

WYROK

z dnia 17 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2018 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27.04.2018 r. przez wykonawcę Samindruk Sp. z o.o. ul. Gen. Sikorskiego 37, 87-300 Brodnica w postępowaniu prowadzonym przez Centralną Komisję Egzaminacyjną ul. M. Edelmana 6, 00-190 Warszawa,

przy udziale: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Konsorcjum: Wojskowe Zakłady Kartograficzne Sp. z o.o., Drukarnia POZKAL Sp. z o.o. Sp. Kom., Toruńskie Zakłady Graficzne ZAPOLEX Sp. z o.o., ul. Fort Wola 22, 01-258 Warszawa, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany treści postanowienia SIWZ poprzez:

1.1 zastąpienia w rozdziale IX ust. 2 pkt 1 lit a) wymogu wykazania się dwiema umowami

na jedną umowę oraz w tiret drugie tegoż punktu poprzez zmianę wymagania z „druk o

nakładzie nie mniejszym niż 2 ml egzemplarz...” na druk o nakładzie nie mniejszy niż 1,5 ml egzemplarzy...”

2. w zakresie pozostałych zarzutów odwołanie oddala

3. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

3.1 Zasądza od zamawiającego Centralnej Komisji Egzaminacyjnej ul. M. Edelmana 6, 00-190 Warszawa, na rzecz odwołującego Konsorcjum % kosztów postępowania uwzględniając koszt wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego tj. 4 650,00 (cztery tysiące sześćset pięćdziesiąt) złotych.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 829/18

UZASADNIENIE

Skarb Państwa - Centralna Komisja Egzaminacyjna w Warszawie dalej zwana

„Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Druk i dystrybucję materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminów ogólnych w 2019 i 2020 roku, tj. egzaminu ósmoklasisty, egzaminu gimnazjalnego, egzaminu maturalnego, centralnego egzaminu wstępnego, egzaminu eksternistycznego”, Znak postępowania: CKE/3/2018, (dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 077- 171186 z dnia 20 kwietnia 2018 r.

Postępowanie jest na etapie składania ofert, po opublikowaniu treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Wobec treści postanowień SIWZ dwaj potencjalni wykonawcy tj. Konsorcjum: Wojskowe Zakłady Kartograficzne Sp. z o.o., Drukarnia POZKAL Sp. z o.o. Sp. Kom., Toruńskie Zakłady Graficzne ZAPOLEX Sp. z o.o., ul. Fort Wola 22, 01-258 Warszawa, sygn. akt: KIO 841/18 i wykonawca Samindruk Sp. z o.o., ul. Gen. Sikorskiego 37, 87-300 Brodnica sygn. akt 829/18 złożyli odwołania od treści postanowień SIWZ. Przy czym wykonawca Samindruk wnosił o złagodzenie postawionych warunków udziału, a Konsorcjum o ich zaostrezenie. Konsorcjum na etapie posiedzenia przed KIO wycofało wniesione odwołanie pozostając w postępowaniu jako przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego.

Wykonawca Samindruk, dalej zwany „Odwołującym” zarzucił Zamawiającemu, że ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ zawierają postanowienia, które naruszają podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ Zamawiający formułując definicję, zgodnie z którymi należy interpretować warunek dotyczący zdolności technicznych i zawodowych opisany w Rozdziale IX ust. 2 pkt 1) SIWZ - w treści Rozdziału IX ust. 1 pkt 1) - pkt 3) SIWZ, doprowadził do sytuacji, w której uniemożliwił udział w postępowaniu przejawiający się w możliwości doprowadzenia do wykluczenia Odwołującego z udziału w przedmiotowym Postępowaniu.

Zgodnie z Rozdziałem IX ust. 1 pkt 1) - pkt 3) SIWZ Zamawiający wskazał, iż:

„Ilekoć w warunkach udziału w postępowaniu jest mowa o:

1) druku* - należy przez to rozumieć przygotowanie publikacji do druku, jej wydrukowanie i przygotowanie do wysyłki (sortowanie i pakowanie);

2) publikacji** - należy przez to rozumieć dowolną publikację (np. broszurę, książkę), posiadającą co najmniej 8 stron trwale połączonych na grzbiecie;

3) przesyłce*** - należy przez to rozumieć przesyłkę w rozumieniu art. 3 pkt 21, ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz.U. z 2017 r. poz. 1481, ze zm.) dystrybuowaną przez operatora pocztowego w rozumieniu art. 3 pkt 12 ww. ustawy;"

1.1. W ocenie Odwołującego tak sformułowany warunek udziału w Postępowaniu narusza zasadę równego traktowania wykonawców, jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwia ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności co w efekcie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 22 ust. 1 oraz ust. 1a ustawy PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt) 5 ustawy PZP.

