 31 października 2019 r. W odpowiedzi na zapytanie ofertowe z dnia 28 października 2019 r. dotyczące zakupu rękawic ćwiczebnych wpłynęła jedna oferta — wykonawcy Extream Group T. S.. Wartość tej oferty wynosiła 156 500 zł brutto. Zleceniem nr 354/72019 z dnia 4 listopada 2019 r. wykonanie i dostawę przedmiotu zamówienia zlecono ww. wykonawcy za cenę 156 500,00 zł z terminem realizacji na dzień 15 listopada 2019 r. Zgodnie z dokumentacją przedmiot zamówienia został dostarczony w dniu 15 listopada 2019 r. (protokół przyjęcia nr 1440019, faktura VAT nr 478/11/2019 z dnia 15 listopada 2019 r. na kwotę 156 500,00 zł).

Zamówienie na zakup śpiworów:

Wnioskiem nr 278/2019 z dnia 23 października 2019 r. Naczelnik Wydziału X SOP zwrócił się do Dyrektora Zarządu X SOP o przeprowadzenie postępowania dotyczącego zamówienia publicznego na zakup śpiworów.

W ww. wniosku wskazano, że szacunkowa wartość zamówienia wynosi 128 495,93 zł, co stanowi równowartość kwoty 29 801,69 euro, a kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wynosi 158 050,00 zł.

Zgodnie z dokumentacją dotyczącą tego postępowania, zaproszenie do złożenia ofert

na dostawę ww. asortymentu zamieszczono na stronie internetowej SOP od dnia 28 października 2019 r. do dnia 31 października 2019 r.

W odpowiedzi na zapytanie ofertowe z dnia 28 października 2019 r. dotyczące zakupu śpiworów wpłynęła jedna oferta — wykonawcy Extream Group T. S.. Wartość tej oferty wynosiła 158 050,00 zł brutto (128 495,93 zł netto). Zleceniem nr 354/Zf2019 z dnia 6 listopada 2019 r. wykonanie i dostawę przedmiotu zamówienia zlecono ww. wykonawcy za kwotę 158 050,00 zł z terminem realizacji do dnia 12 listopad 2019 r. Zgodnie z dokumentacją przedmiot zamówienia został dostarczony w dniu 12 listopada 2019 r. (protokół przyjęcia nr 120019, faktura VAT nr 473/110019 z dnia 12 listopada 2019 r.).

Wobec dokonanych ustaleń kontrolujący zwrócił się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień w zakresie sposobu szacowania przedmiotowych zamówień.

Na wezwanie kontrolującego zamawiający, odnosząc się do przyczyn odstąpienia od łącznego oszacowania wartości zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp 2004, wskazał, że: *Planując zakup przedmiotów zamówienia, o których mowa w sprawie, tj. rękawic ćwiczebnych, śpiworów, plecaków, nie zakwalifikowano ww. asortymentu jako jedno zamówienia ze względu na okoliczności tego konkretnego przypadku odnoszące się do kryteriów tożsamości przedmiotu zamówienia,*

Zamawiający argumentuje, że: (...) *nie można się zgodzić z postawioną tezą, że wymienione przedmioty stanowią „funkcjonalną całość”, która obejmuje rękawice ćwiczebne, zasobniki na wyposażenie (dalej jako plecaki) oraz śpiwory. Wspólna ich cecha, jaką jest okoliczność wydania ich na wyposażenie funkcjonariuszowi Służby Ochrony Państwa (dalej SOP) w ocenie Zamawiającego nie może przesądzać o ich funkcjonalnej tożsamości. Należy wszakże podkreślić, że mogą zdarzyć się sytuacje, kiedy funkcjonariusz otrzymuje rękawice ćwiczebne, a nie otrzymuje śpiwora bądź plecaka. Ekstrapolując zastosowaną argumentację można by założyć, że wszystkie wydawane funkcjonariuszowi SOP przedmioty tworzą jedną funkcjonalną całość. Prowadziłoby to do sytuacji łączenia w jedną „funkcjonalną” całość takich przedmiotów jak przykładowo: broń osobista, gaz, obezwładniający, maska przeciwgazowa, mundur polowy i ręcznik. Co więcej zakwalifikowanie rzeczonoego asortymentu przykładowo do grupy „środków przymusu bezpośredniego” nie przesądza, że kajdanki i chemiczne środki obezwładniające mają być nabywane w jednym postępowaniu przetargowym. Również ujmowanie jako funkcjonalna całość plecaka oraz rękawic (w domyśle jako zawartość plecaka) jest również w ocenie Zamawiającego nieuzasadnione. Dalej Zamawiający wskazał, że: chcąc powiązać funkcjonalnością dwa produkty należałoby zestawić ze sobą charakterystyki produktów lub/i przeznaczenie (funkcjonalne) w znaczeniu ścisłym. Dobrym przykładem takiego działania jest mundur polowy, który (funkcjonalnie) składa się ze spodni i bluzy.*

Zgodnie z wyjaśnieniami, zamawiający uznał, że nie był obowiązany do nabycia ww. przedmiotów w ramach jednego postępowania, jako że zdaniem zamawiającego, nie istnieje między nimi związek funkcjonalny.

