

WYROK

z dnia 11 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Emil Kawa

Jan Kuzawiński

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: Wojskowe Zakłady Kartograficzne Sp. z o.o., Drukarnia POZKAL Sp. z o.o. Sp. k., Toruńskie Zakłady Graficzne ZAPOLEX Sp. z o.o., ul. Fort Wola 22, 01-258 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Centralna Komisja Egzaminacyjna, ul. Lewartowskiego 6, 00-190 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Samindruk Sp. z o.o., Drukarnia Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o., ul. Sikorskiego 37, 87-300 Brodnica** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: Wojskowe Zakłady Kartograficzne Sp. z o.o., Drukarnia POZKAL Sp. z o.o. Sp. k., Toruńskie Zakłady Graficzne ZAPOLEX Sp. z o.o., ul. Fort Wola 22, 01-258 Warszawa, i:**
- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum: Wojskowe Zakłady Kartograficzne Sp. z o.o., Drukarnia POZKAL Sp. z o.o. Sp. k., Toruńskie Zakłady Graficzne ZAPOLEX Sp. z o.o., ul. Fort Wola 22, 01-258 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w**

Warszawie.

.....
.....
.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający: Centralna Komisja Egzaminacyjna, z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Druk i dystrybucja materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminów ogólnych w 2018 roku: egzaminu gimnazjalnego, egzaminu maturalnego, centralnego egzaminu wstępnego, egzaminu eksternistycznego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 154~318906 w dniu 12 sierpnia 2017 r.

W dniu 6 października 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców

biorących udział w postępowaniu o odrzuceniu obu złożonych ofert i unieważnieniu postępowania. Wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 listopada 2017 r. (sygn. akt. KIO 2167/17, KIO 2169/17), w dniu 3 listopada 2017 r. Zamawiający unieważnił czynność odrzucenia ofert i unieważnienia postępowania. Do dnia 14 grudnia 2017 r. Zamawiający dokonywał ponownego badania ofert, a w dniu 14 grudnia 2017 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie: Samindruk Sp. z o.o., Drukarnia Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. (zwanego dalej „Konsorcjum Samindruk”), jako oferty najkorzystniejszej.

Konsorcjum: Wojskowe Zakłady Kartograficzne Sp. z o.o., Drukarnia POZKAL Sp. z o.o. Sp.K., Toruńskie Zakłady Graficzne ZAPOLEX Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec zaniechania wykluczenia Konsorcjum Samindruk z postępowania oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty, złożonej przez to Konsorcjum, a w konsekwencji wobec wyboru oferty Konsorcjum Samindruk jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Samindruk z postępowania pomimo niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Samindruk z uwagi na celowe złożenie nieprawdziwych informacji wraz z ofertą, dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Samindruk z uwagi na złożenie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego w zakresie oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej oraz udziału Poczty Polskiej S.A.

3

w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, które to informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Samindruk jako niezgodnej z treścią SIWZ z uwagi na fakt, iż oferta nie uwzględnia nalepki zabezpieczającej koperty z nadrukiem „EGZAMIN” (nie uwzględnia z uwagi na to, że wyrób ten stanowi własność intelektualną członka konsorcjum Odwołującego), a związku z tym ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Samindruk, mimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), zwanej dalej „uznk”, bowiem złożenie tej oferty jest równoważne z zaferowaniem użycia nadruku „EGZAMIN”, czyli bezprawnym obrotem chronionymi dobrami;

5. art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp - poprzez zaniechanie ujawnienia umowy ramowej zawartej pomiędzy Samindruk sp. z o.o. a Dataform Druk GMBH & CO PRODUKTIONS KG;

6. art. 8 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uzkn - poprzez wadliwe przyjęcie, że umowa ramowa zawarta pomiędzy Samindruk sp. z o.o. a Dataform Druk GMBH & CO PRODUKTIONS KG zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, które nie mogą być ujawnione, a w konsekwencji ograniczenie dostępu i zaniechanie odtajnienia informacji zawartych w ww. umowie, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy wskazane informacje tajemnicy takiej nie stanowią;

7. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Samindruk jako niezgodnej z treścią SIWZ z uwagi na fakt, że Konsorcjum Samindruk nie zapewniło udziału Poczty Polskiej S.A. w realizacji zamówienia;

8. art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Samindruk, pomimo zaistnienia ku temu przesłanek oraz poprzez uniemożliwienie wglądu w treść oferty w zakresie umowy ramowej zawartej pomiędzy Samindruk sp. z o.o. a Dataform Druk GMBH & CO PRODUKTIONS KG.

Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 14 grudnia 2017r.;
- powtórzenia czynności badania i oceny oferty Konsorcjum Samindruk i w konsekwencji

nakazanie odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zawartych w umowie ramowej zawartej pomiędzy Samindruk Sp. z o.o. a Dataform Druk GMBH & CO PRODUKTIONS KG oraz wykluczenia Konsorcjum Samindruk z postępowania i odrzucenia tej oferty;

- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

4

Ponadto Odwołujący wniósł o:

1. przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu;

zwrócenie się do Totalizatora Sportowego Sp. z o.o. 2. o przedłożenie umów zawartych z Samindruk Sp. z o.o. - na okoliczność przedmiotu świadczonych w ramach umów - usług, ich wartości, jednorazowego charakteru świadczeń (wraz z aneksami, o ile były zawarte); 3. zwrócenie się do Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej o przedłożenie umów zawartych z Drukarnią Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. - na okoliczność przedmiotu świadczonych w ramach umowy usług (wraz z aneksami, o ile były zawarte); 4. zwrócenie się do Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej o przedłożenie dokumentów potwierdzających, że Drukarnia Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. dostarczyła książeczki opłat do ponad 6500 odbiorców w określonym dniu, tj. 13 czerwca 2017 r. w czasie nieprzekraczalnym trzech godzin, za potwierdzeniem odbioru, tj. podpisanych przez mieszkańców potwierdzeń odbioru książeczek opłat.

Odwołujący wyjaśnił, że na skutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, Odwołujący, jako wykonawca, który złożył ofertę zgodną z SIWZ, został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Niewykazanie przez Konsorcjum Samindruk spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający zaniechał na etapie badania i oceny ofert respektowania wymagań, które sam określił w SIWZ. Zgodnie z rozdziałem IX ust. 1 SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 Pzp, w szczególności posiadają zdolności techniczne i zawodowe, tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali:

a) co najmniej jedną usługę/dostawę w zakresie druku (przygotowanie do druku, drukowanie, przygotowanie do wysyłki) o wartości łącznej druku nie mniejszej niż 10 milionów PLN brutto (a w przypadku, jeżeli wartość w umowie została wyrażona w walucie obcej - równowartość 10 milionów PLN brutto (wg średniego kursu NBP z dnia wykonania zamówienia),

b) co najmniej jedną usługę w zakresie dystrybucji przesyłek do co najmniej 6 000 odbiorców, dostarczonych do tych odbiorców w okresie jednego dnia dystrybucji, w określonym przedziale godzin, nie przekraczającym łącznie 3 godzin, z potwierdzeniem odbioru przesyłek przez adresatów.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Samindruk nie wykazało spełnienia żadnego z wyżej wskazanych warunków udziału w postępowaniu.

5

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunków udziału w postępowaniu, Konsorcjum Samindruk do oferty załączyło wypełniony JEDZ, w którym wykazało się doświadczeniem w zakresie:

Ad. a) Dostawa rolek kuponów i bankietów o wartości ponad 21.000.000,00 zł w okresie luty 2014 r. - lipiec 2017r. na rzecz Totalizatora Sportowego oraz Druki w o wartości 13.387.500,00 zł w okresie 1.01.2015 r. do 31.12.2015 r. na rzecz Dataform Druk GMBH.

Ad. b) Druk i dystrybucja książeczek opłat za potwierdzeniem odbioru przez adresatów; Dystrybucja przesyłek do 6500 odbiorców dostarczonych w okresie jednego dnia w określonym przedziale czasowym, nieprzekraczającym 3 godzin, z potwierdzeniem odbioru przesyłek przez adresatów; w okresie 13.06.2017 r. w godz. 17 - 20 na rzecz Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej.

Następnie, na wezwanie Zamawiającego, w dniu 13 listopada 2017 r. Konsorcjum

Samindruk złożyło wykaz usług/dostaw wraz z referencjami, w którym wykazało się doświadczeniem w zakresie:

Ad. a)

1. Przygotowanie do druku, drukowanie i dostawy zadrukowanych materiałów eksploatacyjnych do terminali gier losowych w postaci rolek kuponów oraz blankietów, wartość ponad 25.830,00 zł; w okresie luty 2014 r. - lipiec 2017 r. na rzecz Totalizatora Sportowego Sp. z o.o.

Na potwierdzenie powyższego, Konsorcjum Samindruk przedłożyło list referencyjny Totalizatora Sportowego Sp. z o.o. z dnia 4 września 2017r., z którego wynika, iż „w okresie od II 2014 r. do VII 2017 r. w sposób ciągły, z należytą starannością, zrealizowała usługę zadrukowania i dostawy do oddziałów TS na terenie całej Polski, materiałów eksploatacyjnych do terminali gier losowych w postaci rolek kuponów oraz blankietów na łączną wartość netto ponad 21.100.000,00 pln”.

2. Prace drukarskie dot. poddruku formularzy: przygotowanie do druku, drukowanie, przygotowanie druków do wysyłki; wartość 13.385.500 zł w okresie 01.01. - 31.12.2015 r. oraz 11.475.000,00 zł w okresie 01.01. – 31.12.2016 r. na rzecz Dataform Druk GMBH & Co. Produktions;

Na potwierdzenie powyższego, Konsorcjum Samindruk przedłożyło list referencyjny Dataform Druk GMBH + Co. Produktions z dnia 31 sierpnia 2017 r. wraz z tłumaczeniem z dnia 31 sierpnia 2017 r.

3. Usługa druku, zabezpieczenie w procesie druku, zapakowanie i dostawa kart do głosowania w związku z wyborami Prezydenta RP w 2016 r.; wartość 3.742.587,42 zł w okresie 24.04.2015 - 25.05.2015 r. na rzecz Krajowego Biura Wyborczego.

6

Na potwierdzenie powyższego, Konsorcjum Samindruk przedłożyło poświadczenie Szefa Krajowego Biura Wyborczego z dnia 17 lipca 2016 r.

Ad. b) Realizacja przesyłek - książeczek opłat do ponad 6.500 odbiorców, dostarczonych w okresie jednego dnia dystrybucji, o określonym przedziale czasowym nieprzekraczającym 3 godzin, z potwierdzeniem odbioru przesyłek przez adresatów; w okresie 13.06.2017 r. w godz. 17 - 20 na rzecz Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej.

Na potwierdzenie powyższego, Konsorcjum Samindruk przedłożyło list referencyjny Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej z dnia 29 czerwca 2017 r. Dostawa/usługa świadczona na rzecz Totalizatora Sportowego Sp. z o.o.

Odwolujący podniósł, że Konsorcjum Samindruk nie wykazało, że spełnia warunek udziału w postępowaniu - posiadania doświadczenia w jednej usłudze/dostawie w zakresie druku (przygotowanie do druku, drukowanie, przygotowanie do wysyłki) o wartości łącznej druku nie mniejszej niż 10 milionów PLN brutto.

W dniu 17 listopada 2017r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Samindruk o wyjaśnienia w zakresie: 1) czy przedmiot wskazanej usługi/dostawy obejmował przygotowanie do wysyłki, 2) wartości wskazanej w wykazie usług/dostaw; 3) czy usługa była realizowana w ramach jednej umowy czy też kilku następujących po sobie umów, 4) dat rozpoczęcia i zakończenia ww. umów, ich przedmiotu, zakresu i obecnego statusu. Odwołujący podniósł, że Zamawiający zwrócił się również o przekazanie kopii ww. umów.

Odwolujący wyjaśnił, że w odpowiedzi na to wezwanie Konsorcjum Samindruk teoretycznie odniosło się do wszystkich ww. kwestii. Konsorcjum Samindruk przyznało, że „Dostawa/usługa wskazana jako realizowana w okresie od lutego 2014 r. do lipca 2017 r. nie była formalnie realizowana w ramach jednej umowy, niemniej jednak jest to dostawa/usługa świadczona w sposób ciągły, nieprzerwany od 2014 r. do dziś. Wykonawca Samindruk postrzega tę usługę/dostawę jako całość i jedną dostawę/usługę z uwagi na fakt, iż nieprzerwanie [...] dostarcza [...] te same blankiety i kupony. Spółka Samindruk zawarła z Totalizatorem Sportowym następujące, bezpośrednio po sobie umowy”.

