

POSTANOWIENIE
z dnia 5 października 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 16 września 2020 r. i 5 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Wojskowe Zakłady Kartograficzne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (01-258)**, **Toruńskie Zakłady Graficzne "ZAPOLEX" Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (87-100)**, **Drukarnia "POZKAL" Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Inowrocławiu (88-100)** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralną Komisję Egzaminacyjną z siedzibą w Warszawie (00-190)**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Samindruk Sp. z o.o. (lider)**, **Drukarnia Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. (partner) z siedzibą dla lidera w Brodnicy (87-300)**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Wojskowe Zakłady Kartograficzne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (01-258), Toruńskie Zakłady Graficzne "ZAPOLEX" Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (87-100), Drukarnia "POZKAL" Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Inowrocławiu (88-100)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Wojskowe Zakłady Kartograficzne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (01-258), Toruńskie Zakłady Graficzne "ZAPOLEX" Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (87-100), Drukarnia "POZKAL" Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Inowrocławiu (88-100)** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Centralną Komisję Egzaminacyjną (dalej „zamawiający”) na „*Druk i dystrybucję materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminów ogólnych w 2021 i 2022 roku, tj. egzaminu ósmoklasisty, egzaminu maturalnego, centralnego egzaminu wstępnego, egzaminu eksternistycznego*”, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Wojskowe Zakłady Kartograficzne Sp. z o.o. w Warszawie, Toruńskie Zakłady Graficzne „ZAPOLEX” Sp. z o.o. w Toruniu oraz Drukarnia „POZKAL” Sp. z o.o. Sp. K. (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

1. nieprawidłowej ocenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: Samindruk sp. z o.o. z siedzibą w Brodnicy oraz Drukarnia Częstochowskie Zakłady Graficzne sp. z o.o. (dalej „konsorcjum Samindruk”) oraz dokonaniu wyboru oferty konsorcjum Samindruk jako oferty najkorzystniejszej,
2. nieprawidłowej ocenie wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez konsorcjum Samindruk i w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Samindruk jako zawierającej rażąco niską cenę, pomimo iż treść złożonych wyjaśnień nie obala domniemania złożenia oferty zawierającej cenę rażąco niską, a wręcz okoliczność te potwierdza,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Samindruk pomimo, iż zawiera błąd w obliczeniu ceny, zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Samindruk, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3, poprzez zaniechanie jego zastosowania pomimo tego, iż ocena wyjaśnień ceny przez konsorcjum Samindruk powinna prowadzić do wniosków, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art 90 ust. 3, poprzez zaniechanie jego zastosowania pomimo tego, iż cena oferty konsorcjum Samindruk, w tym jej istotne elementy składowe, są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia,

3. art 89 ust. 1 pkt 6, poprzez zaniechanie jego zastosowania pomimo tego, iż oferta Konsorcjum Samindruk zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT,
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 z późn. zm. – dalej „UZNK”), poprzez jego niezastosowanie, pomimo iż złożenie oferty przez konsorcjum Samindruk stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wypełniający znamiona klauzuli generalnej definiującej czyn nieuczciwej konkurencji określonej w art. 3 ust. 1 UZNK, poprzez zastosowanie mechanizmu tzw. „inżynierii cenowej”, polegającej na sztucznym ukształtowaniu cen jednostkowych m.in. dostaw paczek i wykonania druku, w taki sposób, aby umożliwić uzyskanie większej ilości punktów w kryterium oceny ofert „prognozowana cena brutto za wykonanie zamówienia” i „cena bazowa brutto”, stanowiącym kryteria cenowe o najwyższej wadze,
5. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, poprzez jego niezastosowanie, pomimo iż złożenie oferty przez konsorcjum Samindruk stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, wypełniający znamiona czynu stypizowanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, poprzez złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę wykonania całości przedmiotu zamówienia, a także rażąco niską wycenę istotnych elementów składowych ceny, tj. cen druku materiałów egzaminacyjnych oraz ich dystrybucji (tj. ceny poniżej faktycznych kosztów realizacji przedmiotu zamówienia) w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu ponownego badania i oceny oferty konsorcjum Samindruk, a w jej następstwie odrzucenia oferty tego konsorcjum.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W dniu 31 sierpnia 2020 r. odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (łącznie 35 stron) oraz załączniki (segregator) – wskazując (na str. 34 i 35 odwołania) 37 załączników, w tym w pozycjach:

- 24 – „*oferta Elanders [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]*”,
- 25 – „*Oferta Eurodruk [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]*”,
- 31 – „*Wydruk z portalu Wikipedia dla hasła „maszyna zwojowa”, wydruk ze strony EURODRUK Poznań sp. z o.o., wydruk ze strony ELANDERS Polska sp. z o.o., wydruk ze strony izby druku, wydruk ze strony poligrafika.*”

Do odwołania załączono także:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości (15 000,00 zł),

2. dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu (na adres poczty e-mail zamawiającego),
3. dokument potwierdzający umocowanie do reprezentacji odwołującego (pełnomocnictwo z dnia 29 czerwca 2020 r. wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej oraz Informacjami odpowiadającymi odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców dla wszystkich trzech wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia).