W dalszej części wyjaśnień zamawiający wskazał, że: *określając szacunkową wartość przedmiotowych zamówień kierował się przede wszystkim potrzebami wynikającymi z norm należności zestawu nr 7 Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 5 czerwca 2018 r. w sprawie umundurowania funkcjonariuszy Służby Ochrony Państwa (Dz. U, 2018 poz. 1113). Powyższe ilości przedmiotowego asortymentu ujęto w zapytaniach ofertowych, które rozesłano do potencjalnych wykonawców w celu oszacowania wartości poszczególnych zamówień.*

Kontrolujący podniósł, że na gruncie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp z 2004, ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro. Zgodnie z art. 5b pkt 2 ustawy Pzp z 2004, zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, w celu uniknięcia łącznego oszacowania ich wartości. W myśl art. 32 ust. 1 ustawy Pzp z 2004, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Natomiast zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp z 2004, jeżeli zamawiający udziela zamówień w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Oznacza to, że zamawiający może z określonych względów (organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych itp.) dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których to będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przy czym wartością każdej z części zamówienia będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji przy udzielaniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia. Dla ustalenia, czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne zamówienia (kryterium to powinno prowadzić do wyodrębnienia nie tylko zbliżonych przedmiotowo zamówień, ale także zamówień, które mimo braku przedmiotowego podobieństwa tworzą funkcjonalną całość), tożsamość czasowa zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie, ewentualnie możliwość realizacji zamówienia w tym samym czasie) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Innymi słowy konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. Z odrębnymi zamówieniami

będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy. W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Jeżeli zatem w tym samym czasie możliwe jest udzielenie podobnego przedmiotowo i funkcjonalnie zamówienia, które może być wykonane przez jednego wykonawcę, mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Wartość tak określonego zamówienia należy oszacować zgodnie z postanowieniami art. 32-35 ustawy Pzp z 2004.

Kontrolujący zauważył, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z 2004, 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. Z kolei art. 7 ust. 3 ustawy Pzp z 2004 wskazuje, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Kontrolujący uznał, że zamawiający — Służba Ochrony Państwa, dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp z 2004 udzielając z pominięciem trybów ustawowych trzech zamówień na dostawę przedmiotów wyposażenia mundurowego — plecaków, rękawic ćwiczebnych i śpiworów, których zsumowana wartość, według szacunków zamawiającego wynosiła 344 735,77 zł netto, co stanowi równowartość 79 953,56 euro. Powyższe oznacza, że łączna wartość tych zamówień przekracza próg określony w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp z 2004 (30 000 euro), obowiązujący w dacie udzielenia kontrolowanych zamówień, co zobowiązywało zamawiającego do udzielenia tych zamówień w oparciu o przepisy ustawy Pzp z 2004.

Kontrolujący zauważył, że wykonanie ww. zamówień mogło zostać powierzone jednemu wykonawcy. Stanowi o tym wyraźnie fakt, że zamawiający udzielił trzech przedmiotowych zamówień jednemu wykonawcy — Extream Group T. S.. W toku kontroli doraźnej, na podstawie dokumentów dotyczących wstępnego szacowania wartości tych zamówień, kontrolujący ustalił, że wykonawca Extream Group nie był jedynym wśród potencjalnych wykonawców, którzy mogli zaoferować cały asortyment objęty postępowaniami będących przedmiotem kontroli.

Odnosząc się do aspektu tożsamości czasowej przedmiotowych zamówień, kontrolujący wskazał, że zapytania ofertowe dotyczące przedmiotowych zamówień zostały zamieszczone na stronie internetowej SOP w Biuletynie Informacji Publicznej w tym samym dniu, tj. 28 października 2019 r., a zamówienia zostały udzielone kolejno na podstawie zleceń z dnia 4, 5 i 6 listopada 2019 r., w których wyznaczono taki sam lub zbliżony termin realizacji dostaw. Zatem na gruncie przedmiotowej sprawy bez wątplenia zachodzi tożsamość czasowa pomiędzy zamówieniami.

Kontrolujący zauważył, że przedmiotem zamówień udzielonych wykonawcy Extream Group są: zasobniki na wyposażenie (plecaki), rękawice ćwiczebne i śpiwory. Wskazał, że ww.