Konsorcjum Samindruk wyjaśniło, że dostawa/usługa jest realizowana w sposób ciągły od lutego 2014 r. aż do chwili obecnej, a z drugiej strony wskazało zakończenie terminu realizacji na lipiec 2017 r. (w JEDZ i dwóch wykazach), a następnie z opisu umów zawartych z Totalizatorem Sportowym Sp. z o.o. wynika, że realizacja dostaw/usług została zakończona w sierpniu 2017 r.

Ponadto, w dniu 16 listopada 2017 r. Zamawiający zwrócił się do Totalizatora Sportowego Sp. z o.o. o wyjaśnienie: 1) na czym polegało wykonywanie usługi przez członka

Konsorcjum Samindruk w sposób ciągły; 2) czy usługa była realizowana w ramach jednej umowy czy też kilku następujących po sobie umów, 3) dat rozpoczęcia i zakończenia ww.

7

umów, ich przedmiotu, zakresu i obecnego statusu. Zamawiający zwrócił się również o przekazanie kopii tychże umów.

W liście referencyjnym z 4 września 2017r. Totalizator Sportowy wskazał na należyte wykonanie usługi zadrukowania i dostawy rolek i kuponów, a w piśmie z dnia 24 listopada 2017 r. powołał się na dostawę rolek i kuponów, co oznacza, że:

- Konsorcjum Samindruk nie potwierdziło spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a jednocześnie nie wiadomo jaki był faktycznie zakres usług świadczonych przez Konsorcjum Samindruk,

- nie polega na prawdziwe twierdzenie Konsorcjum Samindruk, że w ramach umów wykonywało czynności wymagane przez Zamawiającego, tj. przygotowanie do druku, druk i przygotowanie do wysyłki - nie wynika to z żadnego z wyjaśnień ani Konsorcjum Samindruk ani Totalizatora Sportowego sp. z o.o. mimo, że wezwania Zamawiającego kierowane do obu podmiotów zmierzały właśnie do dokładnego ustalenia zakresu zadania oraz sposobu jego wykonania.

Z powyższego opisu jednoznacznie wynika, że Konsorcjum Samindruk nie wykazało, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX ust. 1 lit. a) SIWZ:

Zgodnie z rozdziałem IX ust. 1 lit. a) SIWZ, Zamawiający oczekiwał wykazania się doświadczeniem w jednej usłudze/dostawie w zakresie druku (przygotowanie do druku, drukowanie, przygotowanie do wysyłki) o wartości łącznej druku nie mniejszej niż 10 milionów PLN brutto, natomiast Konsorcjum Samindruk przyznało, że *„Dostawa/usługa wskazana jako realizowana w okresie od lutego 2014r. do lipca 2017 r. nie była formalnie realizowana w ramach jednej umowy, niemniej jednak jest to dostawa/usługa świadczona w sposób ciągły, nieprzerwany od 2014r. do dziś”*.

Odwolujący nie podzielił stanowiska, że mamy do czynienia z jedną usługą realizowaną w ramach kilku umów - zarówno co do zadania realizowanego na rzecz Totalizatora Sportowego, jak i Dataform Druk GMBH & Co. Produktions. Nie można uznać, że świadczenia w zakresie wymaganym w SIWZ stanowiły jedną ciągłą usługę. Zamówienia na rzecz Totalizatora Sportowego stanowiły odrębne dostawy i usługi, które nie miały charakteru permanentnego. Okoliczność, czy kilka umów może być traktowanych jako jedna usługa winna być oceniana indywidualnie, w zależności od specyfiki każdego rozpatrywanego przypadku, a przede wszystkim - od postawionego warunku udziału w postępowaniu i wyrażonego w nim akcentu, co do tego, co dany warunek bada: czy zdolność wykonawcy do rozprowadzenia długotrwałego procesu dostawy w określonym czasie czy też potencjał do wykonania jednorazowego przedsięwzięcia w krótkim czasie i umiejętność skumulowania zasobów organizacyjnych na potrzeby jednorazowego, realizowanego w krótkim czasie zadania. W zaistniałym wypadku mamy do czynienia z kilkoma jednorazowymi umowami, które razem nie stanowią jednej całości, stanowią oddzielne

8

świadczenia, które nie są wykonywane ze znaną z góry regularnością, i co do których nie można powiedzieć, że mamy do czynienia z jednym drukiem o wartości co najmniej 10 mln zł. Każdorazowo umowy zostały zakończone, podano daty ich realizacji. W związku z tym, że każda z umów jest zakończona, nie sposób mówić o świadczeniu ciągłym, lecz o kilku świadczeniach jednorazowych, każde na podstawie kolejnej umowy. Fakt, że realizacja umów następowała po sobie nie ma znaczenia dla oceny jednorazowego charakteru umowy. W związku z tym, że realizacja umów została zakończona, nie można też konstatować o ciągłym charakterze umów.

Odwolujący podkreślił, że określony w SIWZ warunek udziału wskazuje, że chodzi o jedno zadanie, które realizowane jest jednorazowo, w ramach jednej umowy, wykazanie czego miało jednoznacznie potwierdzić zdolność wykonawcy, poprzez jego wiedzę i doświadczenie, do przeprowadzenia tak złożonej i wymagającej usługi/dostawy. Nieuprawnione jest zatem, w świetle postanowień SIWZ, stawianie znaku równości pomiędzy kilkoma odrębnymi, choć realizowanymi w określonym po sobie czasie usługami/dostawami, a jedną wymaganą. Nawet, jeżeliby przyjąć, iż są one jedną

usługą/dostawą, to świadczoną w ratach, a zetem nie potwierdzającą spełnienia warunków określonych w SIWZ.

Odwolujący wskazał, że warunek określony w SIWZ mówi wprost o jednej usłudze/dostawie w zakresie druku, zaś druk (przygotowanie do druku, drukowanie, przygotowanie do wysyłki) jako taki nie ma cech usługi ciągłej, realizowanej „na raty” w dłuższym okresie czasu, rozłożonej w czasie. W postawionym warunku, wskazując kilka czynności, które łącznie mają się składać na jego realizację (przygotowanie do druku, drukowanie, przygotowanie do wysyłki) i wymagając minimalnej wartości 10 milionów zł tylko dla druku, Zamawiający podkreślił, że chodzi o jedno zadanie druku. Ponadto, najpierw mówi się o jednej usłudze/dostawie druku, a następnie wskazuje się, że przedmiotem zadania referencyjnego ma być „druk”, przy czym autor SIWZ wprost posługuje się w tym zakresie liczbą pojedynczą tego zadania. Postawiony w postępowaniu warunek udziału w zakresie druku ma służyć zbadaniu zdolności wykonawcy do uniesienia ciężaru jednorazowej usługi druku dużego wolumenu materiałów, przeprowadzonej w krótkim czasie, i z uwzględnieniem szczególnych wymogów w zakresie zabezpieczenia materiałów przed ich udostępnieniem - przedmiotem postępowania jest druk i dystrybucja materiałów egzaminacyjnych - jednorazowe zadanie dużej ilości druku realizowane w warunkach zapewnienia braku dostępu osób nieuprawnionych (zapewnienia, że testy przed egzaminem nie zostaną upublicznione), a w konsekwencji - w relatywnie krótkim czasie. Nie jest więc porównywalnym i adekwatnym do zbadania zdolności wykonawcy wykazanie się dostawą druków o odpowiedniej wartości realizowaną sukcesywnie, na przestrzeni czasu. Wyraz temu dał Zamawiający w treści postawionego warunku, gdzie zaakcentował, że wymaga

9

przynajmniej jednej dużej usługi/dostawy druku, a miarą wielkości tego zadania miała być wartość tej usługi/dostawy co najmniej 10 mln zł.

Wskazując na orzecznictwo Izby Odwoławczy podniósł, że w orzeczeniach dopuszczających posłużenie się, na wykazanie spełnienia warunku, więcej niż jedną umową eksponuje się specyfikę zadania, które jest treścią stawianego warunku, które pozwala - lub nie - na uznanie za jedną umowę więcej usług, jeśli usługi te mają charakter ciągły, następujący po sobie i - co istotne - składają się na jedną funkcjonalną całość. Każdorazowo podkreśla się, że możliwe lub dopuszczalne będzie zsumowanie więcej umów - pod pewnymi warunkami (wskazywana wyżej usługa ciągła, zadania stanowiące funkcjonalną całość) - co oznacza dodatkowy wysiłek po stronie wykonawcy chcącego skorzystać z takiego nietypowego i wyjątkowego, wymagającego bardziej wnikliwej i starannej interpretacji umów i zadań podawanych w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu, w zakresie wykazania charakteru usługi jako takiej, co do której właściwe jest sumowanie więcej niż jednej umowy. Ten wysiłek obejmuje m.in. przedstawienie umowy (umów), z których wynika realizacja zadań referencyjnych, jeśli Zamawiający takich umów żąda, od czego Konsorcjum Samindruk zdaje się uchylać.

Zadania wykazane przez Konsorcjum Samindruk nie potwierdzają spełnienia warunku, gdyż zadania wykonane na rzecz Totalizatora Sportowego wykonane były na podstawie wielu zleceń częściowych, o wartości nie przekraczającej postawionego przez Zamawiającego progu. Podobnie, zadania wykonane na rzecz Dataform Druk GMBH & Co. Produktions mają charakter cyklicznych zleceń wykonywanych w ramach umowy ramowej (podkreślić przy tym należy, że fakt istnienia umowy ramowej został „ukryty” w wyniku tłumaczenia na język polski; dopiero w wyniku wyjaśnień ustalono prawdziwy charakter umowy), a nie jednej usługi/dostawy druku. Zadanie wykonane na rzecz Krajowego Biura Wyborczego - nie przekracza określonej przez Zamawiającego wartości co najmniej 10 mln zł.

Mimo, iż w wezwaniach z dnia 16 i 17 listopada 2017r. Zamawiający zwrócił się do Totalizatora Sportowego oraz do Konsorcjum Samindruk o przedstawienie umów - to żaden z podmiotów nie przedstawił Zamawiającemu takich umów. Dziwi zatem czynność wyboru oferty Konsorcjum Samindruk jako najkorzystniejszej, bez weryfikacji najbardziej istotnego dokumentu (bowiem zawierającego pełny obraz co do zakresu świadczonych dostaw/usług na rzecz Totalizatora Sportowego). Uzasadnia to jednocześnie, zwrócenie się do Totalizatora Sportowego Sp. z o.o. o przedstawienie umów zawartych z Samindruk Sp. z o.o. Zamawiający nie miał podstaw do pozytywnej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji do uznania, że ww. wykonawca nie podlega wykluczeniu.

Ta sama sytuacja dotyczy wykazania spełnienia drugiej części warunku udziału

dostarczonych do tych odbiorców w okresie jednego dnia dystrybucji, w określonym przedziale godzin nie przekraczającym łącznie 3 godzin, z potwierdzeniem odbioru przesyłek przez adresatów. Konsorcjum Samindruk wskazało umowę realizowaną na rzecz Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej. Mimo istotnych i uzasadnionych wątpliwości co do wypełnienia warunku w zakresie doręczenia przesyłek za potwierdzeniem

odbioru przez adresatów ani Konsorcjum Samindruk, ani Pabianicka Spółdzielnia Mieszkaniowa nie przedstawiły umowy, a tym samym nie było podstaw do uznania spełnienia postawionego w SIWZ warunku.

W tej mierze ocena Zamawiającego była nieprawidłowa, a co najmniej przedwczesna. Zamawiający pomimo podjęcia bardzo wielu działań i zadania szeregu pytań nie uzyskał informacji umożliwiających ocenę i uznanie spełnienia warunków. Przy ilości wątpliwości, jakie jawią się w odniesieniu do wykazania spełnienia przez Konsorcjum Samindruk warunków udziału w postępowaniu, wobec nieprzedstawienia przez Konsorcjum Samindruk oraz jego kontrahentów (Totalizator Sportowy sp. z o.o. a także Pabianicka Spółdzielnia Mieszkaniowa) tak istotnych informacji, Zamawiający nie miał podstaw do dokonania pozytywnej oceny spełnienia przez Konsorcjum Samindruk warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający powinien był więc wykluczyć Konsorcjum Samindruk z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w każdym razie nie mógł ocenić, że Konsorcjum Samindruk spełnia postawiony warunek, jeśli wykonawca (oraz jego dwaj kontrahenci) konsekwentnie uchylił się od przedstawienia umów, co oznacza, że powinien przynajmniej raz jeszcze stanowczo zażądać tych umów.