W ocenie Odwołującego tak sformułowany warunek udziału w Postępowaniu narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji co w efekcie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP.

2. ogłoszenie oraz SIWZ zawierają postanowienia, które naruszają podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż Zamawiający określając warunek udziału w Postępowaniu co do posiadania zdolności technicznych i zawodowych ukształtował treść ogłoszenia i SIWZ wraz z załącznikami w taki sposób, że uniemożliwia udział w postępowaniu przejawiający się w możliwości doprowadzenia do

wykluczenia Odwołującego z udziału w przedmiotowym Postępowaniu, tj.: zgodnie z Rozdziałem IX ust. 2 pkt 1) lit. a) SIWZ Zamawiający wskazał, iż:

„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, należycie zrealizowali:

a) dwie umowy, z których każda spełnia następujące warunki:

- wartość zrealizowanego druku nie mniejsza niż 6 milionów PLN brutto
- druk o nakładzie nie mniejszym niż 2 miliony egzemplarzy publikacji wykonany w okresie nie dłuższym niż 6 kolejnych miesięcy trwania umowy;"

2.1. W ocenie Odwołującego tak sformułowany warunek udziału w Postępowaniu narusza zasadę równego traktowania wykonawców, jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwia ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności

co w efekcie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 22 ust. 1 oraz ust. 1a ustawy PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt) 5 ustawy PZP.

2.2. W ocenie Odwołującego tak sformułowany warunek udziału w Postępowaniu narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji, co w efekcie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP.

Podnosząc powyższe zarzuty wnioś o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści postanowień SIWZ poprzez:

I. uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu dokonania

następujących zmian w treści Rozdziału IX ust. 1 pkt 1) - pkt 3) SIWZ:

„Ileokroć w warunkach udziału w postępowaniu jest mowa o:

1) druku* - należy przez to rozumieć przygotowanie do druku, wydrukowanie i przygotowanie do wysyłki (sortowanie i pakowanie);

2) publikacji** - należy przez to rozumieć dowolną publikację (np. broszurę, formularz, książkę);

3) przesyłce*** - należy przez to rozumieć dowolną przesyłkę doręczaną do odbiorcy;"

II. uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu dokonania

następujących zmian w treści Rozdziału IX ust. 2 pkt 1) lit. a) SIWZ:

1) „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, należycie zrealizowali:

a) jedną umowę spełniającą następujące warunki:

- wartość zrealizowanego druku nie mniejsza niż 6 milionów PLN brutto
- druk o nakładzie nie mniejszym niż 2 miliony egzemplarzy publikacji;"

III. nakazanie Zamawiającemu zmiany treści Rozdziału XV ust. 1 i ust. 2 SIWZ poprzez wydłużenie terminu składania ofert w Postępowaniu o nie mniej niż 14 dni od dnia zmiany treści SIWZ, o której mowa w punkcie I i II powyżej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów i żądań Odwołujący podał, że dokonany przez Zamawiającego opis warunku udziału w postępowaniu uniemożliwia Odwołującemu udział w postępowaniu już na etapie składania ofert, a przez to w rezultacie uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia. Tymczasem Odwołujący jest spółką świadczącą