przedmioty zostały ujęte w tym samym zestawie elementów umundurowania, tj. w Załączniku nr 7 Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 5 czerwca 2018 r. w sprawie umundurowania funkcjonariuszy Służby Ochrony Państwa (dalej jako: rozporządzenie). Z treści ww. Załącznika nr 7 do rozporządzenia wynika, że wymienione w nim elementy stanowią należność dodatkową dla funkcjonariuszy grup ochronnych, grup wsparcia i instruktorów szkolenia. Wskazano w nim również, że w zależności od specyfiki wykonywanych zadań funkcjonariusze mogą być zaopatrywani we wszystkie przedmioty lub niektóre z wyszczególnionych w zestawie. Niemniej, w ocenie kontrolującego, nawet wyodrębnienie poszczególnych odbiorców spośród docelowej grupy, jaką stanowią funkcjonariusze SOP nie jest wystarczające do przyjęcia odrębnego charakteru przedmiotu zamówienia, jakim są rękawice ćwiczebne, śpiwory i plecaki (zasobniki na wyposażenie). W tym przypadku wspólne pozostaje przeznaczenie tego przedmiotu zamówienia oraz jego kwalifikacja rodzajowa. Przedmioty objęte trzema zamówieniami służą temu samemu celowi — stanowią elementy umundurowania funkcjonariusza SOP, należące do wspólnej, wyodrębnionej przez ustawodawcę grupy elementów wyposażenia funkcjonariusza. Samo zastrzeżenie, że nie wszystkie z tych elementów trafią jednocześnie do każdego funkcjonariusza Służby, nie może stanowić obiektywnie uzasadnionej podstawy do stwierdzenia, że mogą te zamówienia zostać uznane za odrębne zamówienia. Istotnie, jak wskazał przykładowo zamawiający — „mogą zdarzyć się sytuacje, kiedy funkcjonariusz otrzymuje rękawice ćwiczebne, a nie otrzymuje śpiwora bądź plecaka”. Powyższe jednak wyłącznie potwierdza, że mogą być też sytuacje, w których do każdego funkcjonariusza Służby trafią wszystkie rodzaje przedmiotów umundurowania objętych ww. zamówieniami. Zatem, w ocenie kontrolującego, wskazane przez zamawiającego okoliczności różnicujące przedmiot zamówienia każdego z ww. zleceń nie wykluczają ich wspólnego przeznaczenia, ocenianego z punktu widzenia konieczności zrealizowania określonego zadania lub zaspokojenia konkretnej potrzeby zamawiającego.

Reasumując, w ocenie kontrolującego, zamówienia ujęte w zleceniach nr 354/4/2019, nr 354ZP019, nr 356/Z/2019 powinny być traktowane jako podobne przedmiotowo i składające się na pewną funkcjonalną całość. Ww. przedmioty dedykowane są bowiem określonej grupie osób i mają podobne przeznaczenie — co do zasady stanowią zaopatrzenie mundurowe funkcjonariusza SOPE.

Jednocześnie, jak wynika z dokumentacji dotyczącej przedmiotowych zamówień, przed ich udzieleniem zamawiający przeprowadził procedurę rozeznania rynku w celu oszacowania ich wartości, wysyłając zapytania ofertowe bezpośrednio do potencjalnych wykonawców. Kontrolujący podkreślił, że ww. zapytanie ofertowe obejmowało m. in. zasobniki na wyposażenie, rękawice ćwiczebne oraz śpiwory, które zostały w nim ujęte jako odrębne części jednego zamówienia. Dodatkowo zamawiający wskazał, że wykonawca może złożyć ofertę

oddzielnie na każdą z części lub w całości.

Kontrolujący wskazał, że obowiązek łącznego szacowania wartości tożsamy przedmiotowo zamówień nie oznacza, że całość zamawianego przedmiotu zamówienia musi być udzielona w ramach jednego postępowania i wykonana w ramach jednej umowy przez tego samego wykonawcę. Stosownie bowiem do treści art. 32 ust. 4 ustawy Pzp z 2004, zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, jak również umożliwić wykonawcom złożenie ofert częściowych. W takich okolicznościach jednak, jeżeli poszczególne części stanowią w istocie jedno zamówienie, dla przeprowadzenia odrębnych procedur, konieczne będzie zsumowanie wartości wszystkich części i zastosowanie dla każdej z tych części przepisów właściwych dla wartości całego zamówienia. Istotne znaczenie ma przy tym ustalenie, czy w danym stanie faktycznym zaistniały trzy przesłanki konieczne do stwierdzenia, że mamy do czynienia z jednym zamówieniem.

W ocenie kontrolującego, przyjęcie podejścia zamawiającego reprezentowanego w wyjaśnieniach skierowanych do kontrolującego, skutkowałoby „wyłączeniem” spod reżimu zamówień publicznych znaczącej liczby zamówień udzielanych przez podmioty posiadające status zamawiających. Wskazanie bowiem jakichkolwiek różnic pomiędzy przedmiotem zamówień tego samego rodzaju w przeważającej większości przypadków nie przysparzałoby zamawiającym żadnych trudności. Zamawiający zobowiązany jest nabywać określonego rodzaju dostawy, usługi lub roboty budowlane w jednym postępowaniu w sytuacji, gdy zamówienie ma obejmować przedmiot tego samego lub podobnego rodzaju i o takim samym przeznaczeniu oraz gdy zamówienie to może zostać zrealizowane przez jednego wykonawcę.