Ponadto, Konsorcjum Samindruk wskazało na wykonanie 5 umów, podczas gdy Totalizator Sportowy podaje, że usługa w okresie od lutego 2014 r. do lipca 2017 była świadczona w ramach 8 umów. Kwestia ta nie była przedmiotem wyjaśnienia. Wartość każdej z umów z Totalizatorem Sportowym wskazanych przez Konsorcjum Samindruk nie przekroczyła 10 mln zł brutto.

Dostawa/usługa świadczona na rzecz Dataform Druk GMBH & Co. Produktions

Konsorcjum Samindruk wskazało, że wykonuje świadczenie na rzecz Dataform Druk GMBH & Co. Produktions na podstawie jednej umowy ramowej. Podstawę do realizacji dostaw stanowią zamówienia realizowane w oparciu o specyfikacje produktów i ich cen określonych w umowie ramowej. Realizowane są zamówienia Dataform Druk GMBH & Co. Produktions, które ta spółka na bieżąco otrzymuje od swojego kontrahenta spółki Deutsche Post.

Sposób wykonywania umowy jednoznacznie wskazuje na jednorazowy charakter każdego z zamówień - stanowiących osobne umowy. Nie można mylić tutaj umowy ramowej, która nie stanowi w istocie podstawy zobowiązania do realizacji zamówienia, a jedynie podstawę współpracy, jak wyjaśniło samo Konsorcjum Samindruk. Świadczenie okresowe

11

powinno być wprost określone w umowie wykonawczej/definitywnej zarówno co do wielkości, zakresu, jak i sposobu oraz terminu wykonania, a w tym przypadku takiego opisu świadczenia nie ma. Zamawiający nie dostrzegł różnicy pomiędzy zobowiązaniem się do współpracy/złożenia oferty, a zobowiązaniem do wykonania usługi czy dostawy. Zamawiający pominął fakt, z jakim mamy tutaj do czynienia świadczeniem, nie poświęcił

uwagi ocenie charakteru tej umowy i bezrefleksyjnie przyjął wyjaśnienia, referencje i potwierdzenie należytego wykonania zamówienia przedstawione przez Konsorcjum Samindruk. Jak zwróciło uwagę Konsorcjum Samindruk w piśmie z dnia 12 grudnia 2017r., świadczenie okresowe to czynności powtarzane cyklicznie, tj. powtarzające się w ściśle określonych, niekoniecznie jednakowych odstępach czasu np. comiesięczny czynsz, alimenty, odsetki za każdy dzień opóźnienia. Zakres tych świadczeń może być różny, lecz termin ich spełnienia jest z góry określony, pewny. Nie chodzi zatem o sytuację, gdy zawarta zostanie umowa ramowa, natomiast obowiązek świadczenia nie wiadomo kiedy i czy w ogóle zaktualizuje się.

W wypadku realizacji usług na rzecz Dataform Druk GMBH & Co. Produktions można mówić wyłącznie o spełnieniu kilku, kilkunastu nieregularnych świadczeń jednorazowych,

wobec czego, Konsorcjum Samindruk nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu i powinno zostać wykluczone z postępowania.

Dostawa/usługa świadczona na rzecz Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej

Konsorcjum Samindruk nie wykazało, że spełnia warunek udziału w postępowaniu - posiadania doświadczenia w zakresie dystrybucji przesyłek do co najmniej 6 000 odbiorców, dostarczonych do tych odbiorców w okresie jednego dnia dystrybucji, w określonym przedziale godzin nie przekraczającym łącznie 3 godzin, z potwierdzeniem odbioru przesyłek przez adresatów.

W dniu 16 listopada 2017 r. Zamawiający zwrócił się do Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej o wyjaśnienia dotyczące następujących kwestii: 1) jaki był okres świadczenia usług przez członka Konsorcjum Samindruk, 2) jaka była liczba odbiorów książeczek mieszkaniowych, 3) czy w ramach dystrybucji książeczek istniała imienna lista dystrybucyjna, tj. czy książeczki były wysyłane do skonkretyzowanych odbiorców, a odbiór był możliwy wyłącznie przez adresatów - odbiór za potwierdzeniem odbioru, 4) czy adresaci książeczek opłat potwierdzili w każdym dniu dystrybucji datę i godzinę odbioru książeczek opłat, tj. na jakiej podstawie ustalono, że w dniu 13 czerwca 2017 r. dystrybucja została zrealizowana do ponad 6500 odbiorców w okresie nieprzekraczającym 3 godzin, 5) jaka data oraz jaki przedział godzin dostarczenia został przyjęty przy ustalaniu stanu faktycznego; 6) czy wymóg dostarczania za potwierdzeniem odbioru książeczek opłat do ponad 6500 odbiorców w określonym dniu 13 czerwca 2017 r., w czasie nieprzekraczalnym trzech godzin, wynikał z zapisów umowy; 7) czy usługa była wykonywana przez podwykonawcę; 8) opisanie sposobu

12

dystrybucji książeczek opłat; 9) czy każde z potwierdzeń odbioru książeczek opłat przez adresatów w liczbie co najmniej 6000 odbiorców dostarczonych w dniu 13 czerwca 2017 r. w przedziale nieprzekraczającym 3 godziny potwierdza, że odbiorcami książeczek byli adresaci przesyłek?

Ponadto, w dniu 17 listopada 2017 r. Zamawiający zwrócił się ponownie do Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej o wyjaśnienia dodatkowych kwestii - czy dystrybuowane książeczki opłat zawierały indywidualne elementy takie jak: adres lokalu, imię i nazwisko zobowiązanego do wnoszenia opłat, indywidualne konto wpłat. Zamawiający zwrócił się o wzór takiej książeczki.

Pismem z dnia 20 listopada 2017r. Pabianicka Spółdzielnia Mieszkaniowa wyjaśniła, że zgodnie z umową z maja 2017 r., członek Konsorcjum Samindruk - zobowiązał się do wydrukowania i dostarczenia książeczek opłat do ponad 6000 mieszkańców. Członek Konsorcjum Samindruk dysponował imienną listą mieszkańców z adresami zamieszkania, pod które należało dostarczyć ww. książeczki. Pabianicka Spółdzielnia Mieszkaniowa wyjaśniła także, że „dystrybucja książeczek opłat odbywała się w dniu 13 czerwca br., w godz. 17:00 - 20:00. Fakt otrzymania książeczki KAŻDY z mieszkańców potwierdził własnoręcznym podpisem. Wykonana usługa została potwierdzona kserokopią list doręczenia” oraz że w ocenie Spółdzielni, to członek Konsorcjum Samindruk powinien przedstawić Zamawiającemu kopię umowy „chcąc wykazać swoją wiarygodność i rzetelność”.

W dniu 17 listopada 2017r. Zamawiający zwrócił się też do Konsorcjum Samindruk o wyjaśnienia dotyczące następujących kwestii: 1) czy w ramach dystrybucji książeczek istniała imienna lista dystrybucyjna, tj. czy książeczki były wysyłane do skonkretyzowanych odbiorców, a odbiór był możliwy wyłącznie przez adresatów - odbiór za potwierdzeniem odbioru; 2) czy wszyscy adresaci książeczek opłat potwierdzili w dniu 13 czerwca 2017 r. datę i godzinę odbioru książeczek opłat; 3) na jakiej podstawie ustalono, że w dniu 13 czerwca 2017 r. dystrybucja została zrealizowana do ponad 6500 odbiorców w okresie nieprzekraczającym 3 godzin, 4) czy usługa była wykonywana przez podwykonawcę; 5) opisanie sposobu dystrybucji książeczek opłat; 6) czy każde z potwierdzeń odbioru książeczek opłat przez adresatów w liczbie co najmniej 6000 odbiorców dostarczonych w dniu 13 czerwca 2017 r. w przedziale nieprzekraczającym 3 godzin potwierdza, że odbiorcami książeczek byli adresaci przesyłek?

W odpowiedzi Konsorcjum Samindruk wskazało, że w ramach dystrybucji istniała imienna lista dystrybucyjna. Książeczki były dostarczane do skonkretyzowanych odbiorców, a odbiór był możliwy przez określonych adresatów i był to odbiór „za potwierdzeniem odbioru”. Konsorcjum Samindruk podało, że fakt doręczenia 6.500 książeczek do ich adresatów potwierdzono na podstawie potwierdzeń odbiorów książeczek, przeliczenia

potwierzeń odbiorów oraz w ramach nadzoru nad wykonaniem zamówienia, nie wyjaśniając przy tym, na czym ten nadzór miałby polegać.

Konsorcjum Samindruk nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu z następujących przyczyn: Pierwotnie Konsorcjum Samindruk wykazało doświadczenie w zakresie: „druku

dystrybucji książeczek mieszkaniowych” (w JEDZ), następnie wskazywało na doświadczenie w „realizacji przesyłek” (w wykazie usług/dostaw). List referencyjny Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej z dnia 29 czerwca 2017r. odnosił się do „wydruku i dystrybucji”. Takie odmienne (wręcz sprzeczne) oświadczenia trudno uznać na potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Mimo, iż w wezwaniach Zamawiający zwrócił się do Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej oraz do Konsorcjum Samindruk o przedstawienie potwierżeń doręczeń około 6.500 spersonalizowanych książeczek do ich adresatów - to żadne z tych podmiotów nie przedstawił Zamawiającemu takich dowodów na wykonanie doręczeń, a jedynie oświadczenia, które w ocenie Odwołującego są niewiarygodne. Dziwi zatem czynność wyboru oferty Konsorcjum Samindruk jako oferty najkorzystniejszej bez weryfikacji najbardziej istotnego dokumentu potwierdzającego, że w dniu 13 czerwca 2017 r. dystrybucja została zrealizowana do ponad 6500 odbiorców w okresie nieprzekraczającym 3 godzin. Jak wskazał Zamawiający, nie badał on kwestii faktycznego doręczenia książeczek opłat do ponad 6500 odbiorców w dniu 13 czerwca 2017 r. w okresie nieprzekraczającym 3 godzin w okresie nieprzekraczającym 3 godzin, za potwierdzeniem odbioru.

Odwołujący podkreślił, że doręczenie przesyłki za potwierdzeniem odbioru ma charakter kwalifikowanego doręczenia, gdzie potwierdzenie odbioru stanowi element zasady oficjalności doręczenia. Skutkiem tego doręczenia jest posiadanie przez nadawcę przesyłki dowodu nadania przesyłki i doręczenia jej uprawnionemu podmiotowi.

W postępowaniu Zamawiający uczynił doręczenie adresatowi przesyłki za potwierdzeniem odbioru elementem istotnym postawionego warunku udziału w zakresie dystrybucji przesyłek, do co najmniej 6 000 odbiorców, dostarczonych do tych odbiorców w okresie jednego dnia dystrybucji, w określonym przedziale godzin nie przekraczającym łącznie 3 godzin, z potwierdzeniem odbioru przesyłek przez adresatów, co oznacza, że rolą wykonawcy jest wykazanie spełnienia tak opisanego warunku.

Tymczasem Konsorcjum Samindruk nie przedstawiło - mimo wątpliwości Zamawiającego i wystosowanego w tym zakresie wezwania - umowy łączącej z Pabianicką Spółdzielnią Mieszkaniową, zaś Pabianicka Spółdzielnia Mieszkaniowa, z jednej strony uchylając się od przedstawienia tej umowy Zamawiającemu na analogiczne wezwanie, jednocześnie poinformowała, że we wcześniejszych latach sama doręczała książeczki opłat przez gospodarzy domu zaś w 2017 r. Częstochowskie Zakłady Graficzne zaproponowały,

14

że na własny koszt przekażą mieszkańcom te książeczki i że finalnie uczyniły to przez „podwykonawcę”. Ustalenia Zamawiającego co do tego „podwykonawcy” wskazują, że była nim Warsaw Media House sp. z o.o. Sp.K. w Warszawie, a dokładniej - niezidentyfikowane osoby (studenci). Jednocześnie Warsaw Media House sp. z o.o. Sp.K. nie przedstawiło potwierżeń odbioru, które są elementem spornego warunku,

a tym samym Konsorcjum Samindruk nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu w następującym zakresie:

- W świetle dokonanych przez Zamawiającego wezwań, nie zostało w sposób niebudzący wątpliwości wykazane, że takie doręczenie za potwierdzeniem odbioru miało miejsce. Przeciwnie - co do doręczenia za potwierdzeniem odbioru przez „podwykonawcę” Warsaw Media House sp. z o.o. Sp.K., a za ten podmiot - przez niezidentyfikowanych studentów, w zestawieniu z faktem, że żaden z podmiotów zaangażowanych w tę czynność (Częstochowskie Zakłady Graficzne, Pabianicka Spółdzielnia Mieszkaniowa, Warsaw Media House sp. z o.o. Sp.K), mimo wezwania, nie okazał kluczowego produktu doręczenia, tj. potwierdzenia jego dokonania adresatom, brak jest podstaw do stwierdzenia, że takie doręczenie za potwierdzeniem odbioru miało miejsce.

