

Sygn. akt: KIO 742/17

## WYROK

z dnia 27 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 kwietnia 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14 kwietnia 2017 r.** przez wykonawcę **E. Sp. z o.o., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. SZAMOCKA 3,5, 01-748 WARSZAWA**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **E. Sp. z o.o., (...)**:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **E. Sp. z o.o., (...)** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od wykonawcy **E. Sp. z o.o., (...)** na rzecz **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. SZAMOCKA 3,5, 01-748 WARSZAWA** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok -

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

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zakup i dostawę kopert i papieru zwojowego na potrzeby akcji Informacja o Stanie konta Ubezpieczonego (IoSKU) w części A dotyczącej zakupu i dostawy kopert dwuokienkowych w formacie C6/C5 z nadrukiem, w ilości 18 000 000 sztuk”, numer postępowania TZ/271/3/17, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2017/S 036-064820 z 21.02.2017 r., przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. SZAMOCKA 3,5, 01-748 WARSZAWA zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 07.04.2017 r. Zamawiający przeprowadził testy jakościowe 6 000 kopert C6/C5 złożonych wraz z ofertą przez T.K. Sp. z o.o., (...) zwana dalej: „T.K. Sp. z o.o.” oraz E. Sp. z o.o., (...)zwanej dalej: „E. Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” z których sporządził protokoły. Protokół z testów T.K. Sp. z o.o. Odwołujący otrzymał w tym dniu bezpośrednio od Zamawiającego (odbiór osobisty).

W dniu 14.04.2017 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) E. Sp. z o.o. wniosło odwołanie na w/w czynność z 07.04.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 14.04.2017 r. (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust.1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, poprzez 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 poprzez:

a) uznanie, że koperty G6/C5 złożone wraz z ofertą przez T.K. Sp. z o.o. przeszły pozytywny wynik testu i spełniają wymagania jakościowe postawione przez Zamawiającego wskazane w pkt 2.3.3. i 2.3.8 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”,

b) sporządzenie nierzetelnego protokołu z przeprowadzonego w dniu 07.04.2017 r. testu 6 000 kopert C6/C5 złożonych wraz z ofertą przez T.K. Sp. z o.o. poprzez wpisanie, że wynik testu jest pozytywny, „nastąpiły dwa zacięcia kopertownicy z winy kopert (próbki T. Sp. z o.o.)” gdy faktycznie nastąpiły trzy zacięcia kopertownicy z winy kopert dostarczonych przez T.K. Sp. z o.o. - na wyświetlaczu kopertownicy został wyświetlony komunikat wskazujący na błąd/wadę klapki koperty: „FLAP KOPERTY”

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia ofert T.K. Sp.