wysokospecjalistyczne usługi w zakresie druku i gdyby nie opisany w treści Rozdziału IX ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1) lit. a) SIWZ warunek udziału w Postępowaniu, Odwołujący mógłby brać udział w Postępowaniu, jak i uzyskać, a następnie należałoby wykonywać niniejsze zamówienie. Odwołujący posiada bowiem wiedzę i doświadczenie pozwalające mu na prawidłowe wykonywanie zamówień takich jak przedmiotowe. Ponadto Odwołujący uprzednio z sukcesem realizował zamówienia właśnie na rzecz CKE (Zamawiającego). Podał, że przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do zdolności technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, i które uniemożliwiają udział niektórych wykonawców w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający dokonując takiego ustalenia brzmienia warunku udziału w postępowaniu, tj. w sposób eliminujący niektórych wykonawców, winien udowodnić, że taki opis warunku jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami. Wprowadzone przez Zamawiającego do ogłoszenia oraz SIWZ zapisy są niczym nieuzasadnione i winny ulec zmianie zgodnie z treścią żądania Odwołującego. W ocenie Odwołującego utrudniają bowiem one Odwołującemu jako jednemu z liderów w zakresie usług druku dostęp do rynku zamówień publicznych. Zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych zobowiązany jest kształtować postanowienia prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji, proporcjonalności i równego traktowania wykonawców. Wskazał, że opisane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie mogą więc ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy dają rękojmię jego prawidłowej realizacji. Obowiązkiem każdego zamawiającego jest również dostosowanie przygotowywanej dokumentacji postępowania, w tym także określenie warunków udziału, które jest dostosowane do aktualnej sytuacji rynkowej.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że postawione zarzuty są niezasadne, a postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej został przez Zamawiającego ustalony z poszanowaniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców, zasady zachowania uczciwej konkurencji, w sposób proporcjonalny oraz adekwatny do przedmiotu zamówienia. Zwrócił uwagę na kwestię, iż w pewnych terminach wykonawca realizujący umowę w zakresie druku i dystrybucji materiałów egzaminacyjnych musi wykazać się olbrzymią odpowiedzialnością i zdolnością mobilizacji polegającą na:

- zintensyfikowaniu prac drukarni polegających na wytworzeniu w okresie ok. czterech miesięcy, tj. od dnia otrzymania materiałów źródłowych poszczególnych rodzajów arkuszy egzaminacyjnych (II połowa stycznia danego roku) do dnia egzaminu (do maja danego roku), arkuszy egzaminacyjnych w nakładzie osiągającym nawet 5 000 000 egzemplarzy;

- zaangażowaniu do pracy przy wytworzeniu arkuszy egzaminacyjnych osób, które dają gwarancję ochrony materiałów egzaminacyjnych przed nieuprawnionym ujawnieniem do chwili rozpoczęcia danego egzaminu;

- dostarczeniu materiałów egzaminacyjnych wszystkim ośrodkom egzaminacyjnym w ściśle określonym terminie, tj. w okresie jednego dnia (dzień egzaminu) w okresie 3 kolejnych godzin na terenie całej Polski.

Podkreślił, że opracowane przez Zamawiającego zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu, w tym dotyczące określenia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, są wynikiem doświadczeń Zamawiającego z postępowania i realizacji umów, których przedmiotem był druk i dystrybucja materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminów ogólnych w latach 2017 i 2018. Zgodnie z treścią art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, to Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe, kierując się zasadą proporcjonalności do przedmiotu zamówienia oraz w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Nadto Zamawiający wskazał, że ustalając warunki udziału w tym postępowaniu kierował się dotychczasowym doświadczeniem w organizowaniu podobnych postępowań w latach ubiegłych i starał się w szczególności wyeliminować niedoskonałości w opisie warunków, które miały miejsce w zamówieniach wcześniejszych. Wskazując na elementy w oparciu o które zostały ustalone warunki udziału w postępowaniu podał, że należy zauważyć, iż Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa rozdziale IX ust. 2 pkt 1 lit a, w związku z ust. 1 SIWZ, w oparciu o wymagania/cechy dotyczące przedmiotu zamówienia (m.in. wielkość druku; konieczność wykonania druku w określonym,