- Wykonawca, powołując się (w części dotyczącej doręczenia przesyłek za

potwierdzeniem odbioru) na doświadczenie podwykonawcy swego konsorcjanta (Warsaw Media House sp. z o.o. Sp.K.), a w istocie na działających na zlecenie tego podmiotu studentów, nie wykazał spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu. Dla wykazania potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu konieczne jest bezsporne ustalenie, że to na rzecz tego podmiotu miało miejsce przekazanie potwierdzeń odbioru przesyłek (książeczek opłat) dla mieszkańców Spółdzielni - to Pabianicka Spółdzielnia Mieszkaniowa ma dysponować przekazanymi przez jej kontrahenta (Częstochowskie Zakłady Graficzne) potwierdzeniami odbioru przesyłek.

- Pomimo wezwań Zamawiającego, żaden z podmiotów mających być zaangażowane w proces doręczania za potwierdzeniem odbioru książeczek opłat do członków Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej, tj. Pabianicka Spółdzielnia Mieszkaniowa, Częstochowskie Zakłady Graficzne ani rzekomy podwykonawca tego podmiotu Warsaw Media House sp. z o.o. Sp.K. nie okazał ani umowy łączącej Pabianicką Spółdzielnię Mieszkaniową z Częstochowskimi Zakładami Graficznymi ani potwierdzeń odbioru przesyłek.
- Wyjaśnienia poszczególnych uczestników zaangażowanych w proces doręczania za odbioru potwierdzeniem książeczek opłat do członków Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej, tj. Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej, Częstochowskich Zakładów Graficznych oraz wskazywanego podwykonawcy tego podmiotu Warsaw Media House sp. z o.o. Sp.K. są wzajemnie sprzeczne: pismem z 20 listopada 2017 r. Pabianicka Spółdzielnia Mieszkaniowa wyjaśniła, że „Członek Konsorcjum Samindruk dysponował imienną listą

15

naszych mieszkańców z adresami zamieszkania, pod które należało dostarczyć w/w książeczki oraz że „dystrybucja książeczek opłat odbywała się w dniu 13 czerwca br., w godz. 17:00 - 20:00. Fakt otrzymania książeczki KAŻDY z mieszkańców potwierdził własnoręcznym podpisem. Wykonana usługa została potwierdzona kserokopią list doręczenia.”

Natomiast Konsorcjum Samindruk wskazało, że w ramach dystrybucji istniała imienna lista dystrybucyjna. Książeczki były dostarczane do skonkretyzowanych odbiorców, a odbiór był możliwy przez określonych adresatów i był to odbiór „za potwierdzeniem” oraz że fakt doręczenia 6.500 książeczek do ich adresatów potwierdzono na podstawie potwierdzeń odbiorów książeczek, przeliczenia potwierdzeń odbiorów oraz z ramach nadzoru na wykonaniem zamówienia. Wreszcie podwykonawca Częstochowskich Zakładów Graficznych, Warsaw Media House sp. z o.o. Sp.K. podał, że potwierdzenia odbioru zostały zniszczone, ponieważ nie przechowuje ich przez dłuższy czas. Z wyjaśnień tych nie wynika, kto otrzymał potwierdzenia odbioru książeczek opłat przez spółdzielców, a przecież istotą doręczenia za potwierdzeniem odbioru jest, że ich nadawca posiada dowód przekazania przesyłki adresatowi. Jeśli Konsorcjum Samindruk posłużyło się na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku dostawą książeczek opłat mieszkaniowych dla Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej, to odbiorca (Pabianicka Spółdzielnia Mieszkaniowa) powinien w łączącej go umowie z wykonawcą, posiadać zobowiązanie wykonawcy do takiego doręczenia oraz powinny jej zostać przekazane dowody potwierdzenia odbioru przesyłek przez adresatów.

Natomiast z pisma Warsaw Media House sp. z o.o. Sp.K. wynika, że to ten podmiot po wykonaniu na rzecz Częstochowskich Zakładów Graficznych rzekomej usługi doręczeń miał posiadać potwierdzenia odbioru przesyłek przez adresatów, skoro je zniszczył. Co istotne, końcowy odbiorca, tj. Pabianicka Spółdzielnia Mieszkaniowa, nie wskazał kategorycznie, że otrzymał potwierdzenia odbioru, lecz dokonał uniwersalnego stwierdzenia, że fakt otrzymania książeczki każdy z mieszkańców potwierdził własnoręcznym podpisem, a wykonana usługa została potwierdzona kserokopią list doręczenia, nie podając czy to na rzecz Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej dokonano takiego potwierdzenia.

W konsekwencji zasadny jest wniosek, że Konsorcjum Samindruk nie wykazało spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu pomimo wezwań Zamawiającego, zatem winno zostać wykluczone na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Konsorcjum Samindruk nie mogło wykonać doręczeń około 6.500 spersonalizowanych książeczek do ich adresatów, gdyż żaden z członków Konsorcjum Samindruk, jak i podwykonawca Warsaw Media House Sp. z o.o. Sp.K., a już na pewno żaden ze studentów faktycznie wykonujących tę usługę nie byli wpisani do rejestru operatorów pocztowych. Jeżeli zatem, któryś z ww. podmiotów faktycznie wykonał taką usługę (czemu Odwołujący stanowczo zaprzecza, w każdym razie nie zostało to ustalone w

16

postępowaniu) - to usługa wykonana niezgodnie z przepisami prawa nie powinna być uwzględniana, jako potwierdzająca spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że w tym zakresie trwa kontrola prowadzona przez Urząd Komunikacji Elektronicznej - sprawdzająca czy członek konsorcjum Odwołującego Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. o.o. oraz podwykonawca Warsaw Media House Sp. z o.o. Sp.K wykonywali usługi polegające na doręczaniu przesyłek bez wymaganego wpisu do rejestru działalności regulowanej, tj. do rejestru operatorów pocztowych prowadzonych przez UKE.

Dodatkowo, Konsorcjum Samindruk wykazało posiadane doświadczenie na rzecz Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej za pomocą doświadczenia podwykonawcy Warsaw Media House Sp. z o.o. Sp.K. oraz dalszych podwykonawców w postaci studentów, podczas gdy doświadczenie ewentualnych podwykonawców nie jest doświadczeniem Konsorcjum Samidruk.

Pojęcie „doświadczenie” wiąże się jednoznacznie ze stroną praktyczną posiadanych umiejętności - obejmuje umiejętności praktyczne, nabywane w sposób empiryczny w zakresie danego zagadnienia. Faktycznie wiedza i doświadczenie stanowią składniki przedsiębiorstwa i nie powinny być przedmiotem samodzielnego obrotu niezależnie od przedsiębiorstwa, ustawodawca dał wykonawcom prawo powoływania się w postępowaniu o zamówienie publiczne na ich wiedzę i doświadczenie. Nie jest dopuszczalne posługiwanie się doświadczeniem podwykonawców w tym zakresie dla wykazania się doświadczeniem wykonawcy dla kwalifikowania się do wykonania danego zadania. Wątpliwości budzi też rzetelność podwykonawcy (albo dalszego podwykonawcy, jakimi byli studenci) Warsaw Media House Sp. z o.o. Sp. K.

Konsorcjum Samindruk nie wykazało zatem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX ust. 1 lit b) SIWZ. Nieprawdziwe informacje w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie informacji o przynależności do grupy kapitałowej.

Z analizy oświadczeń złożonych przez Konsorcjum Samindruk w toku postępowania bezsprzecznie wynika, iż złożyło ononieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, tj. celowo wprowadziło w błąd Zamawiającego, podając informacje o swoim doświadczeniu, nie znajdujące potwierdzenia w rzeczywistości (w złożonej ofercie), czego niewątpliwie Konsorcjum Samindruk było świadome, czego wyrazem jest unikanie przedstawienia umowy z Totalizatorem Sportowym sp. z o.o. i Pabianicką Spółdzielnią Mieszkaniową oraz potwierdzeń odbioru przesyłek przez mieszkańców Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej.

17

Podkreślenia wymaga fakt, że za zawinione i umyśle należy uznać działanie Konsorcjum Samindruk, które posiadając precyzyjne informacje dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu, składa oświadczenia stojące z nimi w rażącej sprzeczności. Działanie Konsorcjum Samindruk miało więc charakter intencjonalny i zawiniony. Nie można uznać, że Konsorcjum Samindruk jako profesjonalista, dysponujący kompletną dokumentacją w sprawie spornego zamówienia nie miał możliwości precyzyjnego i właściwego określenia zakresu rzeczowego swojej oferty.

Nieprawdziwe informacje są podane przez Konsorcjum Samindruk, które z jednej strony podnosi, że dostawa/usługa jest realizowana w sposób ciągły od lutego 2014 r. aż do chwili obecnej, a z drugiej strony wskazuje zakończenie terminu realizacji na lipiec 2017 r. (w JEDZ i dwóch wykazach), a następnie z opisu umów zawartych z Totalizatorem Sportowym Sp. z o.o. wynika, że realizacja dostaw/usług została zakończona w sierpniu 2017r. Ponadto, Konsorcjum Samindruk wskazało na wykonanie 5 umów, podczas gdy Totalizator Sportowy podaje, że usługa w okresie od lutego 2014 r. do lipca 2017 była świadczona w ramach 8 umów - co równie wskazuje na kolejne nieprawdziwe informacje. Kwestia ta nie była przedmiotem wyjaśnienia ze strony Zamawiającego.

Złożenie nieprawdziwych informacji dotyczyło też dostawy/usługi świadczonej na rzecz Dataform Druk GMBH & Co. Produktions. W wykazie usług/dostaw Konsorcjum Samindruk wskazało okresy realizacyjne umowy, skoro rzekomo nie uległa ona zakończeniu - zawarto jedną umowę ramową na czas nieodznaczony.

Złożenie nieprawdziwych informacji dotyczyło też dostawy/usługi świadczonej na rzecz Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej. Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum Samindruk złożyło nieprawdziwe oświadczenia w zakresie doręczenia książeczek opłat do ponad 6500 odbiorców w dniu 13 czerwca 2017 r. w okresie nieprzekraczającym 3 godzin z potwierdzeniem odbioru.

Odwołujący podkreślił, że okoliczności faktyczne nie potwierdzają możliwości wykonania takiego zakresu zlecenia przez dalszych podwykonawców członka Konsorcjum Samindruk. Konsorcjum Samindruk powinno zostać wykluczone na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a dodatkowo (ponieważ wyjaśnienia w toku oceny ofert wykazały inny stan faktyczny niż w oświadczeniach Konsorcjum Samindruk złożonych wraz z ofertą) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Dodatkowo, w przypadku gdy wykonawca składa nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, bezspornym w orzecznictwie jest to, iż nie ma możliwości ich sanowania, a Zamawiający nie może wówczas wezwać do uzupełnienia informacji niewadliwych.

Odwołujący wskazał, że Dataform Druk GMBH & Co. Produktions KG oraz Samindruk Sp. z o.o., to podmioty zarządzane przez te same osoby, należące do tej samej grupy właścicielskiej i/lub kapitałowej. Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum Samindruk

18

złożyło oświadczenie wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie braku przynależności do grupy kapitałowej (tj. oświadczenie z dnia 21 września 2017r., które jednoznacznie wskazuje na brak jakiegokolwiek przynależności do grupy kapitałowej w rozumieniu uznk, bez odniesienia do ustawy Pzp). Konsorcjum Samindruk powinno zostać zatem wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Nieudostępnienie umowy ramowej Samindruk Sp. z o.o. z Dataform Druk GMBH & Co. Produktions KG

Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu do wglądu umowy ramowej Samindruk sp. z o.o. z Dataform Druk GMBH & Co Produktions KG, wbrew naczelnej zasadzie jawności postępowania i podczas gdy nie zachodzą przewidziane prawem okoliczności wskazujące na zasadność objęcia ww. umowy tajemnicą przedsiębiorstwa.