Na posiedzeniu w dniu 5 października 2020 r. (przed przerwą) przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Wobec oświadczenia zamawiającego, że „*pozostawia do rozstrzygnięcia Izby, czy istnieją ku temu podstawy*” (str. 2 Protokołu posiedzenia z 05.10.2020 r.) skład orzekający Izby uznał, że czynność przystępującego nie pozostaje w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami zamawiającego, po którego stronie przystąpienie nastąpiło i rozpoznał wniosek, poprzez jego oddalenie (str. 4 Protokołu posiedzenia z 05.10.2020 r.), ustalając dodatkowo, że kopię odwołania zamawiający przekazał zgłaszającemu przystąpienie 1 września 2020 r.

Na posiedzeniu w dniu 5 października 2020 r. (po przerwie) zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Oświadczył, iż w trakcie ogłoszonej przez skład orzekający Izby przerwy dokonał weryfikacji kompletności odwołania i ustalił, że odwołujący nie przekazał mu 4 z 5 dokumentów, jakie stanowią załącznik nr 31 – otrzymał jedynie wydruk z portalu Wikipedia dla hasła „maszyna zwojowa”.

Odwołujący oświadczył natomiast, iż od początku jego intencją było, aby załącznik nr 31 stanowił jedynie wydruk z portalu Wikipedia dla hasła „maszyna zwojowa” oraz, że pozostałe wymienione dokumenty nie mają znaczenia dla sprawy.

W dalszej kolejności odwołujący oświadczył, że ujęty w opisie załącznika nr 31 wydruk ze strony Eurodruk to to samo, co oferta Eurodruk stanowiąca załącznik nr 25, zaś wydruk ze strony Elanders to to samo, co oferta Elanders stanowiąca załącznik nr 24, a także, że wydruk ze strony izby druku oraz wydruk ze strony poligrafika ujęte w opisie załącznika nr 31 miały zostać przez niego przedłożone na rozprawie.

Zgodnie z dyspozycją art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp „*Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...) 7) odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5.*”

Zgodnie zaś z przepisem art. 180 ust. 5 ustawy Pzp *„Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.”*

Skład orzekający Izby uznał, że wniosek zamawiającego zasługuje na uwzględnienie – istnieją podstawy do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp z tego względu, iż przesłana zamawiającemu kopia odwołania nie jest kompletna.

Art. 180 ust. 3 ustawy Pzp brzmi: *„Odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.”*

Zawartość odwołania została uszczegółowiona w wydanym na podstawie art. 198 pkt 1 ustawy Pzp rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1296) [dalej „rozporządzenie].

W myśl § 4 ust. 1 rozporządzenia odwołanie powinno zawierać:

- 1) imię i nazwisko lub nazwę (firmę), miejsce zamieszkania lub siedzibę, numer telefonu oraz adres poczty elektronicznej odwołującego oraz imię i nazwisko przedstawiciela (przedstawicieli);
- 2) imię i nazwisko lub nazwę (firmę) oraz miejsce zamieszkania lub siedzibę zamawiającego, numer telefonu oraz adres poczty elektronicznej zamawiającego;
- 3) określenie przedmiotu zamówienia;
- 4) wskazanie numeru ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, ogłoszenia o konkursie lub ogłoszenia o wynikach konkursu – w przypadku ich zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;
- 5) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy;
- 6) przedstawienie zarzutów;
- 7) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania;
- 8) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności;
- 9) podpis odwołującego albo jego przedstawiciela (przedstawicieli);
- 10) wykaz załączników.

Z kolei w myśl § 4 ust. 2 rozporządzenia do odwołania dołącza się:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;
- 2) dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu;
- 3) dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby z przytoczonych powyżej przepisów oraz § 9 rozporządzenia (*„W przypadku, gdy odwołanie zawiera braki formalne, w szczególności z zakresu, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 5-8, bądź nie zawiera dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 2, Prezes Izby wzywa odwołującego do usunięcia braków formalnych odwołania w terminie 3 dni pod rygorem zwrotu odwołania.”*) wynika, że załącznikami do odwołania o charakterze formalnym są wyłącznie dokumenty wymienione w § 4 ust. 2 rozporządzenia, a tym samym, że inne – choćby wyodrębnione przez odwołującego jako załączniki do odwołania dokumenty (dowody z dokumentów) stanowią integralną część odwołania (składają się na treść odwołania).

Tym samym *„wszelkie załączane do odwołania dowody i inne środki mające wykazać zasadność zawartych w nim zarzutów bezwzględnie powinny wchodzić w skład kopii odwołania przesłanej zamawiającemu”* (komentarz do art. 180 Jerzy Pieróg *„Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2019, wyd. 15*).