krótkim czasie; specyfika materiałów egzaminacyjnych- materiały kilkustronicowe, konieczność dostarczenia materiałów w krótkim czasie, szeroki zasięg terytorialny, konieczność dostarczenia konkretnych materiałów do konkretnych adresatów) oraz szacunkową wartość zamówienia, którą ustalono w oparciu o ceny ofertowe zaoferowane w postępowaniu CKE/8/2017 oraz CKE/9/2017 (oferty złożone przez Przystępującego), których przedmiot był zbliżony do przedmiotu niniejszego postępowania. Wskazał, że wykonawca który zostanie wybrany do realizacji zamówienia musi dysponować odpowiednim doświadczeniem oraz zapleczem technicznym pozwalającym mu w tak krótkim terminie (4,5 miesiąca w danym roku) zrealizować tak gigantyczne i skomplikowane logistycznie przedsięwzięcie. Wykonanie arkuszy wymaga nie tylko ich wydrukowania, ale z uwagi na to że mają one cechy broszury także ich złożenia oraz zszywania. Wszystkie arkusze egzaminacyjne danego rodzaju muszą być w 100% zgodne z materiałem źródłowym przekazany przez Zamawiającego. Nie może w żadnym razie dojść do sytuacji, że arkusze egzaminacyjne tego samego rodzaju będą niekompletne, niepełne, różne w różnych ośrodkach egzaminacyjnych lub posiadające inne wady, które będą niosły negatywne skutki dla przeprowadzenia egzaminów. Niedopuszczalne są również błędy w kompletowaniu arkuszy (brak strony, pomylenie stron pomiędzy arkuszami), dlatego też badanie doświadczenia Wykonawcy w wykonywaniu broszur wielostronicowych jest istotne do należytego wykonania zamówienia stąd wymóg warunku udziału w postępowaniu w zakresie trwałego połączenia publikacji na grzbiecie.

Podkreślił, że żądanie wykreślenia z definicji druku słowa "publikacje" lub

dopuszczenie wykazania broszur jednostronicowych prowadziłoby do postawienia

wymagania, które w żadnej mierze nie zweryfikuje możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zarówno pod względem poprawnego wydruku arkuszy egzaminacyjnych, jak i ich złożenia po wydrukowaniu czy zszywania tj. trwałego połączenia na grzbiecie. Ww. powodowałyby, że zmiana definicji pojęć proponowana przez Odwołującego nie odnosiłaby się w żadnej mierze do przedmiotu zamówienia. Warunek wg treści proponowanej przez Odwołującego nie oddaje w żadnej mierze stopnia skomplikowania wytworzenia w ww. nakładzie i terminach broszury wielostronicowej połączonej na grzbiecie, jaką jest arkusz egzaminacyjny.

Stwierdził, że uwagi na wszystkie wymienione wyżej okoliczności, kierując się zasadami udzielania zamówień publicznych, Zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej tak, aby zapewnić maksymalną przejrzystość i proporcjonalność prowadzonego postępowania na minimalnym poziomie, gwarantującym Zamawiającemu należyte wykonanie zamówienie.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu potrzeby zmiany definicji przesyłki przez którą według Zamawiającego należy rozumieć przesyłkę w rozumieniu art. 3 pkt 21, ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz.U. z 2017 r. poz. 1481, ze zm.) dystrybuowaną przez operatora pocztowego w rozumieniu art. 3 pkt 12 ww. ustawy na dowolną przesyłkę doręczoną odbiorcy, podał, że zarzut i postawione żądanie są niezasadne. Podał, że stawiany w tym zakresie warunek w poprzednich postępowaniach nie spełniał wymogu pełnej weryfikacji możliwości wykonawcy w tym zakresie, gdyż warunek nie weryfikował potencjału technicznego wykonawcy na poziomie, który gwarantowałby należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Dlatego też w przedmiotowej sytuacji istnieje obligatoryjna konieczność realizacji dystrybucji materiałów egzaminacyjnych przez podmiot, który posiada status operatora pocztowego w rozumieniu art. 3 pkt 12 ustawy z dnia 23.11.2012 r. Prawo pocztowe (Dz.U. z 2017 r. poz. 1481, ze zm.), albo pośrednio przez operatora pocztowego za pomocą agenta pocztowego w rozumieniu art. 3 pkt 3 ustawy pp lub podwykonawcę w imieniu operatora pocztowego na podstawie umowy zawartej w formie pisemnej (art. 6 ust. 4 ustawy pp). Zwrócił uwagę także na fakt, iż taki rodzaj dystrybucji przesyłek, gdzie materiały egzaminacyjne są dostarczane w paczkach przedłożonych do przyjęcia opatrzonych oznaczeniem adresata i adresem — stanowią zatem przesyłkę pocztową w rozumieniu art. 3 pkt 21 ustawy pp. Ponieważ zakresem zamówienia objętych jest 5 rodzajów egzaminów w okresie 2 lat, dystrybucja materiałów egzaminacyjnych odbywa się w sposób zorganizowany i nie jest elementem jednorazowym, stanowi zatem działalność gospodarczą, polegającą na

świadczeniu usług pocztowych w obrocie krajowym, która to jest działalnością regulowaną w

rozumieniu art. 2 ust. 1 ustawy pp. Tym samym postawienie takiego wymagania jest zasadne i konieczne.