Kontrolujący przywołał treść uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2019 r. KIO/KD 53/19, zgodnie z którą „dla ustalenia czy mamy do czynienia z jednym czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak podobieństwo przedmiotowe, funkcjonalne, tożsamość czasowa i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. W przypadku udzielenia zamówień, których wartość i zakres są możliwe do ustalenia na cały okres realizacji, a dodatkowo mogą być udzielone w ramach jednego zamówienia podzielonego na części, oszacowania wartości zamówienia dokonuje się z uwzględnieniem wartości każdej z części”

W konkluzji kontrolujący uznał, że w kontrolowanej sprawie doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 5b pkt 2 ustawy Pzp z 2004 oraz art. 32 ust. 1 i 4 ustawy Pzp z 2004, poprzez zaniechanie łącznego szacowania wartości trzech zamówień udzielonych w dniach 4, 5 i 6 listopada 2019 r., mających za przedmiot dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego, co doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasady przejrzystości, a także zasady legalizmu, która wyklucza udzielenie zamówienia publicznego

wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający pismem z dnia 2 czerwca 2021 roku wniósł zastrzeżenia wobec informacji o wyniku kontroli. Jednocześnie wniósł o uwzględnienie wszystkich zastrzeżeń i sporządzenie informacji o wyniku kontroli doraźnej sygnatura UZP/DKZP/KND/1/2021 stwierdzającej brak naruszeń przepisów Pzp z 2004.

Zamawiający wskazał, co następuje:

Zgodnie z art. 32 ust. 1 Pzp z 2004, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Z treści tego przepisu wynika zasada generalna, iż wartość zamówienia wyznacza kwota całkowita wynagrodzenia wykonawcy (bez podatku od towarów i usług).

W przypadku kontrolowanych postępowań sytuacja wyglądała następująco:

- a) Zakup zasobników wyposażenia (plecaki) Tactical Rush — kolor czarny w ilości 50 szt. Tactical Rush — kolor khaki w ilości 95 sztuk — wartość zamówienia wynosiła 89.004,07 złotych co stanowiło równowartość 20.642,45 euro, a więc wartość zamówienia nie przekraczała wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro,
- b) Zakup rękawic ćwiczebnych Kinetixx X-pro w ilości 960 par i rękawic ćwiczebnych Heat 3 Smart w ilości 25 sztuk — wartość zamówienia wynosiła 127.235,77 złotych co stanowiło równowartość 29.509,42 euro, a więc wartość zamówienia nie przekraczała wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro,
- c) Zakup śpiworów Carinthia w ilości 145 sztuk — wartość zamówienia wynosiła 128.495,93 złotych co stanowiło równowartość 29.801,69 euro, a więc wartość zamówienia nie przekraczała wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro.

Zamawiający stwierdził, że skoro wartość zamówienia w wyżej wymienionych postępowaniach na zakup, nie przekraczała wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro, to w tych postępowaniach znajdowała zastosowanie dyspozycja art. 4 pkt 8 Pzp z 2004, w myśl której ustawy nie stosuje się do wyżej wskazanych zamówień. Ponieważ wartość we wszystkich wyżej wymienionych przypadkach była ustalona z należytą starannością, z uwzględnieniem całkowitego, szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, bez podatku od towarów i usług dlatego też zarzut zawarty w Informacji o wyniku kontroli doraźnej sygnatura UZP/DKZP/KND/1/2021 odnośnie naruszenia art. 32 ust. 1 Pzp z 2004, zdaniem zamawiającego jest nieuzasadniony.

Zamawiający wskazał, że także w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE,L.2014.94.65) przyjęto w art. 5 ust. 1, że: podstawą obliczenia

szacunkowej wartości zamówienia jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem wszelkich opcji oraz wznowień zamówienia wyraźnie określonych w dokumentach zamówienia.

Odnosząc się zaś do zarzutu dotyczącego niedokonania czynności łącznego oszacowania wartości zgodnie z art. 32 ust. 4 Pzp z 2004, zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że wskazane wyżej zamówienia nie były ujęte w planie Służby Ochrony Państwa (jednostki sektora finansów publicznych) przyjętym na 2019 roku, a w konsekwencji nie były ujęte w pierwotnym planie zamówień ani planie postępowań. Podstawą wszczęcia postępowań, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro, na zakupy objęte przedmiotem kontroli były dodatkowe potrzeby Służby Ochrony Państwa, które można była zaspokoić ze środków finansowych *ad hoc* otrzymanych na zakup plecaków, rękawic i śpiworów, pochodzących ze środków przydzielonych we wrześniu 2019 r. w drodze decyzji ministra finansów (MF/FS7.4143.3.164.2019.MF.3581). Do tych zamówień (zakupów) nie ma zastosowania mechanizm planowania i traktowania tych zakupów (umów) łącznie z innymi dostawami.

Zamawiający podkreślił, że dopiero od dnia 1 stycznia 2021 roku — to jest od dnia wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.) ma zastosowanie art. 30 ust. 2 Pzp z 2019 roku, zgodnie z którym cyt.: W przypadku gdy zamawiający planuje nabycie podobnych dostaw, wartością zamówienia jest łączna wartość podobnych dostaw, nawet jeżeli zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, lub dopuszcza możliwość składania ofert częściowych. Do postępowań wszczynanych przed 1 stycznia 2021 roku stosować należy Pzp z 2004, która to ustawa przepisu, podobnego do wyżej zacytowanego, nie zawierała. Wcześniej nakaz sumowania umów (zamówień) takich jak te, objęte kontrolą Prezesa UZP, miał swoje źródło nie w przepisie prawa, lecz w interpretacji tego przepisu. Zamawiający nie może ponosić negatywnych konsekwencji w wyniku interpretacji przepisu przez urząd, która to interpretacja może się dodatkowo zmieniać w czasie.