W niniejszej sprawie nie wykazano, że informacje znajdujące się w umowie posiadają wartość gospodarczą, a nadto, że przedsiębiorca podjął jakiegokolwiek działania w celu zachowania ich poufności, a szczególnie, że podjął działania niezbędne, przez co rozumie się m.in.: działania skuteczne w tym znaczeniu, iż gwarantują one, że zastrzegane informacje utrzymają swój walor tajności w całym procesie konstruowania ceny począwszy od dostawcy (podwykonawcy), przez pośredników, do zespołu ofertowania u wykonawcy, (*wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2017 r., KIO 703/17, LEX nr 2300086*). W piśmie z dnia 21 listopada 2017 r. spółka Dataform wskazała jedynie lakonicznie, że przesyła skan umowy „dla Państwa wiadomości (wyłącznie dla Państwa wiadomości)”, co nie stanowi w żadnej mierze wykazania, że zachodzą postawy do objęcia umowy tajemnicą. Wydaje się, iż szczegółowego badania zasadności zastrzeżenia poufności informacji, opartego na indywidualnym badaniu ich treści w kontekście ziszczenia się warunków określonych w art.11 ust. 4 UZNK oraz 8 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający zaniechał. Tymczasem brak jest podstaw prawnych dla odstąpienia od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nieudostępnienia ww. umowy ramowej Odwołującemu.

Odrzucenie oferty – brak nalepki zabezpieczającej koperty z nadrukiem „EGZAMIN”

Oferta Konsorcjum Samindruk podlega odrzuceniu z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ. Oferta nie została zabezpieczona odnośnie możliwości wykorzystania wyrobu w postaci nalepki zabezpieczającej koperty z nadrukiem „EGZAMIN”, który jest wyrobem członka konsorcjum Odwołującego. Wyrób pn. „Bezpieczny pakiet”, stanowi własność intelektualną członka konsorcjum Odwołującego, jest chroniony w Urzędzie Patentowym RP prawem z rejestracji nr: 6389, które daje uprawnionemu wyłączność na produkcję oraz wprowadzanie do obrotu chronionego wyrobu na terenie Polski.

Działanie polegające na bezprawnym obrocie chronionymi dobrami narusza szereg przepisów prawnych chroniących działalność gospodarczą, a w szczególności art. 24 ustawy

19

go do obrotu gospodarczego, wprowadzenie w błąd klientów co do pochodzenia towaru; art. 115 ust. 1 i ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, poprzez przywłaszczenie sobie autorstwa oraz wprowadzenie w błąd co do autorstwa wyrobu art. 116 ust. 1,3 i rozpowszechnianie cudzego utworu bez uprawnienia; oraz art. 303 prawa własności przemysłowej, poprzez naruszanie prawa twórcy projektu wzoru przemysłowego.

Norma prawna wyrażona w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nakazuje bezwzględne odrzucenie oferty jeśli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, dokonanie czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji musi nastąpić na skutek złożenia przez wykonawcę oferty.

W przypadku dostarczenia Zamawiającemu przedmiotu zamówienia opatrzonego naklejką „EGZAMIN” Zamawiający zostanie pozbawiony możliwości korzystania z wydruków, lecz także poniesie negatywne konsekwencje finansowe w postaci konieczności zadośćuczynienia roszczeniom odszkodowawczym na rzecz podmiotu uprawnionego z wzorca użytkowego i tym samym własności intelektualnej.

Wobec powyższego, oferta Konsorcjum Samindruk, nieuwzględniająca nalepki zabezpieczającej koperty z nadrukiem „EGZAMIN” - podlega odrzuceniu.

Zaniechanie odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ z uwagi na brak udziału podwykonawcy Poczty Polskiej SA w realizacji zamówienia.

Zgodnie z informacjami posiadanymi przez Odwołującego - żaden z członków Konsorcjum Samindruk przed złożeniem oferty nie podjął działań/rozmów czy jakiegokolwiek formy negocjacji dotyczący udziału Poczty Polskiej S.A. w realizacji zamówienia. Bez udziału Poczty Polskiej S.A. wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego - nie będzie możliwe. Samodzielnie Konsorcjum Samindruk nie będzie w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z umową. W związku z powyższym, Zamawiający powinien odrzucić ofertę Konsorcjum Samindruk ze względu na niezgodność treści oferty z SIWZ. Odwołujący ustalił, iż członkowie Konsorcjum Samindruk nawet jeżeli mają zawarte umowy na współpracę w zakresie usług pocztowych, to umowy te nie dotyczą takiego wolumenu i kategorii przesyłek, jaki obejmuje przedmiot zamówienia. Ponadto, na dzień składania ofert żaden z członków Konsorcjum Samindruk nie złożył nawet wstępnego zapytania dotyczącego potencjalnej współpracy.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum Samindruk - zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

20

Zamawiający, pismem z dnia 9 stycznia 2018 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 Pzp, Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z postanowieniami SIWZ oraz § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający

od

wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126), wykonawcy dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zobowiązani byli przedłożyć własne oświadczenie wiedzy w postaci wykazu dostaw/usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie dostaw/usług wykazanych w tym wykazie, przy czym dowodami tymi mogły być dowolne oświadczenia wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawa/usługa została wykonana (rozdz. X ust. 1 pkt 2 SIWZ). Wskazał, że nadmierne i nieuzasadnione żądanie dokumentów od wykonawców może stanowić utrudnienie dostępu do zamówienia publicznego wykonawcom, co skutkowałoby naruszeniem art. 7 Pzp.

W celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę jednej usługi druku i jednej usługi w zakresie dystrybucji, których parametry zostały określone w SIWZ.

W zakresie wykazania jednej usługi/dostawy druku (przygotowanie do druku, drukowanie, przygotowanie do wysyłki) o wartości łącznej druku nie mniejszej niż 10 milionów PLN brutto, Przystępujący złożył w JEDZ oświadczenie wiedzy, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, poprzez zaznaczenie w części IV sekcji α – zgodnie z rozdz. X ust.

1 akapit 4 JEDZ. W dniu 3 listopada 2017 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania. W dniu 14 listopada 2017 r. Przystępujący złożył wykaz usług/dostaw wraz z dowodami na potwierdzenie należytego wykonania dostaw.

W ramach usługi na rzecz Totalizatora Sportowego Sp. z o.o. Przystępujący wykazał przygotowanie do druku, drukowanie i dostawę zadrukowanych materiałów eksploatacyjnych do terminali gier liczbowych w postaci rolek kuponów oraz blankietów o wartości ponad 25 830 000,00 PLN realizowaną w okresie od lutego 2014 r. do lipca 2017 r. Na potwierdzenie należytego wykonania ww. usługi, Przystępujący załączył list referencyjny z dnia 4 września 2017 r., w treści którego Totalizator Sportowy Sp. z o.o. zaświadczył, że firma Samindruk Sp. z o.o. w okresie od lutego 2014 r. do lipca 2017 r. w sposób ciągły z należytą starannością zrealizowała usługę zadrukowania i dostawy do oddziałów Totalizatora Sportowego rolek kuponów i blankietów na łączną kwotę ponad 21 100 000,00 PLN. Ponieważ Przystępujący nie przedłożył dowodu należytego wykonania usług zrealizowanych

21

w sierpniu i wrześniu 2017 r., to bez znaczenia pozostają one dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zwracając się o wyjaśnienia w dniu 17 listopada 2017 r. Zamawiający nie zwracał się do Przystępującego o przekazanie kopii umów zawartych pomiędzy Samindruk Sp. z o.o. a Totalizatorem Sportowym Sp. z o.o. ani określenia dat rozpoczęcia ww. umów, ich przedmiotu i zakresu, za wyjątkiem pytania, czy przedmiot wskazanej usługi/dostawy obejmował przygotowanie do wysyłki. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie nie odpowiadają stanowi faktycznemu. Zamawiający w dniu 16 listopada 2017 r. zwrócił się dodatkowo, w nawiązaniu do treści referencji z dnia 4 września 2017 r. i w celu zachowania najwyższej staranności, do Totalizatora Sportowego o udostępnienie skanu umów zawartych z Samindruk Sp. z o.o. w okresie od lutego 2014 do lipca 2017 r. których przedmiotem było zadrukowanie i dostawa materiałów eksploatacyjnych do terminali gier liczbowych w postaci rolek kuponów oraz blankietów, na co Totalizator w dniu 24 listopada 2017 r. potwierdził, że Samindruk Sp. z o.o. wykonywała w tym okresie 8 umów, lecz odmówił udostępnienia tych umów ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa. Bezpodstawne jest też twierdzenie Odwołującego odnośnie jakichkolwiek rozbieżności w treści listu referencyjnego z dnia 4 września 2017 r. oraz pism z 24 listopada 2017 r. Różnica użytych przez Totalizator Sportowy sformułowań w odniesieniu do przedmiotowych usług wynika jedynie z treści zapytań Odwołującego zawartych we wniosku o udostępnienie informacji publicznej z dnia 13 listopada 2017 r. Zgromadzone przez Zamawiającego w toku postępowania dokumenty nie pozostawiają wątpliwości, że przedmiotem badanej usługi było: przygotowanie do druku – w nomenklaturze przyjętej przez Totalizator Sportowy „produkcja”, drukowanie – „zadruk kuponów i blankietów” oraz dostawa – „dostawa materiałów eksploatacyjnych do terminali gier liczbowych w postaci rolek, kuponów oraz blankietów”.

Pismem z dnia 21 listopada 2017 r. Przystępujący na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 listopada 2017 r. wyjaśnił, że dostawa/usługa świadczona była w sposób ciągły, nieprzerwany, dotyczyła takich samych blankietów i kuponów, a poszczególne umowy stanowią jedną funkcjonalną całość, a wykonanie tych umów nie różniło się niczym od wykonania jednej umowy, gdyż wykonywanie miało miejsce bez przerwy, co potwierdził Totalizator Sportowy zarówno w piśmie z dnia 4 września 2017 r., jak i z dnia 24 listopada 2017 r. W oparciu o posiadane dokumenty, jak i biorąc pod uwagę orzecznictwo KIO Zamawiający uznał, że świadczenie nieprzerwane usług druku na kwotę co najmniej 10 000 000,00 PLN stanowi jedną funkcjonalną całość, przez co spełnia wymóg postawiony w rozdz. IX ust. 1 lit. a SIWZ. Dodatkowo, pismem z dnia 7 grudnia 2017 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wykazu usług/dostaw w zakresie wynikającym ze złożonych wyjaśnień z dnia 21 listopada 2017 r. Przystępujący uzupełnił wykaz w dniu 12 grudnia 2017 r. Do oceny spełniania warunku Zamawiający wziął

22

pod uwagę umowy zrealizowane do lipca 2017 r. (od 24 lutego 2014 r. i od 18 lutego 2015 r.), który to okres został objęty listem referencyjnym z dnia 4 września 2017 r. Fakt, że

Totalizator Sportowy wskazał 8 umów, a Przystępujący 7 nie jest informacją, która może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, gdyż wystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału (rozd. IX ust. 1 pkt 1a SIWZ) są usługi wykazane w okresie od 12 marca 2014 r. do 4 lipca 2017 r. na kwotę 20 133 606,22 PLN.

W zakresie zarzutów dotyczących usług świadczonych na rzecz Dataform Druk GMBH & Co. Produktions Zamawiający uznał, że usługi te nie potwierdziły spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym w rozdz. IX ust. 1 lit. a SIWZ, wobec czego nie były one brane pod uwagę przy ocenie spełnienia warunków udziału przez Przystępującego. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że ocena w powyższym zakresie nie miała wpływu na fakt wykazania przez Przystępującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do warunku w zakresie dystrybucji, określonego w rozdz. IX ust. 1 lit. b SIWZ, Zamawiający wyjaśnił, że w JEDZ Przystępujący złożył oświadczenie, że spełnia warunki udziału, poprzez zaznaczenie w części IV sekcji α, zgodnie z rozdz. X ust. 1 akapit 4 JEDZ. Zamawiający w dniu 4 listopada 2017 r. wezwał Przystępującego do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału oraz braku podstaw do wykluczenia. W dniu 14 listopada 2017 r. Przystępujący złożył wykaz usług/dostaw wraz z dowodami na potwierdzenie należytego ich wykonania. W wykazie wskazał usługę realizowaną na rzecz Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej, polegającą na realizacji przesyłek – książeczek opłat do ponad 6500 odbiorców, dostarczonych w okresie jednego dnia dystrybucji, w określonym przedziale godzin nieprzekraczającym łącznie 3 godzin, z potwierdzeniem przesyłek przez adresatów, wskazując dodatkowo, że w dniu 13 czerwca 2017 r. od godziny 17 do 20 dostarczono przesyłki do 6500 odbiorców. Na dowód należytego wykonania Przystępujący przedłożył list referencyjny wystawiony przez ww. Spółdzielnię z dnia 29 czerwca 2017 r.

W dniu 9 listopada 2017 r. Zamawiający otrzymał od Odwołującego informacje o złożeniu zawiadomienia o podejrzeniu popełnieniu przestępstwa określonego w art. 297 k.k., przez Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. (członka Konsorcjum Samindruk) w Prokuraturze Rejonowej Warszawa- Śródmieście.

W dniu 19 listopada 2017 r. Odwołujący zawiadomił Zamawiającego, że wystąpił do Urzędu Komunikacji Elektronicznej (UKE) o przeprowadzenie kontroli w Częstochowskich Zakładach Graficznych Sp. z o.o. w celu ustalenia, czy przedsiębiorca wykonuje świadczenie usług kurierskich bez wymaganego wpisu do rejestru operatorów pocztowych.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający zwrócił się w dniu 15 listopada 2017 r. do UKE oraz Departamentu Poczty Ministerstwa Infrastruktury i Budownictwa z zapytaniem, na

23

które uzyskał informację, że ostateczna ocena działalności przedsiębiorcy oraz stwierdzenie, czy wykonuje on działalność pocztową wymagającą wpisu do rejestru operatorów pocztowych i czy swoim działaniem narusza przepisy Prawa pocztowego, możliwa jest po przeprowadzeniu kontroli i upływie terminu, o którym mowa w art. 123 ust. 8 Prawa pocztowego. Pismem z dnia 17 listopada 2017 r. Zamawiający zwrócił się także o szczegółowe wyjaśnienia do Przystępującego i Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej. Przystępujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 21 i 26 listopada 2017 r., a Spółdzielnia Mieszkaniowa – pismem z dnia 20 listopada 2017 r. oraz dodatkowo pismem z dnia 28 listopada 2017 r. Przystępujący jak i Pabianicka Spółdzielnia Mieszkaniowa potwierdzili, że w dniu 13 czerwca 2017 r. w godzinach 17-20 Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. zrealizowały przesyłkę książeczek mieszkaniowych do 6545 mieszkańców. Zamawiający wyjaśnił, że w SIWZ nie wymagał, aby ww. usługa była usługą pocztową, a wszelkie ewentualne niejasności w tym zakresie należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy. W oparciu o własną analizę, przepisy prawa oraz wyjaśnienia Przystępującego z dnia 12 grudnia 2017 r. w sprawie działalności prowadzonej przez Warsaw Media House sp. z o.o. Zamawiający przyjął, że jednorazowej dystrybucji książeczek opłat przez ww. podmiot nie sposób uznać za działalność gospodarczą w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2017 r. poz. 2168 z późn. zm.), co oznacza, że wykonana usługa nie stanowiła działalności gospodarczej polegającej na świadczeniu usług pocztowych, zatem przy jej realizacji nie był konieczny wpis do rejestru operatorów pocztowych. Wobec braku dowodów przeciwnych do powyższych ustaleń, Zamawiający uznał, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony przez Przystępującego, zgodnie z rozdz. IX ust. 1 lit. b SIWZ. Zamawiający wyjaśnił, że nie miał

podstaw do żądania potwierdzeń doręczeń książeczek od ww. podmiotów, w szczególności w świetle zgromadzonych wyjaśnień oraz postanowień SIWZ.

W odniesieniu do zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, dotyczących oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej oraz udziału Poczty Polskiej S.A. w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, Zamawiający wyjaśnił, że oświadczenie wg treści załącznika nr 8 do SIWZ o braku przynależności do grupy kapitałowej należy interpretować w związku z celem, któremu ono służy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. obowiązku wykluczenia wykonawcy w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp. W toku postępowania podmiot Dataform Druk GMBH & Co. Produktions nie złożył oferty i nie posiada statusu wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp, a oświadczenia o przynależności bądź braku przynależności do grupy kapitałowej dotyczą wyłącznie wykonawców, którzy złożyli oferty. Ponadto, Zamawiający wyjaśnił, że w ramach badania oferty Przystępującego zweryfikował zakres podwykonawstwa na podstawie oświadczenia złożonego przez Przystępującego

24

w treści JEDZ i fakt, że podwykonawcą Przystępującego będzie Poczta Polska S.A. Zamawiający wyjaśnił, że dopuścił możliwość zmiany podwykonawcy w zakresie dystrybucji, stosownie do treści art. 36b ust. 2 Pzp i § 2 ust. 11 Wzoru umowy. Zdaniem Zamawiającego, oświadczenie złożone przez Konsorcjum Samindruk w powyższym zakresie nie stanowi treści oferty, a zatem nie może stanowić podstawy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, Zamawiający wskazał, że zastrzeżony przez Pozkał (członka Konsorcjum Odwołującego) wzór przemysłowy „Bezpieczny Pakiet” nie odpowiada wymaganiom stawianym aktualnie przez Zamawiającego w postępowaniu. Zastrzeżony wzór przemysłowy nie ma zatem nic wspólnego z aktualnymi zabezpieczeniami materiałów egzaminacyjnych.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp, art. 8 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk oraz art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający wyjaśnił, że w związku z tym, iż uznał, że Przystępujący potwierdził wymagane doświadczenie w zakresie druku usługą wykonaną dla Totalizatora Sportowego, to zarzuty dotyczące nieudostępnienia umowy ramowej zawartej przez Samindruk z Dataform Druk GMBH & Co. Produktions są bezprzedmiotowe. Umowa została przekazana tylko do wiadomości Zamawiającego, a przepis art. 8 ust. 3 Pzp odnosi się tylko do dokumentów składanych przez wykonawców, co w tym przypadku nie miało miejsca.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Konsorcjum Samindruk skutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

25

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że po upływie terminu na wniesienie odwołania zostały podniesione w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez:

- zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Samindruk jako niezgodnej z treścią SIWZ z uwagi na fakt, iż oferta nie uwzględnia nalepki zabezpieczającej koperty z nadrukiem „EGZAMIN”, a związku z tym ewentualnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Samindruk, pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), bowiem złożenie oferty jest równoważne z zaferowaniem użycia nadruku „EGZAMIN”, czyli bezprawnym obrotem chronionymi dobrami;

- zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Samindruk jako niezgodnej z treścią SIWZ z uwagi na fakt, iż Konsorcjum Samindruk nie zapewniło udziału Poczty Polskiej S.A. w realizacji zamówienia.

Ze względu na zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego procedury tzw. odwróconej, określonej w art. 24aa Pzp, tj. Zamawiający najpierw dokonał oceny ofert, a następnie zbadał, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu z postępowania (przesłanki wykluczenia określono w rozdziale XXII SIWZ) oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (warunki udziału w postępowaniu), w tym ocenił dowody jakie żądał w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu – rozdział IX i X SIWZ). W niniejszym postępowaniu zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia konkurencyjnej oferty powinny być podniesione wobec czynności oceny ofert, dokonanej przez Zamawiającego w dniu 6 października 2017 r. W tym dniu bowiem obaj wykonawcy dowiedzieli się o wynikach oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego. W terminie 10 dni od otrzymania od Zamawiającego zawiadomienia z dnia 6 października 2017 r. wykonawcy byli uprawnieni wnieść odwołanie, zarówno wobec czynności dokonanych w ramach oceny ofert, jak i wobec zaniechania dokonania czynności, w tym - zaniechania odrzucenia ofert, także z innych przyczyn, niż wskazane przez Zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 6 października 2017 r. Na obecnym etapie badania i oceny ofert, obejmującej spełnianie warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia oraz w konsekwencji - wyboru oferty najkorzystniejszej, niedopuszczalne jest w świetle art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, podnoszenie zarzutów dotyczących treści złożonej przez Przystępującego oferty. Ocena treści obu złożonych ofert i podstawy do odrzucenia ofert były bowiem badane przez Zamawiającego i ocenione w decyzji z dnia 6 października 2017 r.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Samindruk z powodu nie wykazania spełniania warunku udziału w

26

postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (wiedzy i doświadczenia).

Zamawiający postanowił, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z rozdziałem IX ust. 1 SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności posiadają zdolności techniczne i zawodowe,

tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali:

a) co najmniej jedną usługę/dostawę w zakresie druku (przygotowanie do druku, drukowanie, przygotowanie do wysyłki) o wartości łącznej druku nie mniejszej niż 10 milionów PLN brutto (a w przypadku, jeżeli wartość w umowie została wyrażona w walucie obcej - równowartość 10 milionów PLN brutto wg średniego kursu NBP z dnia wykonania zamówienia),

b) co najmniej jedną usługę w zakresie dystrybucji przesyłek do co najmniej 6 000 odbiorców, dostarczonych do tych odbiorców w okresie jednego dnia dystrybucji, w określonym przedziale godzin nie przekraczającym łącznie 3 godzin, z potwierdzeniem odbioru przesyłek przez adresatów.

Jak wynika z treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający nie zdefiniował w SIWZ pojęcia „usługa/dostawa”, które zostało użyte w treści ww. opisu warunków udziału w postępowaniu. Zauważyć należy, że w świetle przepisów ustawy Pzp, pojęcie dostawy należy rozumieć szerzej niż wskazuje określone dostawy w definicji zawartej w art. 605 k.c., która dotyczy „umowy dostawy”. Treść przepisu art. 2 pkt 2 Pzp wskazuje jednoznacznie na to, że przez dostawę w zamówieniach publicznych należy rozumieć „nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu”. Definicja ta jest ogólna - prawo zamówień publicznych zakłada bowiem różnorodność podstaw zawiązywania stosunków prawnych przez podmioty objęte zakresem podmiotowym ustawy Pzp. Dostawy w rozumieniu Prawa zamówień publicznych nie można zatem utożsamiać wyłącznie z umową dostawy w rozumieniu kodeksu cywilnego, gdyż jest ona pojęciem zdecydowanie szerszym niż w Kodeksie cywilnym.

Jak wskazywał sam Odwołujący w odwołaniu, powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jeśli SIWZ nie zawiera precyzyjnego określenia (definicji) pojęcia dostawy, które zostało użyte w opisie warunków udziału w postępowaniu,

to należy to pojęcie odnosić zawsze do konkretnej sprawy, konkretnego zamówienia, a ściślej – do charakteru i specyfiki przedmiotu danego zamówienia.

W niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, który został podzielony przez Zamawiającego na 4 zadania (które nie są tożsame z częściami zamówienia), a które obejmują wyodrębnione dostawy obejmujące łącznie „Druk i dystrybucję materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminów ogólnych w 2018

27

roku: egzaminu gimnazjalnego, egzaminu maturalnego, centralnego egzaminu wstępnego, egzaminu eksternistycznego" we wskazanych w SIWZ terminach.

Zgodnie z rozdz. IV ust. 1 Opis przedmiotu zamówienia, „Przedmiotem zamówienia jest druk i dystrybucja materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminów ogólnych w 2018 roku: egzaminu gimnazjalnego, egzaminu maturalnego, centralnego egzaminu wstępnego, egzaminu eksternistycznego, których zakres określony został w następujących zadaniach:

Zadanie 1.

Przygotowanie do druku, druk, konfekcjonowanie (segregowanie, pakowanie) i dystrybucja do szkół, OKE i CKE materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminu gimnazjalnego w kwietniu i w czerwcu 2018 roku.

Zadanie 2.

Przygotowanie do druku, druk, konfekcjonowanie (segregowanie, pakowanie) i dystrybucja do szkół, OKE i CKE materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminu maturalnego w maju, czerwcu i sierpniu 2018 roku.

Zadanie 3.

Przygotowanie do druku, druk, konfekcjonowanie (segregowanie, pakowanie) i dystrybucja do OKE materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia centralnego egzaminu wstępnego w czerwcu 2018 roku.

Zadanie 4.

Przygotowanie do druku, druk, konfekcjonowanie (segregowanie, pakowanie) i dystrybucja do OKE materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminu eksternistycznego w październiku 2018 roku.”

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (OPZ) został określony przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ.