W przedmiotowej sprawie odwołujący załączył do odwołania inne jeszcze załączniki niż wskazane w § 4 ust. 2 rozporządzenia, które, choć formalnie wyodrębnione przez odwołującego z zasadniczej części odwołania stanowią element, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia, stanowiąc *„okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności”* i niewątpliwie będąc merytoryczną treścią odwołania (por. postanowienie KIO 1091/10 z dnia 17 czerwca 2020 r.). Odwołujący w treści odwołania powołuje się bowiem (str. 18 pkt 68 i 69) na załączone dowody.

Przypomnienia wymaga, że obowiązek przesłania kopii odwołania ma na celu umożliwienie zamawiającemu, po zapoznaniu się z treścią odwołania, w tym z poniesionymi zarzutami i żądaniami, a także przytoczoną argumentacją i zgłaszanymi na etapie wnoszenia odwołania dowodami, uwzględnienia odwołania (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp).

W dalszej kolejności przesłanie kopii odwołania przez zamawiającego innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 ustawy Pzp) ma na celu umożliwienie tym wykonawcom podjęcia decyzji co do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Przepis art. 190 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie, z którym „*Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać do zamknięcia rozprawy.*” nie kreuje zakazu przedstawiania dowodów przed rozpoczęciem posiedzenia/rozprawy czy to przez odwołującego, zamawiającego, czy też zgłaszających przystąpienie wykonawców.

Postępowanie dowodowe na rozprawie ma dodatkowo potwierdzać okoliczności faktyczne opisane w odwołaniu. Praktyka potwierdza, że strony (zwłaszcza odwołujący) i zgłaszający przystąpienie wykonawcy załączają do swoich stanowisk pisemnych (przez otwarciem posiedzenia/rozprawy) dowody.

Prezentowane już przy przesyłaniu zamawiającemu kopii odwołania dowody na poparcie przytaczanych w odwołaniu okoliczności mogą przesądzić o uwzględnieniu odwołania, stąd tak istotne jest, aby zamawiający dysponował kompletną treścią odwołania (także załącznikami, które nie mają formalnego charakteru, o których mowa w § 4 ust. 2 rozporządzenia).

Dostrzec należy, że to odwołujący decyduje o zawartości odwołania, (w szczególności o tym czy i jakie dowody prezentować) – przyjęć należy, że jest to wynikiem jego starannej analizy, a w konsekwencji, że – co najmniej w ocenie odwołującego – cała zawartość odwołania „w nadanym przez odwołującego kształcie” stanowi istotny element konstrukcyjny odwołania.

O istotności dokumentów wskazanych w opisie załącznika nr 31 świadczy także oświadczenie odwołującego z posiedzenia, że wydruk ze strony izby druku oraz wydruk ze strony poligrafika miały zostać przez niego przedłożone na rozprawie. Nie sposób także utożsamić wydruków ze stron (Eurodruk i Elenders – załącznik nr 31 z ofertami tych podmiotów dedykowanych odwołującemu – załącznik nr 24 i 25.

Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że w odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej znajduje się także, w ogóle nie ujęty w wykazie załączników do odwołania, wydruk ze strony drukarni cyfrowej Totem, będący innym dokumentem niż dokument opisany jako załącznik nr 28, tj. oferta Totem.

Podnieść należy, że wcześniejszej niż skład orzekający Izby oceny załączonych do odwołania dowodów dokonuje zamawiający, podejmując decyzję co do uwzględnienia albo nie odwołania (składając, najczęściej przed otwarciem posiedzenia/rozprawy, odpowiedź na odwołanie) wobec czego ocena przez skład orzekający Izby „istotności” załączonych do odwołania dowodów, że brak w przesłanej zamawiającemu kopii odwołania jakiś załączników nie ma znaczenia stanowiłaby ingerencję w zastrzeżone dla zamawiającego prawo uwzględnienia odwołania. Nie może bowiem budzić wątpliwości, że ocena wiarygodności i mocy dowodów przez skład orzekającego Izby i strony, w szczególności zamawiającego

podejmującego decyzję w przedmiocie uwzględnienia albo nie odwołania, może być zupełnie inna.

Warto w tym miejscu, za postanowieniem KIO 1129/20 z dnia 24 czerwca 2020 r., wskazać, że tylko poznanie całości wskazanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych oraz dowodów powołanych na etapie wnoszenia odwołania, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów, w wyniku której zamawiający może uwzględnić odwołanie.

Wskazać nadto należy, że skład orzekający Izby nie bada zasadności decyzji zamawiającego o uwzględnieniu odwołania, ale "jedynie" umarza postępowanie odwoławcze czy to na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, czy też na posiedzeniu z ich udziałem (o ile przystępujący nie wniósł sprzeciwu).

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, jak wymaga tego przepis art. 180 ust. 5 ustawy Pzp wobec czego, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp orzekł jak w sentencji, odrzucając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także w oparciu o § 3 pkt 1) lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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: