

**WYROK**

**z dnia 12 lutego 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 lutego 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2013 r.

przez wykonawcę: **Pflugger Koperty sp. z o.o. z siedzibą Krakowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **W.Z. EUROCOPERT sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinku** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Pflugger Koperty sp. z o.o. z siedzibą Krakowie i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: Pflugger Koperty sp. z o.o. z siedzibą Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od odwołującego: Pflugger Koperty sp. z o.o. z siedzibą Krakowie** na rzecz **zamawiającego: Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok

**Sygn. akt KIO 217/13**

– w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie (dalej zwany również w skrócie „Zakład” lub „ZUS”) – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Zakup i dostawa kopert jedno i dwuokienkowych C6/5 w ilości 21 000 000 sztuk* (oznaczenie sprawy TZ/370/77/2012).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 7 grudnia 2012 r. nr 2012/S\_236-388697, z tym, że 6 grudnia 2012 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (<http://www.zus.pl>), na której zamieścił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej również w skrócie: „SIWZ” lub „s.i.w.z.”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 785.166,67 zł, co stanowi równowartość 195.334,00 euro.

21 stycznia 2013 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – Pfluger Koperty sp. z o.o. z siedzibą Krakowie – zawiadomienie z 21 stycznia 2013 r. o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez W.Z. EUROCOPERT sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinku (dalej zwanej również w skrócie „W.Z. EUROCOPERT”).

31 stycznia 2013 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także w sposób podważający zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo że przepis ten oblige do odrzucenia oferty wyłącznie wówczas, jeżeli jej treść faktycznie nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy oferta złożona przez Odwołującego była zgodna z wymogami SIWZ.
3. Art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 – przez naruszenie obowiązku udzielenia zamówienia

wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp, a także niewybraniu oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, to jest przez wybór oferty złożonej przez W.Z. EUROCOPERT sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinku, pomimo że oferta złożona przez Odwołującego zawierała najniższą cenę całkowitą, która była jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący, jak stwierdził – z ostrożności procesowej – zarzucił Zamawiającemu zaniechanie czynności, do których był on zobowiązany na podstawie następujących przepisów ustawy pzp:

4. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w postaci przedłożenia próbek, o których mowa w pkt III.1.3.4) SIWZ (s. 11 SIWZ) oraz przeprowadzenia testów sprawdzających zgodnie z wymaganiami SIWZ, w szczególności w sposób zgodny z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia.
5. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 38 ust. 4a – przez błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że nie jest zobowiązany do należytej staranności przy badaniu ofert złożonych przez Odwołującego i W.Z. EUROCOPERT, a co za tym idzie – bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że przeprowadzenie testów sprawdzających przez Zamawiającego, przez dodanie dodatkowego elementu w postaci zakazu regulacji maszyny do kopertowania w toku przeprowadzania testów, stanowiło modyfikację SIWZ, nakładając na Zamawiającego obowiązki wynikające z art. 38 ust 4a, *przy czym Odwołujący o znaczeniu tej czynności powziął wiedzę dopiero w momencie powiadomienia Odwołującego o znaczeniu tej decyzji w zawiadomieniu z dnia 21 stycznia 2013 r.*

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty W.Z. EUROCOPERT jako najkorzystniejszej w postępowaniu.
2. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w szczególności *poprzez ponowne przeprowadzenie testów sprawdzających umożliwiając wykonawcom biorącym udział w postępowaniu możliwość regulacji maszyny do kopertowania.*

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

#### I. okoliczności faktyczne – wstęp

Odwołujący podał, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty: przez W.Z. EUROCOPERT – z ceną 817.636,00 zł oraz przez Odwołującego – z ceną 739.510,00 zł.

Odwołujący wskazał, że z przeprowadzonego testu sprawdzającego, który miał

miejsce w biurze poligrafii Zamawiającego, sporządzono protokół z udziałem przedstawicieli Zamawiającego, Pfluger oraz W.Z. EUROCOPERT. W protokole tym zapisano, że podczas testu koperty Pfluger typu „B”, „A” i „D” ulegały zacięciu na module układającym dokument do kopert. Ponadto ze względu na częste zacięcia zrezygnowano z przeprowadzania testów kopert typu „C”. W toku przeprowadzania testów Zamawiający nie dopuścił możliwości regulacji maszyny do kopertowania, pomimo próśb Odwołującego, co również zostało odnotowane w protokole.

Odwołujący podał ponadto następujące okoliczności dotyczące przebiegu testów. Osoba obsługująca maszynę stwierdziła, że problem powstaje na module pobierającym koperty z podajnika. Po sugestii Odwołującego, że podajnik, z którego pobierane są koperty, być może jest za wąsko ustawiony, operator maszyny próbował regulować jego szerokość, jednak nie poprawiło to sytuacji. W tym momencie Odwołujący zwrócił się z pytaniem, czy można wyregulować maszynę w innym zakresie niż tylko regulacja samego podajnika kopert. Otrzymał odpowiedź, że można przeprowadzić dodatkowe regulacje, jednak Zamawiający w fazie testów nie dopuszcza takiej możliwości.

Odwołujący ocenił, że na skutek tego jego koperty nie przeszły pozytywnie testów. Odwołujący powołał się również na to, że w opinii operatora maszyny koperty Odwołującego nie budziły zastrzeżeń pod względem jakościowym (folia okienkowa nie zadzierała się, klapki boczne przylegały prawidłowo, koperty były proste). Dlatego – zdaniem Odwołującego – głównym powodem zacięć był brak możliwości przeprowadzenia regulacji maszyny podczas testowania kopert, *co jednak gdyby było technicznie możliwe*, pozwoliłoby na obiektywne przeprowadzenie testów.

Odwołujący podniósł również, że podczas analogicznych testów sprawdzających przeprowadzonych z użyciem kopert produkowanych przez W.Z. EUROCOPERT również występowały zacięcia kopert, które miały związek z wilgotnością papieru.

## II. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad z art. 7 ust. 1 pzp przez przeprowadzenie testów sprawdzających kopert w sposób dyskryminujący Odwołującego.

W pierwszej kolejności Odwołujący poczynił ogólne rozważania na temat znaczenia tych zasad w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący podkreślił, że *nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności dokonywanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami* (według odwołania cytata z uzasadnienia wyroku Izby z 28 września 2012 r., sygn. akt KIO 1974/12), która została dobitnie wyrażona w art. 7 ust. 1 pzp. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania ma na gruncie pzp fundamentalne znaczenia. Izba niejednokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że *to właśnie na zamawiającym*

*ciąży obowiązek przestrzegania kardynalnych zasad udzielania zamówień publicznych – równości podmiotów, uczciwej konkurencji* (według odwołania cytata z uzasadnienia wyroku Izby z 28 września 2012 r., sygn. akt KIO 2240/10), oraz że *jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców* (według odwołania cytata z uzasadnienia wyroku Izby z 26 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1750/10). Według Odwołującego w orzecznictwie z powyższej zasady wywodzi się obowiązek zamawiającego – jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – zapewnienia poszanowania fundamentalnych zasad wynikających z przepisów, w szczególności niedopuszczenia do dyskryminacji poszczególnych wykonawców (w odwołaniu wskazano na uchwałę Izby z 6 lutego 2012 r., sygn. akt KIO/KD 14/12). Przy czym powyższa zasada nie dotyczy jedynie momentu kształtowania opisu przedmiotu zamówienia, ale również całości przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący podsumował te generalne rozważania stwierdzeniem, że zasadę równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne należy traktować jako podstawowy wyznacznik oceny postępowania zamawiającego.

Mając na uwadze sposób przeprowadzenia testów sprawdzających, Odwołujący stanął na stanowisku, że Zamawiający w prowadzonym postępowaniu dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 pzp, gdyż użył parametrów oraz posłużył się kryteriami, które w sposób pośredni dyskryminowały Odwołującego w postępowaniu.

Odwołujący – kontynuując wywód z poprzedniej części na temat przebiegu testów sprawdzających – podał, że zostały one przeprowadzone na maszynie należącej do Zamawiającego – Kern 3500, która – zgodnie z zapewnieniami Docufield sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Poznaniu, dystrybutora produktów producenta Kern AG – jest w stanie spełnić *wymogi różnorodnych warunków środowiska ośrodków kopertujących (...). Po uruchomieniu zadania prędkość pracy jest automatycznie dopasowywana do wykonywanej aplikacji. W przypadku ustawienia maksymalnej prędkości system jest w stanie wykonać do 22.000 zakopertowań na godzinę.* (Do odwołania załączono wydruk ze strony internetowej <http://www.docufield.com/rozwiązania-produkcyjne/systemy-kopertujce-wysokiej-wydajności-kern-ag> z 31 stycznia 2012 r., w którym zamieszczono powyższą frazę.)

Odwołujący podkreślił, że maszyny do kopertowania posiadają możliwość ich regulacji pod kątem indywidualnego dostosowania do danych kopert. Według Odwołującego oznacza to, że kopertowanie dokumentów w koperty oznaczone symbolem C6/5 powinno poprzedzać dodatkowe dostosowanie maszyny poprzez jej regulację.

W ocenie Odwołującego kluczowe znaczenie dla niniejszej sprawy ma okoliczność, że dotychczasowym dostawcą kopert dla Zamawiającego był W.Z. EUROCOPERT, którego

oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w wyniku odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo że zaoferował znacznie wyższą cenę. Co więcej – jak ponownie podniósł Odwołujący – zacięcia kopert miały również miejsce w testach sprawdzających kopert W.Z. EUROCOPERT z powodu wilgotności papieru do kopertowania. Jednakże – jak podał Odwołujący – *skutek ten wyeliminowano w postaci zmiany papieru.*

Odwołujący domniemywa, że odbiór techniczny niedawno zakupionej przez Zamawiającego maszyny do kopertowania Kern 3500, która została użyta do przeprowadzenia testów, został przeprowadzony przy użyciu kopert W.Z. EUROCOPERT, wówczas dostawcy kopert dla Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego oznaczałoby to, że maszyna została poddana regulacji i indywidualnie dopasowana do kopert typu C6/5 dostarczanych przez W.Z. EUROCOPERT. W ocenie Odwołującego odmowa przedstawicieli Zamawiającego, a także zastrzeżenie W.Z. EUROCOPERT co do braku możliwości regulacji maszyny na potrzeby przeprowadzania testów sprawdzających kopert Odwołującego, miały istotny wpływ na wyniki testów, a jednocześnie stanowiły działanie dyskryminacyjne.

Odwołujący następnie podniósł, że jego koperty dołączone jako próbki do złożonej oferty, spełniają wszelkie wymagania z SIWZ, w szczególności są przeznaczone do maszynowego kopertowania w urządzeniu o wydajności 20.000 zakopertowań na godzinę. Według Odwołującego potwierdzają to liczne referencje wystawione przez partnerów handlowych Odwołującego (do odwołania załączono następujące referencje: z 25 stycznia 2011 r. od Powszechnej Kasy Oszczędności Bank Polski S.A., z 14 stycznia 2013 r. od Meillergph sp. z o.o.; z 10 stycznia 2013 r. od Emerson Polska sp. z o.o. s.k.a., z 25 października 2009 r. od Inforsys S.A., z 9 stycznia 2013 r. od Polskiej Telefonii Cyfrowej S.A., z 9 lutego 2011 r. od Inteligo Financial Services S.A., z 10 stycznia 2013 r. od Prografix sp. z o.o., z 18 lutego 2011 r. od Poczty Polskiej S.A.).

Zdaniem Odwołującego wykonanie testów sprawdzających w sposób, który nie pozwala na regulację maszyny do kopertowania, pomimo braku takiego zastrzeżenia w SIWZ, stanowi przede wszystkim pośrednią dyskryminację Odwołującego – naruszającą art. 7 ust. 1 pzp – przejawiającą się w rzeczowo nieuzasadnionym zróżnicowanym traktowaniu podmiotów ubiegających się o zamówienie.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem za formę dyskryminacji pośredniej uważa się utrudnianie w nieuzasadniony sposób dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy byliby w stanie wykonać dane zamówienie (w odwołaniu ponownie wskazano na uchwałę Izby z 6 lutego 2012 r., sygn. akt KIO/KD 14/12). Za formę dyskryminacji uważa się również tworzenie sytuacji, w której jeden z zainteresowanych wykonawców jest bardziej uprzywilejowany od pozostałych (w odwołaniu

wskazano na wyrok Izby z 20 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 2/09). W ocenie Odwołującego Zamawiający przez posługiwanie się maszyną poddaną uprzednio regulacji indywidualnie dostosowującej ją do kopert dostarczanych przez uczestnika postępowania będącego dotychczasowym wykonawcą, a jednocześnie nie dopuszczając do przeprowadzenia analogicznej regulacji dostosowującej maszynę do kopert Odwołującego, uprzywilejował konkretnego wykonawcę – W.Z. EUROCOPERT.

Odwołujący podsumował, że sposób przeprowadzania testów sprawdzających, przez odmowę przeprowadzenia regulacji (nb. element niewystępujący w SIWZ) – doprowadził do sytuacji, w której doszło do faktycznej możliwości przeprowadzenia pomyślnych testów wyłącznie w odniesieniu do kopert jednego z uczestników postępowania. Z uwagi na niemożność indywidualnego dostrojenia maszyny przeznaczonej do wszystkich kopert typu C6/5, wykonawcy, których koperty nie były używane podczas odbioru technicznego maszyny Kern 3500 wykorzystywanej przez Zamawiającego – zostali pozbawieni możliwości uzyskania zamówienia.

### III. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oraz art. 38 ust. 4a pzp

Odwołujący stanowczo podkreślił, że odrzucenie jego oferty jako rzekomo niezgodnej z SIWZ – nie znajduje potwierdzenia w świetle okoliczności faktycznych niniejszej sprawy. Zdaniem Odwołującego w tym miejscu należy zacytować następujący fragment uzasadnienia wyroku Izby z 17 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 218/12): *[A]by mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, niezgodność ta musi dotyczyć zapisów specyfikacji, przy czym niezgodność taka winna być oczywista. Zamawiający może więc odrzucić ofertę gdy jej treść z całą pewnością nie odpowiada treści siwz. Nie może dokonać takiej czynności w sytuacji, gdy treść oferty nie została należycie zbadana, w tym w szczególności wyjaśniona – w przypadku wątpliwości co do jej zgodności z siwz .*

W ocenie Odwołującego z uwagi na fakt, że sposób przeprowadzania testów sprawdzających budzi szereg wątpliwości co do ich rzetelności oraz w sposób niezgodny z zapisami SIWZ, nie można mówić, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, co stanowiło podstawę odrzucenia oferty.

Ponadto Odwołujący podniósł, że działanie Zamawiającego polegające na odmowie regulacji maszyny do kopertowania, pomimo braku takiego zastrzeżenia w SIWZ, może również zostać uznane za niedozwoloną modyfikację SIWZ po terminie na składanie ofert – naruszającą dyspozycję art. 38 ust. 4a pzp. Przy czym wiedzę o znaczeniu tej czynności i jej skutków Odwołujący powziął w momencie doręczenia zawiadomienia z 21 stycznia 2013 r.

Zdaniem Odwołującego w wyroku z 13 kwietnia 2012 r. Izba trafnie podkreśliła, że: *Korygowanie zapisów SIWZ odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania na etapie oceny i badania ofert w oparciu o*

*intencje zamawiającego jest działaniem niedopuszczalnym. Zamawiający nie ma prawa do rozszerzania katalogu wymaganych decyzji i zezwoleń tylko ze względu na blankietowe opisanie warunku udziału w postępowaniu. Takie działanie stoi bowiem w sprzeczności z zasadą pisemności postępowania wyrażoną w art. 9 ust. 1 p.z.p. oraz zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 p.z.p. Dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest uprawnieniem podmiotu zamawiającego i winien być uwzględniony w treści SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu. Nie może on być zastępowany przywołaniem powszechnie obowiązujących przepisów prawa, jak również nie może on być przedmiotem domniemań i przypuszczeń.*

Odwołujący odniósł powyższe do okoliczności faktycznych niniejszej sprawy przez ocenę, że zastrzeżenie dodatkowych rygorów w postaci niemożności regulacji maszyny do kopertowania dopiero na etapie przeprowadzania testów, stanowi istotną zmianę SIWZ.

Zdaniem Odwołującego nie można go obciążać negatywnymi konsekwencjami niezgodnego z prawem działania Zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że przestępując do postępowania przygotował ofertę spełniającą wszelkie wymagania z SIWZ, w tym, w szczególności możliwość kopertowania w maszynie wskazanej w SIWZ. Skoro zatem testy sprawdzające, które nie dopuszczały podstawowej regulacji parametrów kopertowania, zostały przeprowadzone z naruszeniem podstawowych zasad wynikających z art. 7 pzp, a także w uznaniowy sposób zostały zmodyfikowane przez Zamawiającego, to tym samym nie mogą stanowić elementu SIWZ w rozumieniu przepisów pzp. Odwołujący podzielił stanowisko Izby przedstawione w uzasadnieniu wyroku z dnia 16 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2394/12, KIO 2395/12, KIO 2415/12), zgodnie z którym: *Nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której obiektywna niemożność potwierdzenia w wymagany sposób rzeczywiście istniejącego i zgodnego z wymaganiami zamawiającego parametru, miałyby być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ.*

Odwołujący raz jeszcze podniósł, że pomimo spełnienia przesłanek w SIWZ, nie miał realnej możliwości potwierdzenia spełniania wymagań w ramach testów sprawdzających z powodu odmowy regulacji maszyny do kopertowania, która była dostosowana do kopertowania dokumentów w koperty produkowane przez W.Z.EUROCOPERT.

#### IV. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 26 ust. 3 pzp

Jako argument pomocniczy, Odwołujący zarzucił naruszenie art. 26 ust. 3 pzp, polegające na tym, że Zamawiający w przypadku powzięcia wątpliwości co do przeprowadzonych testów miał możliwość ich powtórzenia przez wezwanie wykonawców do ponownego przedłożenia próbek kopert. Odwołujący stwierdził, że zgodnie z wykładnią tego przepisu dokonaną przez Izbę w wyroku z 24 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP

1036/09): *Dopuszczalne jest uzupełnienie próbek – liczników w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w sytuacji, gdy przeprowadzone testy potwierdzają, że przedłożone próbki – liczniki w wyspecyfikowanych punktach nie potwierdzają, że oferowane produkty spełniają wymagania SIWZ. Błąd dokumentu (odpowiednio także próbki) polegać może zarówno na jego fizycznym braku, jak i na tym, że chociaż fizycznie dokument został złożony to nie potwierdza on okoliczności, dla których został złożony.*

W ocenie Odwołującego tym bardziej Zamawiający w przypadku powzięcia wątpliwości co do sposobu przeprowadzenia testów sprawdzających, będących elementem oceny ofert, powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia braków w postaci przedłożenia próbek kopert i powtórzyć testy w warunkach zapewniających, w szczególności poszanowanie zasady równego traktowania wykonawców.

V. zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 pzp

Naruszenie art. 91 ust. 1 pzp sprowadza się do wyboru oferty W.Z. EUROCOPERT, pomimo że przedmiotowa oferta była mniej korzystna od oferty złożonej przez Odwołującego. Tym samym wybór oferty W.Z. EUROCOPERT stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 pzp, ponieważ oferta W.Z. EUROCOPERT została wybrana z naruszeniem przepisów pzp wskazanych wcześniej w odwołaniu.

12 lutego 2013 r. na posiedzeniu Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której stanął na stanowisku, że dokonane przez niego czynności pozostają w zgodzie z prawem i postanowieniami SIWZ, zaś zarzuty podniesione w odwołaniu są niezasadne.

W pierwszej kolejności Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z pkt 5 rozdziału II SIWZ *Opis przedmiotu zamówienia* (którego treść następnie powtórzono w pkt III.4 załącznika nr 1 do SIWZ *Formularz oferty*), Zamawiający na etapie oceny ofert przeprowadza testy sprawdzające oferowanych przez wykonawcę kopert, pod kątem zacięć kopert w urządzeniu kopertującym (o wydajności 20 000 kopert/godz.). Przy czym test polega na załadowaniu 3000 szt. każdego rodzaju oferowanych kopert do urządzenia kopertującego o określonej wydajności i sprawdzeniu, czy koperty nie powodują zacięć urządzenia. Następnie wskazano, że trzy zacięcia będą stanowić o negatywnym wyniku testu, co spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp.

Według Zamawiającego pomiędzy stronami niesporny jest fakt, że podczas testów, które stanowił etap oceny ofert przewidziany zgodnie z przywołanym powyżej postanowieniem – dochodziło do zacięć kopert dostarczonych przez Odwołującego. Zamawiający powołał się na to, że Odwołujący przyznał to w uzasadnieniu odwołania, a także w protokole z przeprowadzonych testów z 18 stycznia 2013 r. Zamawiający

stwierdził, że zaoferowane przez Odwołującego koperty podlegały częstym zacięciom, tj. co kilkadziesiąt – sto kilkadziesiąt kopert.

W ocenie Zamawiającego istotą sporu wynikłego z wniesionego odwołania jest rozstrzygnięcie, czy test został przeprowadzony zgodnie z SIWZ oraz jaki skutek wywołuje negatywny wynik testu.

Zamawiający ocenił, że według Odwołującego nieprawidłowość przeprowadzenia testu polegała na: po pierwsze – uniemożliwieniu Odwołującemu regulacji urządzenia kopertującego, po drugie – odmowie dokonania takiej regulacji przez Zamawiającego, po trzecie – wprowadzeniu ustawień urządzenia kopertującego, które preferują konkurenta Odwołującego. Ponadto Odwołujący zarzucił, że jego oferta została odrzucona bez wezwania do uzupełnienia (próbek).

Odnosząc się do tych zarzutów Zamawiający w pierwszej kolejności wskazał, że Wykonawca nie może domagać się aktywnego uczestnictwa w ocenie ofert i prawa dokonania regulacji urządzenia kopertującego. Zdaniem Zamawiającego takie żądanie nie znajduje podstawy prawnej. Ocena ofert jest prawem i jednocześnie obowiązkiem zamawiającego i w postępowaniach o wartości takiej jak przedmiotowe postępowanie może je wykonywać zgodnie z art. 19-20 ustawy pzp wyłącznie komisja przetargowa. Jednocześnie Zamawiający w SIWZ jednoznacznie opisał w jaki sposób będzie przeprowadzany test. Zgodnie z informacją zawartą w przywołanym powyżej postanowieniu SIWZ (ostatnie zdanie) – wykonawcom przyznano prawo uczestnictwa w testach, lecz nie ich przeprowadzania. W ocenie Zamawiającego zarzut, że nie zgodził się na to, by to Wykonawca przeprowadził regulację urządzenia kopertującego – jest w istocie domaganiem się, aby Zamawiający zgodził się na przeprowadzenie oceny ofert w sposób sprzeczny z prawem i postanowieniami SIWZ.

Według Zamawiającego nie jest natomiast sporne pomiędzy Stronami, że na prośbę Odwołującego specjalista obsługujący urządzenie kopertujące w imieniu zamawiającego dokonał regulacji podajnika kopert, o którego regulację prosił Odwołujący (Zamawiający ponownie powołał się na treść odwołania). Zamawiający stwierdził, że regulacja obsługowa (operatorska) wykonywana była w zakresie posiadanych uprawnień, tj. była regulowana szerokość i długość skrzydełka, ale bez pozytywnego wyniku. Koperty co kilkadziesiąt zakopertowań blokowały moduł wkładania dokumentu do koperty.

Zamawiający uznał za nietrafny zarzut, że nie godząc się na dokonanie regulacji przekraczającej zwykle czynności obsługowe zmodyfikował postanowienia SIWZ, gdyż nie sposób zmodyfikować SIWZ w zakresie, o którym specyfikacja nie wspomina. Zamawiający nie wskazywał w SIWZ na jakąkolwiek regulację urządzenia kopertującego podczas testów. Zdaniem Zamawiającego test dla zachowania zasady równego traktowania powinien zostać

przeprowadzony przy fabrycznych ustawieniach urządzenia kopertującego. Natomiast inne niż codzienne czynności regulacyjne, które w ocenie producenta urządzeń są zbędne dla prawidłowego kopertowania przy użyciu jakichkolwiek kopert, stanowiłyby o naruszeniu zasad oceny ofert ustalonych w specyfikacji, nie zakładającej żadnych czynności regulacyjnych.

Zamawiający stwierdził ponadto, że regulacja taka nie tylko w jego ocenie ale i w ocenie Odwołującego nie jest wymagana, skoro w odwołaniu przytacza opinię dystrybutora urządzenia kopertującego wykorzystanego do testowania, że *po uruchomieniu zadania prędkość pracy jest automatycznie dopasowywana do wykonywanej aplikacji*. Zdaniem Zamawiającego wynika z tego, że urządzenie nie wymaga żadnych innych regulacji niż dokonywane w czasie testów na prośbę Odwołującego zwykłe czynności codziennej regulacji. Zamawiający powołał się na to, że brak konieczności dodatkowych regulacji potwierdza stanowisko dystrybutora, które załączył do odpowiedzi na odwołanie (do odpowiedzi na odwołanie załączono dwa pisma Docufield sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Poznaniu).

Zamawiający podniósł także, że – wbrew art. 190 ust 1 pzp – Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego prawdziwość jego tezy jakoby jego koperty były właściwej jakości, zaś negatywny wynik testu jest rezultatem złej regulacji urządzenia. Zamawiający podał, że urządzenie było regulowane w zakresie takim, jaki jest właściwy dla prowadzenia codziennej obsługi i nie zmieniło to negatywnego wyniku testu. Zamawiający zwrócił uwagę, że test prowadzony jest właśnie po to, aby sprawdzić czy dostarczone koperty nie będą sprawiać problemów właśnie w codziennej pracy urządzenia, a bieżące czynności regulacyjne wystarczą dla usunięcia trudności w bieżącej pracy. Nadto właśnie ustawienie fabryczne urządzenia pozwala obiektywnie ocenić testowane próbki, niezależnie od tego, kto je dostarczył.

W ocenie Zamawiającego konieczność przeprowadzania specjalistycznych i dokonywanych wyłącznie przez serwis producenta regulacji urządzenia (według Zamawiającego takiej właśnie regulacji domaga się Odwołujący), aby dostarczonych kopert można było używać – jest wystarczającym powodem uznania, że test zakończył się negatywnym wynikiem.

Zdaniem Zamawiającego o tym, że przyczyna zacięć nie leży po stronie urządzenia świadczy też fakt, że koperty drugiego z wykonawców (a więc wg SIWZ takie, które mają takie same parametry) przeszły test pozytywnie. Zamawiający wyjaśnił, że zacięcia, o których w stosunku do kopert W.Z. EUROCOPERT wspomina odwołanie, były powodowane wyłącznie faktem, że bezpośrednio po uruchomieniu urządzenia kopertującego wystąpiła wilgoć w papierze zwojowym, na którym znajduje się treść korespondencji

do zakopertowania. Zacięcia spowodowane wilgotnością papieru zwojowego powstały na modułach przygotowujących dokument (odcinających i rozcinających papier zwojowy oraz składających dokument) i nie było to związane z jakością testowanych kopert. Po ich usunięciu w drodze normalnej codziennej czynności obsługowej, uzyskano efekt w postaci braku jakichkolwiek dalszych zacięć kopert WZ EUROCOPERT. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wnosząc odwołania od nieodrzuconia oferty W.Z. EUROCOPERT, zaakceptował ustalenie wyniku oceny tej oferty, a tym samym fakt, że dostarczone próbki pozytywnie przeszły wymagane testy. Zamawiający podał, że przedstawiciel Odwołującego po przeprowadzonych testach kopert W.Z. EUROCOPERT, na pytanie przewodniczącej komisji, czy zgłasza uwagi – odpowiedział, że nie ma uwag.

Zamawiający podniósł, że jak trafnie zauważa sam Odwołujący teza, że koperty W.Z. EUROCOPERT przeszły testy z wynikiem pozytywnym dzięki wcześniejszemu dostosowaniu urządzenia do ich użytkowania – stanowi wyłącznie domniemanie. Zamawiający stwierdził, że jest to domniemanie nieprawdziwe i niepoparte jakimkolwiek dowodem, a przede wszystkim pozostające poza zakresem zarzutów, które nie dotyczą oceny kopert WZ EUROCOPERT. Zamawiający odrzucił tezy o dostosowaniu przed terminem testów urządzenia kopertującego do korzystania z kopert określonego producenta i oświadczył, że taka sytuacja nie miała miejsca.

W ocenie Zamawiającego bez znaczenia dla sprawy pozostaje także powoływanie się na pozytywne referencje wydane dla kopert Odwołującego (załączone do odwołania). Zamawiający nie żądał złożenia referencji dotyczących przedmiotu zamówienia. Ich jakość sprawdzano w drodze testu, a wynik tych, co – według Zamawiającego – Strony zgodnie przyznają w protokołach, są negatywne.

Zamawiający za nietrafny uznał także zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 pzp oraz zgłoszone z ostrożności procesowej żądanie Odwołującego, aby wezwano go do uzupełnienia próbek. Po pierwsze stwierdził, że jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej status próbki żądanej przez zamawiającego kształtowany jest w SIWZ. Według Zamawiającego Izba w wyroku z 17 września 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 919/08) wskazała, że z uwagi na występowanie w katalogu odnoszącym się do tzw. dokumentów przedmiotowych zawartym w rozporządzeniu w sprawie dokumentów także próbek, dopuszczalne może być uzupełnianie oferty o próbkę. Jednakże w tym samym wyroku Izba dokonała rozróżnienia statusu próbek (wzorów opisów, fotografii) w zależności od celu ich żądania przez zamawiającego. Rozróżnienie to – zdaniem Zamawiającego – należy uznać, za trafne. Izba wskazała (cytat za odpowiedzią na odwołanie): *Inny bowiem będzie status próbki, czy też wzoru, gdy był on wymagany tylko i wyłącznie celem dokonania na jego podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium*

*techniczno-jakościowego, czy też jakościowego, a inny, gdy będzie miał służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. W pierwszym wypadku uzupełnienie w trybie art 26 ust.3 Pzp jest niedopuszczalne, gdyż byłoby to de facto uzupełnienie elementu oferty, czyli oferty niekompletnej o brakujący element, w drugim wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust..3 Pzp jest, zdaniem Izby, w oparciu o wykładnię celowościową uzasadnione .*

Zamawiający podniósł, że w SIWZ nie zażądał próbki na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, na co wskazuje już miejsce zamieszczenia informacji. Żądanie dostarczenia kopert nie zostało wymienione wśród dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu i braku przesłanek wykluczenia tj. dokumentów, których dotyczy rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów.... Przeciwnie – żądanie złożenia próbki zamieszczono w punkcie SIWZ dotyczącym innych – nieobjętych tym rozporządzeniem dokumentów, takich jak dokument wadialny i pełnomocnictwo. Zdaniem Zamawiającego tym samym wyraźnie wskazał, że nie traktuje próbki w kategoriach opisanych w § 5 ww. rozporządzenia lecz jako inny składnik oferty, pozwalający na jej techniczno-jakościową ocenę. Według Zamawiającego konsekwentnie wskazał też na skutek dostarczenia próbki, która nie uzyska pozytywnego wyniku testu – w postaci odrzucenia oferty ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ. Próbkę nadano więc charakter treści oferty, a jej niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia i wskazanymi w nim zasadami badania ofert nie ma charakteru formalnego, lecz merytoryczny przesądzający o nieprzydatności faktycznej oferowanego przedmiotu zamówienia. Próbka była żądana celem dokonania na jej podstawie oceny oferty w drodze testów, a więc oceny techniczno-jakościowej i tym samym – według Zamawiającego – nie podlega uzupełnieniu, gdyż nie zyskała statusu dokumentu o którym mowa w rozporządzeniu w sprawie dokumentów. Każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienia znał tym samym procedurę oceny i postępowania z próbką. W ocenie Zamawiającego domaganie się obecnie, aby traktował próbkę inaczej – jest w istocie próbą dokonania zmian zasad oceny ofert, gdyż ocena wg pierwotnych zasad okazała się dla Odwołującego niekorzystna

Zamawiający wskazał także na brak naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy pzp, gdyż przepis ten wskazuje na kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej, które Zamawiający zastosował w sposób przewidziany w SIWZ. Zgodnie z ustawą pzp – zastosował je jednak wyłącznie wobec ofert niepodlegających odrzuceniu, a tym samym nie mógł w świetle kryteriów oceniać oferty Odwołującego.

Zamawiający w następujący sposób odniósł się do wniosków dowodowych zawartych w odwołaniu. W pierwszej kolejności wniósł o oddalenie wniosków o przesłuchanie

świadczków. Stwierdził, że część z nich to pracownicy Zamawiającego, który przedstawił swoje stanowisko w odwołaniu, a dowód nie wniesie nic poza dokument jakim jest odwołanie. Zdaniem Zamawiającego dowód z „eksperymentu procesowego” w związku z § 14 rozporządzenia z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań musi być uznany za zgłoszony wyłącznie dla zwłoki, gdyż dostarczenie urządzenia kopertującego do miejsca, w którym zgodnie z prawem odbywa się rozprawa jest niemożliwe. Także wnioskowany dowód z opinii biegłego w ocenie Zamawiającego jest zbędny. Został on zgłoszony w celu wykazania możliwości regulacji urządzenia kopertującego, a regulacje te, co wykazuje także Zamawiający, ale przede wszystkim dystrybutor urządzeń są możliwe, lecz jedynie przez specjalistyczny serwis. Fakt i sposób dokonywania regulacji został więc wykazany innymi dowodami. Ponadto zdaniem Zamawiającego testy prowadzone w warunkach standardowych fabrycznych ustawień odpowiadają informacji o ich prowadzeniu zawartej w załączniku nr 1 do SIWZ – Formularzu oferty (pkt III. 4), która nie przewidywała zmiany ustawień ze standardowych dla prowadzenia testów. Zamawiający ocenił, że opinia biegłego pozostanie bez znaczenia w sprawie i jako taką należy ją uznać za dowód zgłoszony jedynie dla zwłoki.

Na skutek przekazania 1 lutego 2013 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania – W.Z. EUROCPERT sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinku tego samego dnia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu zgłosił.

Wobec dokonania zgłoszenia do postępowania odwoławczego we właściwej formie (elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu), w odpowiednim terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – należało je uznać za skuteczne.

Izba nie uwzględniła zgłoszonego na posiedzeniu przez Odwołującego wniosku o uznanie przystąpienia za bezskuteczne (błędnie nazwanego opozycją) z następujących, niezależnych od siebie powodów: nieprzekazania kopii zgłoszenia pełnomocnikom Odwołującego oraz zgłoszenia przystąpienia przez osobę bez osobę nieumocowaną. Izba zważyła, że z art. 185 ust. 2 pzp nie wynika, że kopia zgłoszenia ma być przekazana zarówno stronom, jak i ich pełnomocnikom. Do zgłoszenia przystąpienia rzeczywiście nie zostało załączone dla osoby składającej podpis elektroniczny pełnomocnictwo do działania w imieniu W.Z. EUROCPERT sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinku. Jednakże takie

pełnomocnictwo, datowane na 1 lutego 2013 r., zostało załączone do pisma, które wpłynęło do Izby 7 lutego 2013 r. Zatem Izba oceniając skuteczność przystąpienia na posiedzeniu 12 lutego 2013 r., nie miała podstaw do oceny, że zgłoszenia dokonała osoba do tego nieumocowana.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, szerzej prezentując swoje stanowisko w piśmie z 2 lutego 2013 r., które wpłynęło do Izby 7 lutego 2013 r. Izba wzięła pod rozwagę stanowisko Przystępującego wyłącznie w takim zakresie jakim nie wykraczało poza zakres zarzutów podlegających rozpoznaniu w niniejszym postępowaniu odwoławczym, to jest pomijając dodatkowe zarzuty Przystępującego względem oferty Odwołującego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła z urzędu w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że nie zostały wypełnione przesłanki skutkujące możliwością odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego nie zgłoszono w tym zakresie wniosków przeciwnych.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Przystępujący – podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego – zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert. Jednocześnie objęta odwołaniem czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego, naraża go na szkodę, gdyż w jej rezultacie nie uzyskał zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania

o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego. Izba przeprowadziła w szczególności dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Odwołującego oraz protokołów z testów przeprowadzonych 18 stycznia 2013 r. w Biurze Poligrafii Zamawiającego.

Izba uwzględniła również, w takim zakresie, w jakim wynika to z poniższych rozważań dowody załączone do odwołania i odpowiedzi na odwołanie, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania.

Izba na podstawie art. 190 ust. 6 pzp oddaliła na rozprawie następujące zgłoszone przez Odwołującego w odwołaniu i podtrzymane na rozprawie wnioski o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:

1. Z opinii biegłego z zakresu obsługi maszyn do automatycznego kopertowania (tzw. kopertownic) – na okoliczność możliwości regulacji maszyny do kopertowania Kern 3500 dla kopert typu C6/5; względnie na okoliczność możliwości regulacji maszyny do kopertowania Kern 3500 dla tego samego typu kopert C6/5.
2. Z eksperymentu procesowego polegającego na przeprowadzeniu testu sprawdzającego kopert objętych ofertą Odwołującego na maszynie model Kern 3500 z możliwością jej regulacji w siedzibie Zamawiającego – na okoliczność możliwości regulacji maszyny do kopertowania Kern 3500 dla kopert typu C6/5 oraz spełnienia wymagań SIWZ przez Odwołującego.
3. Z zeznań strony Odwołującego – K..... K..... (członka zarządu spółki Odwołującego) – na okoliczności wskazane w treści odwołania:
  - możliwości regulacji maszyny do kopertowania dla kopert typu C6/5 (s. 9 odwołania);
  - domniemania, że maszyna Kern 3500 została poddana regulacji i indywidualnie dopasowana do kopert typu C6/5 dostarczonych przez W.Z. EUROCOPERT; względnie odmowy Zamawiającego dokonania regulacji maszyny na potrzeby testu kopert Odwołującego (s. 10 odwołania).
4. Z zeznań świadka – K..... S..... (uczestnik testów) na okoliczności wskazane w treści odwołania:
  - przebiegu testów kopert Odwołującego i przebiegu testów kopert Przystępującego (s. 7 odwołania);
  - możliwości regulacji maszyny do kopertowania dla kopert typu C6/5 (s. 9 odwołania);
  - domniemania, że maszyna Kern 3500 została poddana regulacji i indywidualnie dopasowana do kopert typu C6/5 dostarczonych przez W.Z. EUROCOPERT; względnie odmowy Zamawiającego dokonania regulacji maszyny na potrzeby testu kopert

Odwołującego (s. 10 odwołania).

Na tej samej podstawie Izba oddaliła zawarty w piśmie Przystępującego podtrzymany na rozprawie wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Z..... K..... (biorącego udział w testach z ramienia Przystępującego) na okoliczność przebiegu testów kopert Przystępującego.

W ocenie Izby wszystkie powyżej wnioskowane dowody są zbędne dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania, gdyż dotyczą okoliczności stwierdzonych innymi dowodami przywołanymi w uzasadnieniu, a nadto wnioski dowodowe z pkt 1 i 2 zostały przywołane jedynie dla zwłoki oraz obarczone są wadami opisanymi w dalszej części uzasadnienia.

Z uwagi na to, że przebieg testów sprawdzających został odzwierciedlony w pisemnych protokołach, których wiarygodność nie była podważana, Izba nie brała pod uwagę wzajemnie sprzecznych oświadczeń pełnomocników Stron co do okoliczności, które w tych protokołach nie znalazły odzwierciedlenia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje uwzględnieniu.