Biorąc pod uwagę wynikający z treści SIWZ charakter i specyfikę przedmiotu zamówienia w badanym postępowaniu, Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że w treści warunku udziału, choć mowa jest o jednej dostawie, to nie ma podstaw do twierdzenia, że należy ją rozumieć stricte jako jedną umowę dostawy, o określonych parametrach i wskazanej wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 PLN. Nie wynika to z literalnego brzmienia treści SIWZ w zakresie opisu warunków udziału, natomiast interpretacja niesprecyzowanych dostatecznie sformułowań i pojęć, w tym przypadku pojęcia dostawy, budzących wątpliwości lub mogących budzić wątpliwości interpretacyjne, dokonywana na etapie oceny ofert nie może prowadzić do zawężenia oraz zaostrzenia warunków udziału w postępowaniu, na niekorzyść wykonawców w sposób ograniczający wykonawcom dostęp do zamówienia. Zatem, w ocenie Izby, pojęcie „jedna usługa/dostawa” nie może być utożsamiane z jedną umową lub jednorazową czynnością dostarczenia

28

zadrukowanych materiałów.

Wobec powyższego, należało uznać, że umowy wykonane na rzecz Totalizatora Sportowego sp. z o.o. przyjęte przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego, spełniają wymaganie w zakresie wykonania „jednej usługi/dostawy”, wynikającej z treści warunku opisanego w SIWZ,

pomimo

że wykonane dostawy nie były zrealizowane w ramach jednej umowy.

W tym stanie rzeczy Izba nie podzieliła twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający zaniechał na etapie badania i oceny ofert respektowania wymagań, które sam określił w SIWZ.

Konsorcjum Samindruk wykazało spełnienie wskazanych warunków udziału w postępowaniu, poprzez wykazanie należycie zrealizowanych umów na rzecz Totalizatora

Sportowego Sp. z o.o. Na potwierdzenie powyższego Konsorcjum Samindruk złożyło na wezwanie Zamawiającego, wymagany przez Zamawiającego w treści SIWZ wykaz usług/dostaw oraz listy referencyjne potwierdzające należyte ich wykonanie.

W świetle opisu warunków udziału w postępowaniu oraz odnosząc ten opis do przedmiotu zamówienia należy przyjąć, że w rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z usługą/dostawą, realizowaną w ramach kilku umów realizowanych przez Przystępującego na rzecz Totalizatora Sportowego sp. zo.o. W wypadku umów zrealizowanych przez Konsorcjum Samindruk na rzecz Totalizatora Sportowego Sp. z o.o. należy uznać, że obejmowały one permanentne usługi/dostawy o jednorodnym charakterze pod względem przedmiotu dostawy i usługi. Każda z wykonanych umów powołanych w wykazie przez Przystępującego dotyczy tego samego zakresu przedmiotowego (przygotowanie do druku, drukowanie, przygotowanie do wysyłki), a zatem stanowi swojego rodzaju funkcjonalną całość.

Z powyższych względów wykonane umowy można traktować jako całość. Fakt, że realizacja umów następowała po sobie, a nawet zazębiały się okresy ich realizacji, wskazuje na cykliczny charakter dostaw o łącznej wartości dwukrotnie przekraczającej wartość wymaganą w ramach warunku udziału w postępowaniu. Z treści pisma z dnia 21 listopada 2017 r. złożonego przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 listopada 2017 r. wynika, że dostawa/usługa świadczona była w sposób ciągły, nieprzerwany, dotyczyła takich samych blankietów i kuponów, a poszczególne umowy stanowią jedną funkcjonalną całość, a wykonanie tych umów nie różniło się niczym od wykonania jednej umowy, gdyż wykonywanie miało miejsce bez przerwy, co potwierdził także odbiorca usług/dostaw - Totalizator Sportowy zarówno w piśmie z dnia 4 września 2017 r., jak i w piśmie z dnia 24 listopada 2017 r. W oparciu o posiadane dokumenty, jak i biorąc pod uwagę orzecznictwo KIO Zamawiający słusznie uznał, że świadczenie nieprzerwane usług druku na kwotę co najmniej 10 000 000,00 PLN stanowi jedną funkcjonalną całość, przez co spełnia

29

wymóg postawiony w rozdz. IX ust. 1 lit. a SIWZ. Zamawiający zasadnie wziął pod uwagę do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego wyłącznie umowy zrealizowane do lipca 2017 r., który to okres został objęty listem referencyjnym z dnia 4 września 2017 r. Powyższe usługi wykazane w okresie od 12 marca 2014 r. do 4 lipca 2017 r. na kwotę 20 133 606,22 PLN są wystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału (rozdz. IX ust. 1 pkt 1a SIWZ) również w zakresie wymogu dotyczącego wartości druku.

Zauważyć należy, że, jak wskazywał Przystępujący, a Odwołujący nie zaprzeczył tym twierdzeniom, na rynku nie występują w ogóle zamówienia na jednorazowe dostawy druku o wartości druku w wysokości 10 milionów zł, za wyjątkiem zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania. Przyjęta przez Odwołującego interpretacja treści omawianego warunku prowadziłaby do istotnego ograniczenia konkurencji w niniejszym postępowaniu.

Wskazania wymaga również, że Konsorcjum Samindruk miało prawo do wykazania w przedmiotowym postępowaniu jedynie 5 umów na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału, pomimo że w tym samym okresie wykonawca realizował także inne umowy. Zdaniem Izby, powyższe działanie Konsorcjum Samindruk nie dowodzi złożenia nieprawdziwej informacji, w kontekście wyjaśnień złożonych przez wykonawcę oraz Totalizator Sportowy sp. z o.o. Nie dowodzi też faktu złożenia przez Konsorcjum Samindruk nieprawdziwej informacji okoliczność, że Totalizator Sportowy sp. z o.o. zawarł z ww. wykonawcą większą liczbę umów w tym samym okresie. Wykonawca, był uprawniony bowiem przedstawić Zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu tylko takie umowy, które w jego ocenie najbardziej odpowiadają wymogom Zamawiającego określonym w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W odniesieniu do drugiej pozycji złożonego przez Przystępującego wykazu, dotyczącej usług/dostaw wykonanych na podstawie umowy ramowej zawartej pomiędzy Samindruk sp. z o.o. a Dataform Druk GMBH & Co. Produktions KG Izba zważyła, że skoro ta pozycja wykazu nie była brana pod uwagę przez Zamawiającego do oceny spełniania przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu, gdyż Zamawiający uznał, że nie potwierdza ona spełniania ww. warunków, to tym samym podniesiony przez Odwołującego zarzut dotyczący tej pozycji należało uznać za chybiony i bezpodstawny.

Odnosnie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdz. IX ust. 1 lit.b SIWZ, tj. usługi w zakresie dystrybucji przesyłek, do co najmniej 6 000 odbiorców, dostarczonych do tych odbiorców w okresie jednego dnia dystrybucji, w określonym przedziale godzin nie przekraczającym łącznie 3 godzin, z potwierdzeniem odbioru przesyłek przez adresatów, Konsorcjum Samindruk również wykazało spełnianie

30

warunków udziału. W ocenie Izby, Odwołujący podnosząc zarzuty w powyższym zakresie nie wykazał, że zgromadzone przez Zamawiającego w wyniku badania oferty Konsorcjum Samindruk dowody i zawarte w nich informacje są nieprawdziwe lub nie potwierdzają spełniania warunków udziału, określonych w SIWZ. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego zawartej w odwołaniu, należy wskazać,

że Konsorcjum Samindruk również w odniesieniu do tej części warunków nie było wzywane przez Zamawiającego do przedłożenia umowy zawartej z Pabianicką Spółdzielnią Mieszkaniową. Co więcej, podkreślenia wymaga, że nie ma przepisu w ustawie Pzp, który zobowiązywałby lub choćby uprawniałby Zamawiającego do wystosowanie takiego żądania do wykonawcy. Zakres wymaganych dokumentów musi być określony w SIWZ oraz zgodny z przepisami ustawy Pzp i rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) (§ 2 ust. 4 pkt 2 ww. rozporządzenia).

W zakresie doświadczenia Konsorcjum Samindruk wykazanego w ramach usługi wykonanej na rzecz Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej wskazać należy, że Konsorcjum Samindruk wykazało w toku postępowania o udzielenie zamówienia, tj. w postępowaniu toczącym się przed Zamawiającym, że spełnia warunek udziału w postępowaniu posiadania doświadczenia w zakresie dystrybucji przesyłek, do co najmniej 6 000 odbiorców, dostarczonych do tych odbiorców w okresie jednego dnia dystrybucji, w określonym przedziale godzin nie przekraczającym łącznie 3 godzin, z potwierdzeniem odbioru przesyłek przez adresatów. Konsorcjum złożyło wymagane przez Zamawiającego oświadczenie w formie wykazu oraz dokument potwierdzający należyte wykonanie zadania wskazanego w złożonym wykazie, a ponadto udzieliło szczegółowych wyjaśnień na wezwania Zamawiającego.

Zamawiający, ponad standardowy zakres, wielokrotnie zwracał się zarówno do wykonawcy, jak i do podmiotu na rzecz którego świadczenie było realizowane o złożenie szczegółowych wyjaśnień i takie wyjaśnienia każdorazowo uzyskał. Niewątpliwie wezwania do wyjaśnień nie były wynikiem wątpliwości powstałych na tle treści złożonych oświadczeń i dokumentów, ale - wątpliwości powstałych na skutek informacji przekazywanych Zamawiającemu przez Odwołującego. W świetle wyjaśnień złożonych zarówno przez wykonawcę, jak i Pabianicką Spółdzielnię Mieszkaniową oraz zebranego materiału dowodowego w toku postępowania odwoławczego, nie ma podstaw do uznania, że Konsorcjum Samindruk nie wykazało spełnienia warunku określonego w rozdz. IX ust. 1 lit.b SIWZ lub że złożyło nieprawdziwe informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w celu uzyskania zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że złożone przez oba powyższe podmioty

31

wyjaśnienia (oświadczenia) nie odpowiadają rzeczywistości. Dowód na takie okoliczności nie został przeprowadzony przez Odwołującego.

Jak wynika z treści wezwań kierowanych przez Zamawiającego, Zamawiający nie zwracał się do Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej oraz do Konsorcjum Samindruk o przedstawienie potwierżeń doręczeń

ok. 6.500 spersonalizowanych książeczek do ich adresatów, gdyż nie miał podstaw do kierowania takich wezwań w świetle postanowień SIWZ oraz przepisów ustawy Pzp. Pomimo zatem braku takich wezwań, Izba nie podzieliła stanowiska i twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający nie badał kwestii faktycznego doręczenia książeczek opłat do ponad 6500 odbiorców w dniu 13 czerwca 2017 r. w okresie nieprzekraczającym 3 godzin, za potwierdzeniem odbioru. Zauważyć w tym miejscu należy, że Zamawiający był uprawniony do badania wykazania spełnienia warunków udziału w oparciu o przedstawione przez wykonawcę oświadczenia i dokumenty wymagane w

przedmiotowym postępowaniu, tj. wskazane w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. Wbrew tym postanowieniom Zamawiający nie miał możliwości żądania innych dokumentów od wykonawcy, według własnego uznania.

Odwołujący nie wykazał natomiast że Konsorcjum Samindruk nie wykonało doręczenia za potwierdzeniem odbioru przesyłek stanowiących książeczki opłat do wymaganej liczby odbiorców, zgodnie z zawartą umową. Przedstawione przez Odwołującego na rozprawie: umowa realizacji kolportażu materiałów reklamowych z 02.06.2017, zawarta pomiędzy Warsaw Media House sp. z o.o. sp.k. a Drukarnią Częstochowskie Zakłady Graficzne sp. z o.o. na okoliczność, że zlecenie musi być wykonane w terminie maksymalnie 3h, a także umowa realizacji akcji promocyjnej z 12.06.2017 zawarta pomiędzy Warsaw Media House sp. z o.o. sp. k. a M. K. na okoliczność, że wykonanie umowy miało się odbyć pomiędzy godz. 17 a 20, tj. w czasie 3h, potwierdzają jedynie okoliczności, które nie były sporne w tej sprawie pomiędzy stronami. Złożone przez Odwołującego wydruki z poczty elektronicznej z dnia 14.06.2017r., tj. korespondencji pomiędzy p. P. S., (...) Warsaw Media House sp. z o.o. sp. k. i p. M. L., pracownikiem (...) Częstochowskich Zakładów Graficznych, na okoliczność, że umowa z podwykonawcą została zrealizowana nienależycie, w ocenie izby nie są wystarczającym dowodem na podważenie treści listu referencyjnego Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej w tym zakresie. Jak wynika z ww. korespondencji elektronicznej Prezes Warsaw Media House potwierdził w treści tej korespondencji, że „akcja” zakończyła się o godz. 20:45, co nie oznacza, że materiały nie zostały doręczone do odbiorców w liczbie 6 400, w czasie wymaganych w umowie trzech godzin. Nawet przyjmując, że wskazana w tej korespondencji liczba odbiorców jest bardziej precyzyjna niż w oświadczeniach złożonych w postępowaniu, co nie zostało jednak wykazane przez Odwołującego, to i tak liczba ta jest wyższa niż wymagana w treści warunków udziału określonych przez Zamawiającego w SIWZ (co

32

najmniej 6 000). Odwołujący kwestionował wykonanie w terminie 3 godzin doręczenia 6,5 tys. książeczek- jak to wynika z referencji, ale nigdzie nie wykazał, że nawet gdyby przyjąć, iż te 6,5 tys. książeczek doręczono w czasie ponad trzech godzin, to że w terminie 3 godz. nie doręczono wymaganych 6 tys. książeczek, tj. w liczbie określonej w treści warunku jako minimalna.