W zakresie zarzutu dotyczącego nakazania Zamawiającemu zmiany treści Rozdziału

XV ust. 1 i ust. 2 SIWZ poprzez wydłużenie terminu składania ofert w Postępowaniu o nie mniej niż 14 dni od dnia zmiany treści SIWZ, Zamawiający poinformował, że w przypadku zaistnienia konieczności wydłużenia terminu składania ofert, będzie postępował zgodnie z

obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności z art. 12a ustawy Pzp. Tym samym ww.

żądnie wydaje się na tym etapie przedwczesne, gdyż nie stanowi ani nielegalnego działania,

ani nielegalnego zaniechania Zamawiającego, o czym Odwołujący zdaje się celowo zapomina.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca - Konsorcjum po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania uznając iż postawione wymagania w zakresie warunków udziału są prawidłowe i jak to wnosił w wycofanym odwołaniu są nawet zbyt liberalne, nie gwarantujące wyboru odpowiedniego wykonawcy.

W złożonych dwóch pismach procesowych oraz w stanowisku prezentowanym na rozprawie Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania podnosząc iż postawione zarzuty są nieprawidłowe, gdyż zawierają tylko wskazanie samej podstawy prawnej bez podania uzasadnienia faktycznego mającego wskazywać na ich merytoryczną zasadność. Ponadto podniósł, że w odwołaniu brak jest argumentacji dlaczego Odwołujący uważa, że postawione warunki udziału są zbyt wygórowane. Argumentacja w tym zakresie została zawarta w piśmie z dnia 15 maja 2018 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłaną przez Zamawiającego, treść odwołania, pisma Zamawiającego i przystępującego, dowodów przedstawionych na rozprawie, stanowiska stron i przystępującego podanych do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie zostało uwzględnione, chociaż większość podniesionych zarzutów nie znalazło potwierdzenia i zostało oddalonych.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej w postaci odwołania.

Przed rozpatrzeniem merytorycznym podniesionych zarzutów i żądań Izba zwraca uwagę na kwestię mające zasadnicze znaczenia dla rozstrzygania zasadności zarzutów

dotyczących opisu warunków udziału ustalonych w treści Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. Wskazać należy, iż w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu.

Izba wskazuje że wykonawca nie jest uprawniony, aby narzucać Zamawiającemu jakie parametry przedmiotu zamówienia oraz postawionych warunków udziału mają mieć charakter istotny. Natomiast może podnosić, że sformułowane treści wymagań uniemożliwiają Mu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty, a zmiana SIWZ we wnioskowanym kierunku nie doprowadzi do zmiany przedmiotu zamówienia, którego Zamawiający oczekuje wszczynając postępowanie. Izba w wyroku o sygn. KIO 2149/13 uznała, że nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w SIWZ. Ponadto wskazać należy, iż w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. To Odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie formułuje postanowienia SIWZ, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp i równocześnie z uzasadnionymi wymaganiami zamawiającego/podobnie wyrok KIO 402/11/. Wskazać należy, że zgodnie z przepisem art 192 ust 7 Pzp Izba jest związana zakresem określonym w podniesionych zarzutach. Nie jest natomiast związana zakresem stawianych

żądań, gdyż biorąc pod uwagę przepis art. 190 ust 7 Pzp Izba może w zakresie innym, adekwatnym - od żadanego w odwołaniu, uwzględnić postawione żądanie co do zmiany treści SIWZ.

Podkreślić należy także, że jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy Pzp użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu, wystarczające jest jedynie takie działanie Zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia i wymagań wobec wykonawców, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu

faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy

wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia /por wyrok KIO 123/14.; KIO 2149/13;/.

Ponadto za wyrokiem KIO 632/11 wskazać należy, że Zamawiający winien w taki sposób dokonać opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, aby ich powiązanie i proporcje w odniesieniu do przedmiotu zamówienia nie uniemożliwiały wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do ich wykonania. Działanie przeciwne, nie tylko ogranicza konkurencję, ale pozostaje też w sprzeczności z oczywistym interesem zamawiającego. Większa konkurencja w postępowaniu daje zamawiającemu możliwość uzyskania korzystniejszej oferty, a tym samym na bardziej efektywne wydatkowanie publicznych środków finansowych.