Na wstępie dla zachowania przejrzystości dalszych wywodów, Izba uznała za celowe uporządkowanie zarzutów podniesionych w odwołaniu. W ocenie Izby zasadniczym zarzutem odwołania jest bezpodstawne odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., a zatem czynność dokonana z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Z odwołania wynika, że niezależnie od tego, a nawet przede wszystkim (zważając na redakcję uzasadnienia odwołania) powyższa czynność miałaby stanowić również samoistne naruszenie z art. 7 ust. 1 pzp. Wreszcie czynność odrzucenia oferty Odwołującego miałaby według odwołania jednocześnie stanowić zaniechanie czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 26 ust. 3 pzp czy art. 38 ust. 4a pzp. W ocenie Izby znaczenie ma jednak istnienie powiązanych ze sobą okoliczności dotyczących konkretnego działania lub zaniechania zamawiającego, które tworzą podstawę do podniesienia odrębnego zarzutu, a nie liczba przepisów, które zostały w ten sposób naruszone. W odwołaniu okoliczności dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego, choć zostały usystematyzowane według przepisów lub ich powiązań zgodnych z koncepcją Odwołującego, *de facto* składają się na jeden i ten sam zarzut. Przy inwencji Odwołującego przy redagowaniu zarzutów odwołania okazuje się, że odrzucenie oferty za niezgodność z treścią s.i.w.z. może jednocześnie stanowić naruszenie art. 38 ust.

4a pzp.

Izba nie była w stanie dopatrzeć się możliwości takiego powiązania, natomiast wyodrębniła z odwołania zarzut dokonania przez Zamawiającego niedopuszczalnej zmiany treści s.i.w.z. już na etapie badania i oceny ofert. Ściśle rzecz biorąc w odwołaniu wskazano na naruszenie art. 38 ust. 4a pzp (rzekomo w zw. z art. 89 ust.1 pkt 2 pzp), z którego wynika jedynie tyle, że jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zamiana treści s.i.w.z. prowadzi do zmiany treści ogłoszenia, to zamawiający ma obowiązek spowodować zamieszczenie w odpowiednim publikatorze ogłoszenia o zmianie ogłoszenia. Podniesione dalej w odwołaniu okoliczności pozostają bez związku z przywołanym przepisem, gdyż dotyczą przeprowadzenia oceny oferty Odwołującego w inny sposób niż ten, który miałby wynikać z postanowień s.i.w.z. dotyczących przeprowadzenia testów sprawdzających. Zatem przy wąskim spojrzeniu na ten zarzut – jedynym, które pozwala go wyodrębnić – jest on oczywiście niezasadny. Nie doszło do żadnej zmiany ani s.i.w.z., ani ogłoszenia, przynajmniej w takim rozumieniu, w jakim ustawa pzp posługuje się tymi określeniami, czyli zmiany treści tych dokumentów, gdyż po otwarciu ofert jest to po prostu obiektywnie niemożliwe, a przynajmniej nie zdarzyło się jeszcze, aby jakiś zamawiający tego dokonał. Natomiast przy szerokim spojrzeniu, uwzględniającym ponowne podniesienie przez Odwołującego przy okazji rzekomego naruszenia art. 38 ust. 4a pzp, że testy sprawdzające jego kopert odbyły się niezgodnie z treścią s.i.w.z., okazuje się, że jest to tylko kolejny argument, który ma uzasadniać główny zarzut odwołania. Odwołujący bezskutecznie usiłuje wywieść w odwołaniu, że odmowa regulacji urządzenia kopertującego stanowi zmianę treści s.i.w.z., gdyż może co najwyżej argumentować, że takie postępowanie Zamawiającego było niezgodne z treścią s.i.w.z., a w konsekwencji odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp jest bezpodstawne.

Przechodząc do rozpatrzenia tego zarzutu odwołania, wobec wyprowadzania przez Strony skrajnie odmiennych wniosków z postanowienia s.i.w.z. dotyczącego testów sprawdzających, Izba uznała za celowe przytoczyć je w całości: *Zamawiający na etapie oceny ofert przeprowadzi testy sprawdzające oferowanych przez wykonawcę kopert. Testy zostaną przeprowadzone w siedzibie Zamawiającego i będą polegały na załadowaniu 3000 szt. oferowanych kopert każdego wzoru do urządzenia kopertującego (o wydajności 20 000 kopert/godz.) i sprawdzeniu, czy koperty nie powodują zacięć w/w urządzenia. Trzy zacięcia w czasie testu będą stanowić o negatywnym wyniku testów, co spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający poinformuje Wykonawców o terminie, w którym będą przeprowadzane testy. W testach mogą uczestniczyć Wykonawcy. Z przeprowadzonych testów zostanie sporządzony protokół będący Załącznikiem nr 5 do SIWZ.*

Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp czyni podstawą odrzucenia oferty nieodpowiadanie treści oferty treści s.i.w.z., co jest odwrotnością stanu wymaganego zgodnie z art. 82 ust. 3 pzp. W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio – zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego – oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z., przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Nie budzi również wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać świadczenie zamówione przez Zamawiającego. Nadto jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty, oprócz potwierdzenia ogólnym oświadczeniem jej zgodności z s.i.w.z., konkretyzacji przedmiotu oferty przez wskazanie konkretnie oferowanych rozwiązań czy parametrów – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią opisu zawartego w s.i.w.z. przesądza o ich wzajemnej zgodności. W przedmiotowym postępowaniu na mocy przywołanego postanowienia s.i.w.z. do rangi elementu treści oferty zostały podniesione również tzw. próbki oferowanych kopert, gdyż na ich podstawie, a nie tylko na podstawie pisemnego oświadczenia zawartego w formularzu oferty, miała być zbadana zgodność treści składanej oferty z treścią s.i.w.z., przy czym temu swoistemu rzeczowemu elementowi treści oferty przyznano charakter rozstrzygający. Jednocześnie na podstawie zacytowanego powyżej postanowienia s.i.w.z. jako integralny element procedury badania zgodności oferty z treścią s.i.w.z. został wprowadzony praktyczny test sprawdzający, czy oferowane koperty nadają się do tego, do czego mają służyć Zamawiającemu, czyli do maszynowego kopertowania korespondencji w urzędzeniu o wydajności 20 tys. zakopertowań na godzinę. Takie przeznaczenie zamawianych kopert zostało wprost ujawnione w treści opisu przedmiotu zamówienia dla każdego z 4 wzorów (A, B, C i D). Zatem wymaganą treścią oferty były koperty spełniające ten parametr, przy czym – oprócz pisemnego zobowiązania do dostarczenia takich kopert po zawarciu umowy, – należało złożyć po 3 tys. egzemplarzy dla każdego z wzorów kopert (tzw. próbki). Jednocześnie w s.i.w.z. sprecyzowano jednoznaczne kryterium zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. – powodowanie mniej niż trzech zacięć urządzenia pracującego z podaną szybkością przez załadowany jednorazowo zbiór 3 tys. kopert.

Odwołujący bezskutecznie zatem usiłuje podważyć w odwołaniu możliwość uznania jego oferty za niezgodną z treścią s.i.w.z. wyłącznie na podstawie negatywnego wyniku

testów próbek kopert. W tym celu Odwołujący zapewnia w odwołaniu o należytej jakości oferowanych kopert, co ma potwierdzać 8 referencji zadowolonych odbiorców. Dwa spośród tych dokumentów nie mogły być w ogóle wzięte pod uwagę, gdyż zostały złożone wyłącznie w języku obcym, choć zgodnie z § 17 ust. 3 obowiązującego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) – wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona, która się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Nie wiadomo również w jaki sposób pozostałe referencje miałyby dotyczyć potwierdzenia zgodności kopert zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu z opisem przedmiotu zamówienia. W szczególności w żadnej z tych referencji nie ma mowy o stosowaniu kopert w urządzeniu kopertującym o wydajności 20000 kopert na godzinę, a tylko w trzech jest w ogóle mowa o przeznaczeniu do maszynowego kopertowania. Ponadto na rozprawie Odwołujący nie podważał twierdzenia Przystępującego, że żaden z wystawców referencji nie dysponuje urządzeniem o tak dużej wydajności jak Zamawiający. Przy czym niesporna była jednocześnie okoliczność, że im większa wydajność urządzenia, tym większa czułość na niedoskonałości kopert. Z tego względu Zamawiający przeznaczenie kopert do maszynowego kopertowania w urządzeniu o wydajności 20000 zakopertowań na godzinę uczynił jednym z wymaganych parametrów opisu przedmiotu zamówienia. Jednocześnie jedyną podstawą weryfikacji zdatności oferowanych kopert do użycia w posiadanym przez Zamawiającego urządzeniu kopertującym o takiej wydajności miało być przeprowadzenie testu sprawdzającego, czy oferowane koperty nie powodują zacięć tego urządzenia. Zamawiający wprowadził jednoznaczną regułę, zgodnie z którą spowodowanie przez zbiór 3000 szt. kopert 3 zacięć oznaczało negatywny wynik testu i odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Odwołujący nie kwestionując tych postanowień s.i.w.z., a następnie składając ofertę, nie może na tym etapie podważać obowiązującej w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego reguły oceny zgodności oferowanych kopert z treścią s.i.w.z. przez pryzmat wyników takiego testu. Z tego powodu nie ma również żadnego znaczenia czy operator urządzenia podczas testu nie dostrzegł żadnych widocznych wad jakościowych kopert, gdyż praktyczny test służyć miał zweryfikowaniu tego, czego na podstawie oględzin egzemplarzy kopert stwierdzić nie można.