Zamawiający wskazał, że z treści art. 32 ust. 4 Pzp z 2004 wynika tylko, że cyt.: Jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. W zacytowanym przepisie nigdzie nie ma sformułowanej reguły sumowania ze sobą zakupów jak np. plecaków, rękawic i śpiworów. W art. 32 ust. 4 Pzp z 2004 nie określono żadnych kryteriów łączenia ze sobą umów (zamówień), w związku z tym, ustawodawca pozostawił to autonomii zamawiającego, która to zasada jest podstawową zasadą ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny, do której odsyła ustawodawca w art. 14 ust. 1 Pzp z 2004. Na indywidualny

charakter weryfikacji każdego ewentualnego „podziału zamówienia na części” pod względem jego sprzeczności z obowiązującymi przepisami ustawy, w szczególności z dyspozycją art. 32 ust. 2 Pzp2004, zwrócił uwagę skład orzekający NSA w Warszawie w wyroku z dnia 11 października 2016 r. (sygn. akt II GSK 3076/15) stwierdzając, że aby ustalić, że doszło do podziału zamówienia w celu niestosowania p.z.p., należy wykluczyć inne przyczyny dokonanego podziału. Niewykazanie uzasadnionych przyczyn podziału zamówienia stanowi podstawę do przyjęcia, że celem podziału było niestosowanie ustawy p.z.p. Jeżeli podział zamówienia uzasadniony jest innymi względami niż niezastosowanie p.z.p., to nie jest podziałem niedozwolonym.

Zamawiający stwierdził, że wziął pod uwagę fakt, że w praktyce stosowania Pzp z 2004 wykształcił się pogląd, zgodnie z którym dla oceny, czy w każdym konkretnym przypadku, zamawiający podejmuje działania nienaruszające przepisów ww. ustawy w zakresie ustalania wartości zamówienia, należy wziąć pod uwagę jednocześnie trzy przesłanki:

- 1) Tożsamość przedmiotowa — to jest czy dane umowy (zamówienia) są tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu;
- 2) Tożsamość czasowa zamówienia — to jest przewidzenie przez zamawiającego pełnego zakresu przedmiotowego zamówień udzielanych zamawiającemu w znanej perspektywie czasowej;
- 3) Tożsamość wykonawców — to jest możliwość wykonania zamówienia przez ten sam krąg wykonawców.

W ocenie zamawiającego, wszystkie wyżej wymienione wskazówki (tożsamości) zostały uwzględnione przy dokonywaniu oceny, czy zakup zasobników na wyposażenie (plecaków), zakup rękawic ćwiczebnych i zakup śpiworów należało z sobą zsumować i okazało się, że ww. świadczenia nie podlegają łącznemu szacowaniu ich wartości. Podtrzymując i uwzględniając wcześniej przesłane Prezesowi UZP wyjaśnienia, zwrócił uwagę, że planując zakup przedmiotów zamówienia, o których mowa w sprawie, tj. rękawic ćwiczebnych, śpiworów, plecaków, nie zakwalifikowano ww. asortymentu jako jedno zamówienie ze względu na okoliczności tego konkretnego przypadku odnoszące się do kryteriów tożsamości przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie zgodził się z tezą, że wymienione przedmioty stanowią „funkcjonalną całość”, która obejmuje rękawice ćwiczebne, zasobniki na wyposażenie oraz śpiwory. Wspólna ich cecha, jaką jest okoliczność wydania ich na wyposażenie funkcjonariuszowi Służby Ochrony Państwa, w ocenie zamawiającego nie może przesądzać o ich funkcjonalnej tożsamości. Gdyby zastosować taki mechanizm grupowania zamówień, to należałoby wszystkie zamówienia kontraktowane przez poszczególne urzędy ze sobą sumować, bo wszystkie służą zapewnieniu obsługi danego organu np. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Byłoby to działanie nie tylko nieracjonalne, ale sprzeczne z przepisami Pzp z

2004. W przypadku Służby Ochrony Państwa mogą zdarzyć się sytuacje, kiedy funkcjonariusz otrzymuje rękawice ćwiczebne, a nie otrzymuje śpiwora bądź plecaka. Oznacza to, że nie tworzą funkcjonalnej całości wszystkie wydawane funkcjonariuszowi SOP przedmioty, gdyż funkcja poszczególnych przedmiotów jest często zupełnie inna. Inną funkcję pełni umundurowanie, inną funkcję wyposażenie w np. rękawce, inną rolę pełni zapewnienie śpiwora, a jeszcze inną zapewnienie plecaka. Łączenie tak różnorodnych przedmiotów, prowadziłoby to do sytuacji łączenia w jedną „funkcjonalną” całość takich dóbr jak przykładowo: broń osobista, gaz obездwładniający, maska przeciwgazowa, mundur polowy i rękawiczki, śpiwór czy plecak. Co więcej zakwalifikowanie rzeczowego asortymentu do środków przymusu bezpośredniego nie przesądza, że kajdanki i chemiczne środki obездwładniające mają być nabywane w jednym postępowaniu. Również ujmowanie jako funkcjonalna całość plecaka oraz rękawiczek (w domyśle jako zawartość plecaka) jest również w ocenie zamawiającego bezpodstawne. W ocenie zamawiającego, wydaje się konieczne, że chcąc powiązać ze sobą — poprzez kryterium funkcjonalności — dwa produkty, należałoby zestawić ze sobą charakterystyki produktu lub/i ich przeznaczenie w znaczeniu ścisłym. Przykładem takiego działania jest mundur polowy, który (funkcjonalnie) składa się ze spodni i bluzy. Powyższe znalazło swoje odzwierciedlenie w publikowanych przez Urząd Zamówień Publicznych (dalej UZP) interpretacjach ustawy, gdzie czytamy: „Dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne zamówienia”. Wyraźnie określono tu konieczność łącznej analizy podobieństwa oraz istnienia związku funkcjonalnego pomiędzy dwoma przedmiotami, o tych samych lub podobnych funkcjach technicznych lub gospodarczych.

Na poparcie stanowiska zamawiający przytoczył uchwały Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 2 stycznia 2015 r. (Sygn. akt: KIO/KD 113/14), z dnia 27 października 2014 r. KIO/KD 96/14

Zamawiający zwrócił uwagę na brak legalnej definicji pojęcia zamówień tego samego rodzaju. Biorąc jednak pod uwagę specyfikę prawa zamówień publicznych, wielość okoliczności, które mogą wpływać na ocenę, czy w danym przypadku możemy mówić o jednym zamówieniu, trudno byłoby oczekiwać od ustawodawcy, aby wprowadził legalną definicję pojęcia zamówienia tego samego rodzaju. Z tego też powodu za słuszną należy uznać sytuację, w której to UZP wypracował pewne kryteria, którymi zamawiający może posłużyć się w celu ustalenia, czy ma do czynienia z jednym zamówieniem, czy odrębnymi zamówieniami. Takimi kryteriami są: tożsamość przedmiotowa, tożsamość podmiotowa i tożsamość czasowa. Przy czym, aby można było mówić o jednym zamówieniu, wszystkie te trzy kryteria muszą w danym przypadku występować łącznie. Brak którejkolwiek z tych przesłanek powoduje, że

zamawiający ma do czynienia z odrębnymi zamówieniami, których wartość nie podlega sumowaniu. Podejście dotyczące zamówień tego samego rodzaju przedstawiane przez UZP jest również przyjmowane w doktrynie prawa zamówień publicznych. W literaturze wyrażany jest pogląd, iż o jednorodności dostaw, usług lub robót budowlanych decydować może podobieństwo cech głównych przedmiotu dostaw, usług lub roboty, takich jak przeznaczenie, parametry jakościowe czy funkcjonalne.

Zamawiający wskazał, że przy interpretacji zwrotu „tego samego rodzaju” należy przyjąć jego potoczne znaczenie. Powołując się na definicję Komisji Europejskiej, zamówienia tego samego rodzaju to dostawy produktów przeznaczonych do identycznego lub podobnego sposobu użytku. Z pewnością o dostawie tego samego rodzaju można mówić w przypadku dostawy długopisów, ołówków, gumek do mazania. Pomocne w ocenie omawianej kwestii jest również odniesienie się do doktryny prawa brytyjskiego, zgodnie z którą zamówieniem takiego samego rodzaju będzie to zamówienie, które bez żadnego trudu może zrealizować ten sam wykonawca, a wykonawców tych jest nieograniczony krąg.

W ocenie zamawiającego, o zamówieniu tego samego rodzaju można mówić w sytuacji, gdy określone artykuły/usługi można bez trudu dostać u jednego wykonawcy, przy czym wykonawców tych jest wielu. Zatem nie dotyczy to sytuacji, w której określony asortyment/usługi można co prawda dostać u jednego wykonawcy, ale krąg tych wykonawców jest ograniczony.

W opinii zamawiającego, przy ustaleniu, czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy z odrębnymi zamówieniami, zamawiający powinien sobie odpowiedzieć na następujące pytania:

- Czy powszechną sytuacją na rynku jest, aby jeden wykonawca (tożsamość podmiotowa) zrealizował wszystkie zadania, które mogą składać się na jedno zamówienie? Należy przy tym zaznaczyć, że nie jest wystarczające, aby taka sytuacja była możliwa — musi być powszechna (szeroki krąg wykonawców danego rodzaju).
- Czy przedmiot zamówienia jest ten sam, czy np. zamówienia dotyczą tego samego zagadnienia, czy są realizowane w tym samym miejscu, w tych samych warunkach, dla podobnej grupy osób, czy spełnia tę samą funkcję i ma podobne lub identyczne przeznaczenie (tożsamość przedmiotowa)?
- Czy zamówienie może być udzielone w znanej zamawiającemu perspektywie czasowej, czy istnieje związek czasowy pomiędzy nabywanymi dobrami (tożsamość czasowa)?

Zamawiający odwołał się do przewodnik Komisji Europejskiej pn. „Guide to the community rules on public supply contracts”, gdzie Komisja Europejska podkreśliła, że zamówienia tego samego rodzaju rozumiane są jako produkty przeznaczone do identycznego lub podobnego użytku, wskazując jednocześnie przykład takich zamówień, tj. zaopatrzenie w zakresie żywności, bądź dostawę mebli biurowych bądź artykułów biurowych (zamówienie

tego samego rodzaju). Jest więc oczywiste, że o ile artykuły biurowe pomimo różnego składu produktu można ogólnie pomieścić w jedną kategorię „artykuły biurowe”, to w przypadku rękawic, plecaków i śpiworów taki rodzaj „grupowania” wydaje się nie wpisywać w ten tok rozumowania.

W piśmie z dnia 17 czerwca 2021 roku, stanowiącym odpowiedź na zastrzeżenia zamawiającego, kontrolujący podtrzymał stanowisko wyrażone w informacji o kontroli doraźnej z dnia

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, oceniła zastrzeżenia zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezesa UZP i zważyła, co następuje:

W ocenie Izby argumenty zawarte w zastrzeżeniach zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej należy uznać za niezasadne.

Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm. - dalej jako ustawa P.z.p.), podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Jednocześnie ust. 2 powołanego przepisu stanowi, że zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy zaniżać wartości zamówienia lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia.

Ustalając wartość zamówienia trzeba również wziąć pod uwagę art. 5b ustawy P.z.p., stanowiący iż zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy:

- 1) łączyć zamówień, które odrębnie udzielane wymagają zastosowania różnych przepisów ustawy;
- 2) dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, w celu uniknięcia łącznego szacowania ich wartości.

Powołane powyżej przepisy stanowią fundamentalne zasady, będące punktem odniesienia w każdym badaniu poprawności oszacowania wartości zamówienia przez zamawiającego.

W doktrynie i orzecznictwie, dotyczącym zamówień publicznych, jednolicie wskazuje się, iż dla ustalenia, czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy

też z odrębnymi zamówieniami, zawsze konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. Analizę powyższą rozpocząć trzeba od zweryfikowania istnienia tzw. zasady trzech tożsamości:

- tożsamości przedmiotowej zamówienia, tj. czy przedmiot zamówienia jest taki sam bądź ze względów technologicznych, recepturowych, właściwości fizycznych lub użytkowych może być uznany za tożsamy,
- tożsamości czasowej zamówienia, tj. czy postępowania o udzielenie zamówienia są wszczynane w tym samym czasie lub zaplanowane do wszczęcia w danej perspektywie czasowej, np. zaplanowane w planach rzeczowo — finansowych na dany rok budżetowy, albo objęte decyzją o udzieleniu wsparcia finansowego na realizację określonego projektu,
- tożsamości wykonawcy zamówienia, czyli czy istnieje możliwość wykonania zamówienia przez tego samego wykonawcę w tym samym czasie.

Podobnie w wyroku WSA w Krakowie z dnia 28 lutego 2018 r. (I SAJKr 15/18, LEX nr 2495833) stwierdzono, że jednym zamówieniem publicznym i tym samym z obowiązkiem sumowania wartości poszczególnych zamówień, będziemy mieli do czynienia wówczas, gdy zamówienia udzielane w określonej perspektywie czasowej (tożsamość czasowa) będą miały to samo przeznaczenie (są tożsame przedmiotowo) oraz, dodatkowo, istnieje będzie możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy. W takiej sytuacji zamawiający będzie miał prawo, w zależności od swoich potrzeb, udzielić jednego zamówienia podzielonego na części lub może udzielać zamówień częściowych (zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 32 ust. 4 ustawy P.z.p.).

Z kolei w orzeczeniu ETS z dnia 5 października 2000 r. C-16/98, Komisja Wspólnot Europejskich v, Republika Francuska. LEX nr 83004, w którym przy rozpatrywaniu zagadnienia niedozwolonego podziału zamówienia zwrócono uwagę na następujące elementy: czas wszczęcia procedury, warunki udzielenia zamówienia, podmiot będący zamawiającym, gospodarcze i techniczne przeznaczenie zamówienia.

W celu ustalenia, czy w rozpatrywanym przypadku istnieje jedno zamówienie podzielone na części czy jednak kilka zamówień, należy zatem posłużyć się kryteriami tożsamości przedmiotowej zamówienia, co oznacza usługi tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu, tożsamości czasowej zamówienia w sensie możliwości udzielenia zamówienia w tym samym czasie, i wreszcie możliwości wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę (tj. tożsamość podmiotowa). Podkreślenia wymaga, że wszystkie trzy wymienione kryteria muszą być spełnione łącznie. O odrębnych zamówieniach można mówić wówczas,

gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwe jego nabycie u tego samego wykonawcy w tym samym czasie.