z o.o. z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ w postępowaniu, wskazanym w pkt. 2.3.3 i 2.3.8, tj. wystąpieniu trzech zacięć kopert w czasie testu przeprowadzonego przez Zamawiającego w dniu 07.04.2017 r. Wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w wyroku KIO,
2. nakazanie Zamawiającemu zmianę treści protokołu z przeprowadzonego w dniu 07.04.2017 r. testu 6 000 kopert C6/C5 złożonych wraz z ofertą przez T.K. Sp. z o.o. poprzez zastąpienie treści wyniku testu „*Wynik testu pozytywny. Nastąpiły dwa zacięcia kopertownicy z winy Kopert (próbki T. Sp. z o.o.)*” na treść „*Wynik testu negatywny. Nastąpiły trzy zacięcia kopertownicy z winy Kopert (próbki T. Sp. z o.o.)*”
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty T.K. Sp. z o.o. z powodu niezgodności jej z wymogami SIWZ, w której zaoferowane koperty nie przeszły pozytywnego testu wskazanego w pkt. 2.3.3 i 2.3.8 SIWZ - tj. wystąpieniu trzech zacięć kopert w czasie testu przeprowadzonego przez Zamawiającego w dniu 07.04.2017 r.
4. przeprowadzenie rozprawy,
5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w niniejszym odwołaniu na okoliczności tam wskazane,
6. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań nw. świadków:
  - a) I.G., A.B., M.K., B.D. - pracowników Zamawiającego, wezwania na adres do doręczeń dla Zamawiającego - na okoliczność wystąpienie podczas przeprowadzenia w dniu 07.04.2017 r. testu 6 000 kopert C6/C5 złożonych wraz z ofertą przez T.K. Sp. z o.o. w postępowaniu trzech zacięć kopertownicy z winy kopert, wyświetleniu się na wyświetlaczu maszyny pakującej (kopertownicy) przy trzecim zacięciu komunikatu o treści „FLAP KOPERTY” wskazującego na błąd/wadę klapki koperty, zgłaszaniu przez przedstawiciela Odwołującego, obecnego podczas przeprowadzania testu kopert, zastrzeżeń co do ustalenia przedstawicieli Zamawiającego przeprowadzających ww. test kopert, że przyczyną trzeciego zacięcia kopert nie jest wina koperty, gdy przyczyna taka została wskazań na wyświetlaczu maszyny pakującej;
  - b) Z.K. - przedstawiciela Odwołującego, obecnego przy przeprowadzaniu testu kopert T.K. sp. z o.o. w dniu 07.04.2017 r. - na okoliczność wystąpienia podczas przeprowadzenia w dniu 07.04.2017 r. testu 6 000 kopert C6/C5 złożonych wraz z ofertą przez T.K. Sp. z o.o. w postępowaniu trzech zacięć kopertownicy z winy kopert, wyświetleniu się na wyświetlaczu maszyny pakującej (kopertownicy) przy trzecim zacięciu komunikatu o treści „FLAP KOPERTY” wskazującego na błąd/wadę klapki koperty, zgłaszaniu przez przedstawiciela Odwołującego obecnego podczas przeprowadzania testu kopert, zastrzeżeń co do ustalenia przedstawicieli Zamawiającego przeprowadzających ww. test kopert, że przyczyną trzeciego zacięcia kopert nie jest wina koperty, gdy przyczyna taka została wskazań na wyświetlaczu

maszyny pakującej;

7. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu ze zdjęć będących w dyspozycji Zamawiającego: a) zdjęcia panelu sterującego maszyny pakującej (kopertownicy) z wyświetlonym komunikatem „*FLAP KOPERTY*” wskazującym na błąd/wadę klapki koperty, wykonanego przez Zamawiającego w dniu 07.04.2017 r. w trakcie przeprowadzania testu 6 000 kopert C6/C5 złożonych wraz z ofertą przez T.K. Sp. z o.o. - na okoliczność wyświetlenia się na wyświetlaczu maszyny pakującej (kopertownicy) przy trzecim zacięciu kopert komunikatu o treści „*FLAP KOPERTY*” informującego, że przyczyną zacięcia jest wada klapki koperty,

b) zdjęcia koperty zaciętej w maszynie pakującej (kopertownicy), wykonanego przez Zamawiającego w dniu 07.04.2017 r. w trakcie przeprowadzania testu 6 000 kopert C6/C5 złożonych wraz z ofertą przez T.K. Sp. z o.o. - na okoliczność zacięcia się koperty w maszynie pakującej (kopertownicy) na wyświetlaczu której pojawił się komunikat o treści „*FLAP KOPERTY*” informującego, że przyczyną zacięcia jest wada klapki koperty,

8. zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia oryginałów dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, w tym m.in. protokołu z przeprowadzonego w dniu 07.04.2017 r. testu 6 000 kopert C6/C5 złożonych wraz z ofertą przez T.K. Sp. z o.o., wykonanych podczas ww. testu zdjęć wyświetlacza maszyny pakującej (kopertownicy), zaciętej w maszynie pakującej koperty oraz dowodu z wadliwej koperty (trzecie zacięcie),

9. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania wg norm przepisanych.