Kolejną konsekwencją statusu próbek kopert jako elementu treści oferty podlegającego weryfikacji zgodności z opisem przedmiotu zamówienia w drodze testu opisanego w s.i.w.z. jest brak możliwości ich uzupełnienia. Izba uznała zatem, że Odwołujący niezasadnie zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 pzp przez zaniechanie przez wezwania Odwołującego do uzupełnienia próbek kopert, domagając się

powtórzenia z ich użyciem testów sprawdzających. Taki zarzut sformułowany w odwołaniu trudno uznać za alternatywny, gdyż Odwołujący powołuje się nie na ewentualną wadliwość próbek kopert załączonych do oferty, lecz ponownie na swoje zastrzeżenia odnośnie sposobu przeprowadzenia testów, co wyczerpuje przecież treść zasadniczego zarzutu odwołania. Brak samodzielności tzw. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 3 pzp uświadamiają następujące zależności. W razie zasadności zarzutu nieprawidłowego przeprowadzenia testu zbędne jest powoływanie się odrębnie na naruszenie art. 26 ust. 3 pzp, gdyż aby powtórzyć testy konieczne byłoby uzupełnienie zbioru testowego kopert do zakładanego poziomu 3 tys. sztuk dla każdego wzoru (a tylko jeden wzór nie był testowany). Z kolei w razie niezasadności zarzutu nieprawidłowego przeprowadzenia testów z użyciem dobrych – jak konsekwentnie podnosił Odwołujący – kopert, nie wiadomo na jakiej zasadzie miałyby być one uzupełniane. Jeżeli w miejsce tych dobrych kopert, których zacinanie się podczas testu było podstawą odrzucenia oferty, miałyby być dostarczone inne koperty, niepowodujące zacięć w analogicznych warunkach testowych – w ocenie Izby stanowiłoby to niedopuszczalną z mocy art. 87 ust. 1 zd. drugie pzp zmianę treści oferty Odwołującego po terminie składania ofert. Nawet nie podzielając w pełni stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie, stwierdzić należy, że niewątpliwie próbki kopert stanowiły element treści oferty bezpośrednio służący weryfikacji jej zgodności z treścią s.i.w.z. w zakresie niepowodowania zacięć w maszynie kopertującej o wydajności 20 tys. kopert na godzinę. Tymczasem niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. mogą podlegać skorygowaniu wyłącznie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 lub 3 pzp, przy czym w okolicznościach sprawy potencjalnie można rozważyć tylko inną omyłkę, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Jednak nie sposób zastosować poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, skoro nie doszło do żadnej omyłki i Odwołujący przedstawił do testów takie koperty, jakie chciał zaoferować, a w dodatku konsekwentnie podtrzymuje, że są one zgodne z opisem przedmiotu zamówienia. Zupełnie inaczej przedstawiałaby się sytuacja, gdyby w s.i.w.z. nie opisano sposobu przeprowadzenia testów sprawdzających z użyciem kopert składanych wraz z ofertą i nie usankcjonowano negatywnego wyniku tych testów jako podstawy do odrzucenia oferty. W takim przypadku zażądane koperty miałyby wyłącznie status próbek w rozumieniu pkt 1 ust. 1 § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). W razie stwierdzenia w toku badania takich próbek, że nie potwierdzają one spełnienia wymagań opisu przedmiotu zamówienia co do wymiarów, gramatury papieru, typu zamknięcia, miejsca zaklejenia skrzydełek bocznych, umiejscowienia okienka, sposobu doklejenia wewnętrznej folii okienka

lub innego tego typu parametru – podlegałyby one uzupełnieniu trybie art. 26 ust. 3 pzp, gdyż nie stanowiłyby treści oferty lecz jedynie dokument składany na potwierdzenie deklarowanej w ofercie zgodności z wymaganiami treści s.i.w.z.

Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy znaczenie mogło mieć tylko wykazanie przez Odwołującego, że testy sprawdzające jego koperty zostały przeprowadzone w sposób niezgodny z s.i.w.z. Odwołujący zarzucił w odwołaniu, że podczas testu jego kopert Zamawiający bezpodstawnie odmówił regulacji urządzenia kopertującego, przy czym w toku postępowania odwoławczego w różnoraki i zmienny sposób zarówno opisywał, o jaką regulację i przez kogo dokonywaną mu chodzi (a tym samym czego domaga się w razie powtórzonych testów), jak i uzasadniał, z czego wywodzi możliwość regulowania maszyny podczas testów. Przez większą część odwołania Odwołujący unika sprecyzowania charakteru zaniechanej i żądanej regulacji, podnosząc, że w ogóle odmówiono regulacji, względnie używając enigmatycznych określeń, że chodzi o *dotatkowe regulacje* czy możliwość *regulacji dostosowującej maszynę do kopert Odwołującego*, wreszcie twierdzi jednak, że nie dopuszczono do *podstawowej regulacji parametrów kopertowania*. Podobnie w toku postępowania odwoławczego Odwołujący modyfikował swoje żądanie w tym zakresie. O ile na wstępie odwołania wyraźnie domagał się umożliwienia wykonawcom dokonywania, bliżej niesprecyzowanych, regulacji maszyny do kopertowania, o tyle na rozprawie zażądał dopuszczenia wykonywania przez pracowników autoryzowanego serwisu producenta urządzenia kopertującego typu Kern 3500 tzw. regulacji serwisowych. Tymczasem z uwagi zamieszczonej w protokole testów przez przedstawiciela Odwołującego jednoznacznie wynika, że *Zamawiający nie dopuścił możliwości dodatkowej regulacji serwisowej*, a nie regulacji podstawowej. W ocenie Izby termin *regulacja serwisowa* odnosi się do czynności obsługowych dokonywanych przez specjalistyczny serwis, które wykraczają ponad zakres podstawowych regulacji dokonywanych w toku zwykłej eksploatacji przez użytkownika. Podział ten znajduje odzwierciedlenie w istnieniu dla wielu urządzeń technicznych dwóch rodzajów instrukcji obsługi: instrukcji użytkownika oraz właśnie instrukcji serwisowej, która opisuje ustawienia i czynności niedostępne z poziomu interfejsu użytkownika. Jest to zabieg celowy służący uniemożliwieniu rozregulowania czy nawet uszkodzenia urządzenia przez użytkownika. Jak sama nazwa wskazuje serwis to *obsługa w zakresie napraw lub konserwacji sprzętu* (za słownikiem języka polskiego <http://sjp/pwn.pl>), a nie zwykła obsługa przez użytkownika. Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie wyciąg z *Podręcznika obsługi KERN 3500* (strony od 5b-40 do 5b-59), w której opisano szereg ustawień dostępnych dla użytkownika. Dokonywanie regulacji tych ustawień okazało się jednak niewystarczające, skoro przedstawiciel z ramienia Odwołującego domagał się możliwości dokonania dostawowych regulacji serwisowych. Uczynione rozróżnienie ma kluczowe

znaczenie dla oceny zasadności argumentacji Odwołującego, czy z przywołanego na wstępie rozważań postanowienia s.i.w.z. wynikała możliwość dokonywania podczas testów regulacji urządzenia kopertującego. Izby nie przekonała ekwilibrystka słowna uzasadnienia odwołania zmierzająca do wykazania, że co nie zostało zabronione w s.i.w.z., to jest dozwolone, a nawet konieczne. W ocenie Izby oczywiste jest, że zasada taka może być słuszna wyłącznie w odniesieniu do podstawowych regulacji, które powinny zostać dokonane, jeżeli zachodzi taka potrzeba i nie trzeba tego specjalnie zapisywać w s.i.w.z. Niesporne było, że Zamawiający dokonania takich regulacji nie odmawiał. Natomiast nie sposób twierdzić, że czynności serwisowe w powyżej opisanym rozumieniu zostały dopuszczone na mocy postanowienia s.i.w.z., które nic o nich nie wspomina. W ocenie Izby Odwołujący miał tego świadomość, stąd w odwołaniu zawarł inne uzasadnienie dla konieczności przeprowadzenia regulacji serwisowych.