Izba dokonując oceny merytorycznej zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów i żądań na wstępie poddała ocenie sposób realizacji przedmiotu zamówienia objętego tym postępowaniem. Niewątpliwym jest, że przedmiotowe zamówienie jest przedsięwzięciem wymagającym od wybranego wykonawcy szczególnej mobilizacji zdolności w zakresie potencjału technicznego i osobowego w określonych okresach czasu. Pomimo, iż zamówienie to jest zamówieniem o znacznej wartości i postawione warunki udziału w porównaniu z wartością i złożonością zamówienia wydają się zasadne, to jednak w skonfrontowaniu ze sposobem jego realizacji po części, zdaniem Izby są zbyt wygórowane, nieproporcjonalne, ograniczające krąg wykonawców mogących złożyć ofertę.

Otóż zgodnie z Rozdz. IV ust.1 Zamawiający dokonał podziału tego zamówienia na 10 zadań - po 5 w każdym roku trwania zamówienia. Nadmienić należy, że Zamawiający podał, że podział na zadania nie jest podziałem zamówienia na części o jakich mowa w ustawie Pzp i nie jest możliwe składanie ofert częściowych. Jednakże zdaniem Izby niewątpliwym jest, że realizacja tych zadań będzie miała miejsce w odrębnych terminach i będzie dotyczyła zróżnicowanej ilości egzemplarzy publikacji, a więc jest poniekąd realizacją zamówienia w częściach jasno określonych w załączniku nr 1 do SIWZ. Tych terminów realizacji związanych z terminowością egzaminów, dla których będą drukowane arkusze jest w sumie 19. Tak więc nie sposób oceniać wymaganego od wykonawców potencjału i doświadczenia w ramach warunku udziału w oderwaniu od powyższych kwestii.

Poddając dalszej analizie ilości koniecznych do wydrukowania egzemplarzy wynikających z Załącznika nr 1 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia zauważyć należy, że największą ilość egzemplarzy egzaminacyjnych należy przygotować na egzamin ośmioklasisty. Łączna ilość do wykonania egzemplarzy egzaminacyjnych wynosi około 2 ml szt., ale są i takie egzaminy dla przeprowadzenia których ilość wymaganych egzemplarzy jest zdecydowanie niższa. Przy egzaminie ośmioklasisty największa ilość egzemplarzy tego samego rodzaju w roku 2019 wynosi około 190 tys. sztuk, w innym przedmiocie ilość ta jest zdecydowanie niższa. Tym samym Izba uznała, że wymaganie Zamawiającego, aby wykonawca wykazał się w ramach przywołanej na potwierdzenie warunku udziału umowy, wykonania w jej ramach co najmniej 2 ml szt. egzemplarzy jest żądaniem nieproporcjonalnym do realizowanego etapami zamówienia, uznając za zasadne obniżenie tego wymagania do 1,5 ml szt. egzemplarzy publikacji.

Zdaniem Izby wskazać należy, że z punktu widzenia technicznego zamówienie nie jest zbyt skomplikowane. Polega ono na powtarzającym się druku kilku- kilkunastu rodzajów takich samych egzemplarzy. Przygotowaną do druku treść należy wydrukować w odpowiedniej ilości egzemplarzy, co przy obecnej automatyzacji techniki druku nie stanowi problemu technicznego. Następnie należy dokonać złożenia druku w egzemplarze i ich zszyciu na grzbiecie, co jest także- jak wskazywał Odwołujący przy odpowiednim parku maszynowym zadaniem w miarę prostym, bo w pełni zautomatyzowanym. Dlatego też Izba uznała, że brak jest uzasadnionych podstaw do postawienia warunku, aby wykonawca musiał wykazać się realizacją dwóch umów o wartości zrealizowanego druku nie mniej niż 6

ml złotych każda. Izba uznała, iż wykonawca, który przy powtarzalności czynności do wykonania, wykonał jedną umowę o wartości 6 ml złotych wykonując w jej ramach nakład co najmniej 1,5 ml egzemplarzy posiada odpowiednie zaplecze techniczne, potencjał techniczny i osobowy, aby wykonać to zamówienie. Ustalenie warunku udziału na tym poziomie zdaniem Izby stanowi uzasadniony kompromis pomiędzy potrzebą Zamawiającego w zakresie umożliwienia wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia z oczekiwaniami rynku wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu winny być formułowane w sposób odpowiadający co do wielkości, charakteru, złożoności oraz rodzajowi przedmiotu zamówienia, objętego postępowaniem. Powinny one opierać się na obiektywnych, weryfikowalnych przesłankach, tak aby do postępowania dopuszczony był każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia.