Dodatkowo, fakt podnoszony przez Odwołującego, że „akcja była prowadzona jedynie przez 18 ulotkarzy” nie został udowodniony. Wskazana przez Odwołującego liczba osób realizowała doręczenia z ramienia Warsaw Media House, a jak wyjaśnił Przystępujący w akcji brały też udział inne osoby z ramienia wykonawcy tego zamówienia (Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. o.o.), czego Odwołujący nie kwestionował.

Zarzut, że Konsorcjum Samindruk nie mogło wykonać doręczeń około 6.500 spersonalizowanych książeczek do ich adresatów, gdyż żaden z członków Konsorcjum Samindruk ani podwykonawca Warsaw Media House Sp. z o.o. Sp.K., ani już na pewno żaden ze studentów, faktycznie wykonujących tę usługę, nie byli wpisani do rejestru operatorów pocztowych nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. Przedstawione przez Odwołującego pismo Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 08.01.2018 r. skierowane do Prezesa Zarządu Wojskowych Zakładów Kartograficznych sp. z o.o. w Warszawie, na okoliczność stwierdzenia przez Prezesa UKE naruszenia przez Przystępującego przepisów prawa pocztowego – nie potwierdza naruszenia przepisów Prawa pocztowego przez Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. o.o. lub podwykonawcę Warsaw Media House Sp. z o.o. Sp.K., poprzez wykonywanie usługi polegającej na doręczaniu przesyłek bez wymaganego wpisu do rejestru do rejestracji działalności regulowanej, tj. do rejestru operatorów pocztowych prowadzonych przez UKE. W treści tego pisma nie wyklucza się co prawda takiej możliwości, ale do stwierdzenia naruszenia konkretnych przepisów prawa konieczne jest uzyskanie decyzji właściwego organu, która do chwili obecnej nie zapadła – dowód na tę okoliczność nie został przeprowadzony. Przystępujący złożył natomiast protokół kontroli z dnia 14 grudnia 2017 r. niepotwierdzający stwierdzenia naruszeń przepisów ustawy Prawo pocztowe.

Wobec powyższego należało uznać, że nie został wykazany przez Odwołującego fakt, że Konsorcjum Samindruk nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z rozdz. IX ust.1 lit.b SIWZ.

Izba nie uwzględniła wniosków dowodowych Odwołującego o:

- zwrócenie się do Totalizatora Sportowego Sp. z o.o. o przedłożenie dokumentów w postaci

umów zawartych z Samindruk Sp. z o.o., na okoliczność przedmiotu świadczonych w ramach umów usług, ich wartości, jednorazowego charakteru świadczeń (wraz z aneksami o ile były zawarte);
- zwrócenie się do Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej o przedłożenie dokumentów w

33

postaci umów zawartych z Drukarnią Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o., na okoliczność przedmiotu świadczonych w ramach umowy usług (wraz z aneksami o ile były zawarte);

- zwrócenie się do Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej o przedłożenie dokumentów potwierdzających, że Drukarnia Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o., dostarczyła książeczki opłat do ponad 6500 odbiorców w określonym dniu 13 czerwca 2017r. w czasie nieprzekraczalnym trzech godzin za potwierdzeniem odbioru (czyli podpisanych przez mieszkańców potwierdzeń odbioru książeczek opłat).

Wnioski powyższe zostały złożone w sposób nieprecyzyjny i zbyt ogólny, a okoliczności, które miały być dowiedzione w oparciu o te wnioski zostały stwierdzone innymi dowodami, w tym m.in. oświadczeniami Totalizatora Sportowego Sp. z o.o. oraz Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej, których wiarygodność lub prawdziwość nie zostały przez Odwołującego skutecznie zakwestionowane. Izba uznała, że powyższe wnioski posłużą zatem jedynie nieuzasadnionej przewlekłości postępowania odwoławczego.

W konsekwencji należało uznać, że Konsorcjum Samindruk wykazało spełnienie postawionego warunku udziału w postępowaniu, a zatem nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, a stosownie do ust. 17 - wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Samindruk z uwagi na celowe złożenie nieprawdziwych informacji wraz z ofertą dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Z analizy oświadczeń złożonych przez Konsorcjum Samindruk w toku postępowania nie wynika, że złożyło ono nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, tj. celowo wprowadziło w błąd Zamawiającego podając informacje o swoim doświadczeniu nie znajdujące potwierdzenia w rzeczywistości. Twierdzenia Odwołującego w powyższym zakresie nie znalazły potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. Odwołujący nie wykazał faktu „unikania” przez Konsorcjum Samindruk przedstawienia umowy z

34

Totalizatorem Sportowym sp. z o.o. oraz Pabianicką Spółdzielnią Mieszkaniową, a także potwierdzeń odbioru przesyłek przez mieszkańców Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej. Podkreślić należy że wykonawca nie był wzywany do złożenia tych dokumentów i nie miał obowiązku przedłożenia ich Zamawiającemu. Nie został wykazany przez Odwołującego również fakt, że Konsorcjum Samindruk podjęło jakiegokolwiek działania w sposób

zawiniony i

umyślny polegające na złożeniu oświadczeń stojących w rażącej sprzeczności z treścią warunków udziału w postępowaniu, co twierdził Odwołujący w odwołaniu. Złożone przez Odwołującego wydruki z korespondencji elektronicznej zawierają informacje nieprecyzyjne o zakończeniu całej akcji z przekroczeniem trzech godzin. Nie sposób jest przyjąć na tej podstawie, co należy rozumieć pod pojęciem „całej akcji”, o jakim momencie zakończenia akcji mowa jest w tej korespondencji. W tym zakresie treść korespondencji nie uprawnia do stwierdzenia, że umowa została wykonana nienależycie, co jednoznacznie wynika z referencji i wyjaśnień Pabianickiej Spółdzielni Mieszkaniowej. Ponadto, informacje zawarte w

ww. korespondencji dotyczą jedynie pewnego zakresu czynności wykonywanych przez podwykonawcę, a jak przyznał sam Odwołujący umowa była wykonywana także z udziałem osób z ramienia wykonawcy.

Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Samindruk z uwagi na złożenie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego w zakresie oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej oraz udziału Poczty Polskiej S.A. w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, które to informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie tego zarzutu, a ograniczył się jedynie do gołosłownych i ogólnych twierdzeń, że Dataform Druk GMBH & Co.Produktions oraz Samindruk Sp. z o.o. to podmioty zarządzane przez te same osoby, należące do tej samej grupy właścicielskiej i/lub kapitałowej. Odwołujący nie wykazał, że oświadczenie z dnia 21 września 2017 r. złożone przez Konsorcjum Samindruk zawiera informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie braku przynależności do grupy kapitałowej, co mogłoby mieć istotne znaczenie z punktu widzenia art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp.

Zamawiający w Załączniku nr 8 do SIWZ sformułował wzór oświadczenia odnośnie przynależności do grupy kapitałowej o treści: „W związku ze złożeniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn: Druk i dystrybucja materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminów ogólnych w 2018 roku: egzaminu gimnazjalnego, egzaminu maturalnego, centralnego egzaminu wstępnego, egzaminu eksternistycznego (sygnatura sprawy: CKE/8/2017) oraz powzięciem informacji o Wykonawcach, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu oświadczam, że nie przynależę do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z

35

dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2015r. poz. 184 z późn. zm.)”. Tej treści oświadczenie złożył w ofercie Przystępujący. Biorąc pod uwagę, że w postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty (Przystępującego i Odwołującego) nie można zarzucić temu oświadczeniu nieprawdziwości lub niezgodności z postanowieniami SIWZ. Jak słusznie wskazał Zamawiający, oświadczenie wg treści załącznika nr 8 do SIWZ o braku przynależności do grupy kapitałowej należy interpretować w związku z celem, któremu ono służy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. obowiązku wykluczenia wykonawcy w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp. Podkreślić należy, że w toku postępowania podmiot Dataform Druk GMBH & Co.Produktions nie złożył oferty i nie posiada statusu wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp.

W zakresie podwykonawstwa Konsorcjum Samindruk złożyło stosowne oświadczenie w treści oferty (JEDZ). Zamawiający zweryfikował zakres podwykonawstwa na podstawie oświadczenia złożonego przez Przystępującego w treści JEDZ, z którego wynika fakt, że podwykonawcą Przystępującego będzie Poczta Polska S.A. Zamawiający wyjaśnił dodatkowo, że dopuścił możliwość zmiany podwykonawcy w zakresie dystrybucji, stosownie do treści art. 36b ust. 2 Pzp i § 2 ust. 11 Wzoru umowy.

Biorąc pod uwagę kontrydyczny charakter postępowania odwoławczego Odwołujący podnosząc zarzuty podważające oświadczenia złożone przez Konsorcjum Samindruk, był zobowiązany przedstawiać dowody na poparcie swoich twierdzeń. W zakresie omawianych w tym miejscu zarzutów Odwołujący dowodów nie przeprowadził, a zatem Izba nie miała podstaw do uznania niniejszych zarzutów za zasadne.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia:

- art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp - poprzez zaniechanie ujawnienia umowy ramowej zawartej pomiędzy Samindruk sp. z o.o. a Dataform Druk GMBH & Co. Produktions KG;
- art. 8 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk - poprzez wadliwe przyjęcie, że umowa ramowa zawarta pomiędzy Samindruk sp. z o.o., a Dataform Druk GMBH & Co. Produktions KG - zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, które nie mogą być ujawnione, a w konsekwencji ograniczenie dostępu i zaniechanie odtajnienia informacji zawartych w ww. umowie, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy wskazane informacje tajemnicy takiej nie stanowią.

W powyższym zakresie Izba zważyła, że zgodnie z art. 96 ust. 2 Pzp, oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i

wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. Ustęp 3 tego przepisu stanowi, że protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub

36

unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem, dokumenty dotyczące prowadzonego postępowania, pochodzące od podmiotów innych niż wykonawcy lub zamawiający, których złożenie nie jest wymagane przepisami Pzp, nie stanowią załączników do protokołu. Do tego rodzaju dokumentów, które zostały zastrzeżone, jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, nie mają zastosowania wymogi obowiązujące wykonawców ubiegających się o zamówienie w przypadku zastrzegania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikające z ustawy Pzp.

Wobec zastrzeżenia przez Dataform Druk GMBH & Co. Produktions KG treści umowy zawartej z Samindruk Sp. z o.o. Zamawiający nie był zatem zobowiązany do udostępnienia Odwołującemu przedmiotowej umowy. Ponadto, należy podkreślić, że skoro Zamawiający uznał, że nabyte przez Przystępującego doświadczenie w ramach realizacji ww. umowy nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w związku z tym nie brał pod uwagę tej umowy w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego, to nieujawnienie tej umowy nie może mieć jakiegokolwiek znaczenia w postępowaniu, a tym samym jakiegokolwiek wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej.

Wobec niewykazania przez Odwołującego zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w szczególności poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Samindruk oraz poprzez uniemożliwienie Odwołującemu wglądu w treść oferty, w zakresie umowy ramowej zawartej pomiędzy Samindruk sp. z o.o. a Dataform Druk GMBH & Co. Produktions KG. W ocenie Izby, Zamawiający wyczerpał możliwości wyjaśnienia jakichkolwiek możliwych wątpliwości, podnoszonych w toku postępowania przez Odwołującego, a wobec braku dowodów przeciwnych do dowodów złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Przystępującego - oświadczeń i dokumentów wymaganych w SIWZ, a także wobec wyjaśnień złożonych zarówno przez wykonawcę, jak i podmioty, na rzecz których były realizowane usługi/dostawy, Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

37

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....
.....
.....

38