Mianowicie Odwołujący wysnuł w odwołaniu domniemanie, że odbiór techniczny maszyny KERN 3500, niedawno zakupionej przez Zamawiającego, został przeprowadzony przy użyciu kopert W.Z. EUROCOPERT. Z kolei na domniemanym użyciu w toku testów maszyny wyregulowanej wcześniej pod koperty tego producenta został oparty zarzut dyskryminowania przez Zamawiającego Odwołującego oferującego koperty innego producenta. O ile zarzut ten jest bardzo poważny (i wbrew stanowisku Zamawiającego nie pozostaje poza zakresem zarzutów, gdyż dotyczy oceny oferty Odwołującego, a został wprost podniesiony w odwołaniu) – o tyle Odwołujący w żaden sposób go nie udowodnił. W odwołaniu powołał się na dowód (protokół z testów) lub wnioskował o przeprowadzenie dowodów z zeznania świadka (pracownika Odwołującego obecnego podczas testów) czy nawet z zeznań Strony (członka zarządu Odwołującego nieobecnego podczas testów), które w żaden sposób nie nadają się do potwierdzenia domniemywanego przebiegu odbioru technicznego maszyny Kern 3500 należącej do Zamawiającego. Na rozprawie Odwołujący nadal nie był w stanie przedstawić żadnych innych dowodów na swoje twierdzenia, które pozostały w sferze jego domniemań. Zamiast tego Odwołujący skonkretyzował inne domniemanie, niejasno rysujące się w odwołaniu – o istnieniu powszechnie znanego i uznanego na rynku tego typu urządzeń kopertujących standardu ich regulacji serwisowej pod koperty danego producenta. Z odwołania wynika brak pewności, czy możliwość regulacji (nie do końca wiadomo jakiej) w ogóle technicznie istnieje (*...zdaniem Odwołującego głównym powodem zacięć był brak możliwości przeprowadzenia regulacji maszyny podczas testowania kopert, co jednak gdyby było technicznie możliwe...*), czym można tłumaczyć niecodzienny wniosek o przeprowadzenie na tę okoliczność takich dowodów, jak opinia biegłego, czy nawet tzw. eksperyment procesowy, który to wniosek, pomimo ewolucji stanowiska, został na rozprawie podtrzymany. W ocenie Izby jest to *de facto* próba zdjęcia

z siebie przez Odwołującego ciężącego na nim z mocy art. 190 ust. 1 pzp ciężaru dowodu, przez nieuprawnione zastępowanie środków dowodowych dostępnych Odwołującemu, takich jak: instrukcje, dokumentacja techniczna czy oświadczenia producenta urządzenia lub jego autoryzowanego przedstawiciela etc., nieuzasadnionymi wnioskami o przeprowadzenie dowodów. Jak już powyżej wskazano, sama możliwość przeprowadzania regulacji, nie wymaga dowodów, gdyż jest okolicznością oczywistą i wynikającą chociażby z wyciągu z instrukcji obsługi użytkownika przedstawionego przez Zamawiającego. Z kolei dla wykazania, że do niezbędnych regulacji serwisowych należy tzw. indywidualna regulacja ustawień do kopert danego producenta, Odwołujący mógł i powinien przedstawić np. instrukcję serwisową lub chociażby pismo od producenta urządzenia czy podmiotu świadczącego usługi serwisowej. Z kolei jeżeli okoliczność ta miałaby być powszechnie znanym standardem, to nie ma tu pola na odwoływanie się do opinii biegłego, gdyż ustalenie takiego stanu faktycznego nie wymaga wiadomości specjalnych. Odwołujący w swoich wnioskach dowodowych posunął się stanowczo za daleko, gdyż przedmiotem eksperymentu procesowego miałoby być nawet spełnienie przez niego wymagań s.i.w.z. Jednocześnie sformułowany w odwołaniu wniosek zmierza wprost do tego, by uczynić z Izby w miejsce organu rozstrzygającego o prawidłowości czynności dokonanej przez Zamawiającego, organ dokonujący bezpośrednio czynności zamiast Zamawiającego. Eksperyment miałby polegać bowiem na przeprowadzeniu testu sprawdzającego kopert Odwołującego w maszynie Kern 3500 posiadanej przez Zamawiającego. Jednocześnie przeprowadzenie takiego dowodu skonsumowałoby żądanie odwołania, a więc to, co Izba ma nakazać Zamawiającemu, a nie sama dokonywać.

Wnioski dowodowe Odwołującego okazały się również zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż Zamawiający przedstawił wraz z odpowiedzią na odwołanie dowody całkowicie obalające powyższe domniemania Odwołującego – w postaci pism z 31 stycznia i 11 lutego 2013 r. od Docufield sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu, autoryzowanego, wyłącznego przedstawiciela na terenie Polski producenta KERN AG (na którego autorytet w odwołaniu powoływał się Odwołujący). W pierwszym z pism wskazano, że *ustawienia fabryczne maszyny wykonywane przez producenta na końcowym etapie produkcji i testowania powodują, że koperty o formacie spełniającym wymagane parametry techniczne powinny płynnie ulegać pobieraniu i zakopertowaniu. Ustawienia te są wystarczające do uzyskania efektu płynnej pracy maszyny w przypadku obsługi systemu z poziomu użytkownika.* W drugim piśmie uszczegółowiono, że *każdy z systemów kopertujących Kern 3500 jest uruchamiany i testowany przez producenta w fabryce na standardowych kopertach zgodnych ze specyfikacją urządzenia. Wykorzystywany przez Państwa format kopert C6/5 114x229 mm jest zgodny z tą specyfikacją. Producent dokonuje więc standardowych ustawień.*

*Zadaniem serwisu Docufield jest zmontowanie systemu u użytkownika i uruchomienie bez zmiany parametrów, z wykorzystaniem kopert dostarczonych wraz z systemem przez producenta, firmę Kern AG. Wbrew przypuszczeniom i domniemaniom snutym przez Odwołującego okazuje się, że każde urządzenie Kern 3500 jest uruchamiane u użytkownika bez zmiany parametrów fabrycznych, przy wykorzystaniu kopert standardowych kopert dostarczonych wraz urządzeniem przez jego producenta. Ponadto wyznacznikiem tego standardu kopert jest ich format, a nie pochodzenie od poszczególnych producentów. Tak rozumiane standardowe koperty na ustawieniach fabrycznych producenta powinny umożliwiać płynną pracę przy obsłudze z poziomu użytkownika. Tymczasem jak to wynika jednoznacznie z protokołu testów, regulacja z poziomu użytkownika nie usunęła problemu zacinania się kopert Odwołującego. Zamiast niej Odwołujący domaga się umożliwienia dokonania, wykraczającej poza standardową obsługę, regulacji serwisowej. Ponieważ, jak już powyżej wskazano, żądanie takie nie znajduje oparcia w s.i.w.z., mogłoby być uznane za uzasadnione wyłącznie w sytuacji, gdyby urządzenie użyte podczas testów działało na ustawieniach zoptymalizowanych pod koperty jednego producenta, lub chociażby było niesprawne. Odwołujący sam podkreślał jednak, że urządzenie posiadane przez Zamawiającego jest nowe. Natomiast faktu domniemanej manipulacji nie był w stanie choćby uprawdopodobnić. Należy zauważyć również, że przedstawiciel Odwołującego obecny podczas testów kopert obu producentów, nie podważał faktu, że były one prowadzone na tych samych ustawieniach fabrycznych. W tych okolicznościach brak było jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia nieprawidłowości przeprowadzonych przez Zamawiającego testów.*

Skoro oferta Odwołującego zasadnie została odrzucona, z oczywistych względów Zamawiający nie naruszył również art. 7 ust. 3 pzp i art. 91 ust. 1 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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), obciążając Odwołującego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł, potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem.

**Przewodniczący:** .....