Niewątpliwym, zdaniem Izby, wyzwaniem dla prawidłowej realizacji tego zamówienia jest kwestia logistyczna, a więc dystrybucja materiałów egzaminacyjnych. W tym zakresie biorąc pod uwagę fakt, że z przyczyn niezależnych od Zamawiającego konieczne jest dla zachowania tajemnicy treści zadań egzaminacyjnych, dostarczenie tuż przed ich rozpoczęciem do wszystkich ośrodków egzaminacyjnych, na terenie całej Polski, w okresie 3 kolejnych godzin materiałów egzaminacyjnych, Izba nie uwzględniła zarzutu, dotyczącego modyfikacji postanowienia SIWZ dotyczącego ustalonej definicji przesyłki implikującej zasady dostarczania materiałów egzaminacyjnych.

Odnosząc się do zarzutu Przystępującego, iż odwołanie winno zostać oddalone bo podniesione zarzuty nie zawierają uzasadnienia faktycznego, Izba powyższy zarzut uznaje za niezasadny. Niewątpliwie uzasadnieniu faktycznemu z odwołania w stosunku do stanowiska Odwołującego prezentowanego na rozprawie można by postawić zarzut ogólności uzasadnienia niektórych zarzutów. Jednakże poddając ocenie podniesione w odwołaniu stanowisko Odwołującemu nie można stwierdzić, że podniesione zarzuty nie posiadają uzasadnienia faktycznego o którym mowa w przepisie art. 180 ust.3 Pzp. Tym samym Izba opierając się na linii orzeczniczej KIO w tym zakresie uznała, że oddalenie odwołania w tej sytuacji byłoby wyrazem nadmiernego, niczym nieuzasadnionego formalizmu (por. wyrok KIO z dnia 6 listopada 2017 r., sygn. KIO 2253/17).

W zakresie podniesionego żądania dot. nakazania zmiany postanowienia rozdziału XVI ust.1 i 2 SIWZ poprzez nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania ofert, Izba uznała, że zakres dokonanych przez Izbę zmian SIWZ nie rodzi bezpośredniej potrzeby przesunięcia terminu składania ofert. Izba zauważa jednakże, że Zamawiający ze swojej inicjatywy może przedłużyć ten termin o czym w sposób jednoznaczny wypowiedział się w treści odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający winien ocenić w tym zakresie sytuację wykonawców biorąc pod uwagę okres związany z prowadzonym postępowaniem odwoławczym, który niewątpliwie jest dla wykonawców okresem oczekiwania na ostateczne ustalenie treści SIWZ w oparciu o który są składane oferty.

Izba nakazując dokonanie zmian wskazanych w sentencji orzeczenia miała na względzie fakt, że podstawowym celem obowiązku prawidłowego stosowania przez Zamawiających przepisów o zamówieniach jest konieczność ograniczenia arbitralności w wyborze oferentów i tym samym zapobieganie nadużyciom przy wydatkowaniu środków publicznych.

Natomiast w zakresie kosztów postępowania wskazać należy, że zgodnie z art. 192 ust. 10 Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Pzp. Przekładając brzmienie powyższego przepisu na grunt niniejszej sprawy Izba uznała oceniając ilość i zakres podniesionych zarzutów, iż Odwołujący wygrał postępowanie w zakresie % całości. Wobec powyższego Zamawiający został zobowiązany do zwrotu Odwołującemu % kwoty uiszczonego wpisu oraz poniesionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika (łącznie z 18 600,00 zł).

Konieczność takiego podziału kosztów wynika z szeregu orzeczeń KIO, jak i orzeczeń sądów okręgowych. Wskazać należy chociażby na Postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 gdzie Sąd stwierdził, że w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby

Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) 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.).

Przewodniczący