W tym miejscu należy zauważyć, że kryterium tożsamości przedmiotowej powinno prowadzić do wyodrębnienia nie tylko zbliżonych przedmiotowo zamówień, ale także zamówień, które mimo braku przedmiotowego podobieństwa tworzą funkcjonalną całość. Zamówienia tożsame przedmiotowo nie muszą dotyczyć tego samego, ale również podobnego zagadnienia, w tych samych lub zbliżonych warunkach, dla podobnej grupy osób oraz spełniają tę samą funkcję i mają podobne lub identyczne przeznaczenie.

W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości, że zamawiany asortyment odznacza się wymienionymi wyżej cechami w stopniu pozwalającym uznać go za zamówienia tożsame przedmiotowo. Jest przeznaczony dla jednej konkretnej grupy (funkcjonariuszy Służby Ochrony Państwa), a jego zakres został ustalony rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 5 czerwca 2018 roku w sprawie umundurowania funkcjonariuszy Służby Ochrony Państwa (Dz. U z 2018 roku, poz. 1113). Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy jest okoliczność, że może zdarzyć się tak, iż dany funkcjonariusz otrzyma jedynie jeden z elementów asortymentu. Fakt niewydania funkcjonariuszowi wszystkich elementów wyposażenia nie zmienia funkcji tego wyposażenia ani też jego przeznaczenia. Nietrafiony jest również, zdaniem Izby, argument odnoszący się do zakwalifikowania asortymentu jako – przykładowo – środków przymusu bezpośredniego i zamawianie w jednym postępowaniu kajdanek i chemicznych środków obezwładniających. W tym przypadku nie wystąpi bowiem inny element konieczny do przeprowadzenia jednego zamówienia na ich dostawę, a mianowicie – tożsamość wykonawcy zamówienia. Trzymając się wskazanych przez zamawiającego przykładów, stwierdzić należy, że kajdanki oraz chemiczne środki obezwładniające produkowane i dostarczane są przez podmioty należące do odmiennych branż, czego nie można powiedzieć o producentach i dostawcach tekstyliów, do których zalicza się śpiwory, plecaki czy rękawice.

Odnosząc się do wskazywanego przez zamawiającego przykładu materiałów biurowych, które – według zamawiającego – można zakwalifikować do jednej kategorii, mimo że mają one różne przeznaczenie, zaś zamawiane wyposażenie funkcjonariuszy SOP tego warunku nie spełnia, Izba podziela stanowisko kontrolującego, że zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił, na jakiej podstawie odmienne funkcje poszczególnych elementów obu kategorii produktów w jednym przypadku decydują o ich tożsamości przedmiotowej, a drugim już nie.

W ocenie Izby, nietrafiony jest również argument zamawiającego co do tego, że produkty będące przedmiotem zamówienia nie są tego samego rodzaju, ponieważ można je –

co prawda – dostać u jednego wykonawcy, ale krąg tych wykonawców jest ograniczony. Przede wszystkim, Izba wskazuje, że każdy krąg wykonawców/dostawców określonego rodzaju produktów czy usług jest ograniczony. Można co prawda dokonywać tu rozróżnienia na krąg węższy czy szerszy, niemniej jednak zamawiający nie sprecyzował, jakie parametry miałyby przesądzać tu o zakwalifikowaniu dostawcy do danego kręgu. Można by pokusić się o takie rozróżnienie na podstawie np. charakteru prowadzonej działalności pod względem jej reglamentowania, jednakże w rozpoznawanym przypadku żadnych ograniczeń prawnych co do produkcji/dostawy zamawianego sprzętu nie ma. Nie sposób również uznać za trafiony argument dotyczący możliwości nabycia określonego produktu „bez żadnego trudu”, co – w ocenie zamawiającego – jest również związane z ilością wykonawców. W sytuacji zamówienia, w którym dokonuje się zakupu dużej ilości powszechnych produktów wykorzystywanych powszechnie (np. leków, artykułów spożywczych, biurowych), nigdy nie jest tak, że wszystkie te produkty w wymaganej ilości są dostępne „od ręki”. Nie oznacza to, że zamawiający mieliby rezygnować z udzielania tych zamówień na podstawie przepisów ustawy P.z.p, usprawiedliwiając tę okoliczność brakiem możliwości ich nabycia „bez żadnego trudu”.

Izba wskazuje, że zamawiający w zastrzeżeniach nie zakwestionował tożsamości czasowej zamówienia.

Z powyższych względów nie można zamówień stanowiących przedmiot kontroli potraktować jako zamówień odrębnych i z uwagi na wartość - nieprzekraczającą progu ustawy P.z.p. – udzielić ich bez stosowania jej przepisów.

Zgodnie z wyrażoną w art. 10 ust. 1 ustawy P.z.p. zasadą prymatu trybów konkurencyjnych wobec niekonkurencyjnych podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg ograniczony i nieograniczony. Stosownie do ust. 2, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zamawiający był zatem obowiązany udzielić zamówienia w jednym z trybów wskazanych w art. 10 ustawy P.z.p.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....