Zamawiający dopuścił w pkt. 2.1.2 SIWZ składanie ofert częściowych, tj. w części A - obejmującej zakup i dostawę kopert dwuokienkowych w formacie C6/C5 z nadrukiem, w ilości 18 000 000 sztuk oraz w części B - obejmującej zakup i dostawę papieru zwojowego z poddrukiem, w ilości 205 000 kg. Odwołujący złożył w dniu 29.03.2017 r. ofertę w części A obejmującej zakup i dostawę kopert dwuokienkowych w formacie C6/C5 z nadrukiem, w ilości 18 000 000 sztuk określając w ofercie jej wartość na kwotę 687 600,00 zł netto plus 23% podatku Vat, tj. łącznie 845 748,00 zł brutto. Zgodnie z pkt. 7.2 SIWZ jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu jest cena oferty brutto za realizację zamówienia. Zgodnie z pkt. 2.3. SIWZ Zamawiający przeprowadził testy jakościowe dotyczące złożonych ofert na zakup i dostawę kopert dwuokienkowych w formacie C6/C5 z nadrukiem, w ilości 18 000 000 sztuk. Zamawiający, zgodnie z pkt. 2.3 SIWZ przeprowadził w dniu 07.04.2017 r. testy jakościowe po 6 000 kopert złożonych wraz z ofertami przez Odwołującego i T.K. Sp. z o.o. Z przeprowadzonych ww. testów w dniu 07.04.2017 r. zostały sporządzone 2 protokoły, zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 1a do SIWZ, w tym protokół protokołu z przeprowadzonego w dniu 07.04.2017 r. testu 6 000 kopert C6/C5 złożonych wraz z ofertą przez T.K. Sp. z o.o. zawierający nierzetelne ustalenie, że wynik

testu jest pozytywny, „*nastąpiły dwa zacięcia kopertownicy z winy kopert (próbki T. Sp. z o.o.)*” gdy faktycznie nastąpiły trzy zacięcia kopertownicy z winy kopert dostarczonych przez T.K. Sp. z o.o. - na wyświetlaczu kopertownicy został wyświetlony komunikat wskazujący na błąd/wadę klapki koperty: „*FLAP KOPERTY*”. Zgodnie z pkt. 2.3.8 SIWZ, trzy zacięcia kopert w czasie testu będą stanowić o negatywnym wyniku testów, co spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający po przeprowadzeniu w dniu 07.04.2017 r. testu 6 000 kopert C6/C5 złożonych wraz z ofertą przez T.K. Sp. z o.o., w trakcie którego wystąpiły trzy zacięcia kopert w urządzeniu pakującym (kopertownicy) z winy kopert, trzecie zacięcie zostało potwierdzone wyświetlonym na wyświetlaczu kopertownicy komunikatu o treści „*FLAP KOPERTY*” informującego, że przyczyną zacięcia jest wada klapki koperty, sporządził protokół zawierający nierzetelne stwierdzenia, że wynik testu jest pozytywny, „*nastąpiły dwa zacięcia kopertownicy z winy kopert (próbki T. Sp. z o.o.)*”. Zamawiający nie odrzucił oferty T.K. Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, pomimo gdy faktycznie w trakcie testu 6 000 kopert złożonych przez ww. oferenta przeprowadzonego w dniu 07.04.2017 r. wystąpiły 3 zacięcia kopert w maszynie kopertującej, tj. wystąpiła przesłanka nakazująca odrzucenie tej oferty, wskazana przez Zamawiającego w pkt. 2.3.8. SIWZ.

Zamawiający w dniu 18.04.2017 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenia przystąpienia nie miały miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp. W przedmiotowym stanie faktycznym odwołanie na sporządzenie (treść) protokołów z testów jakościowych niewątpliwie przysługiwała Odwołującemu, w szczególności wobec określonych przewidzianych postanowieniami SIWZ skutków w wypadku zaistnienia trzech zaciec z winy koperty. W wypadku zaskarżenia protokołów po wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący narażał się na odrzucenie odwołania jako spóźnionego, tj. złożonego po

terminie. Podobnie przykładowo w wypadku braku zaskarżenia wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, załącznika nr 1a do SIWZ /wzoru protokołu z przeprowadzonych testów – część A/, informacji z otwarcia ofert z 31.03.2017 r., notatki z posiedzenia Komisji Przetargowej z 04.04.2017 r., zaproszeń na testy jakościowe kopert skierowanych do T.K. Sp. z o.o. oraz do Odwołującego, notatki z posiedzenia Komisji Przetargowej z 07.04.2017 r., protokołów z przeprowadzonych testów – część A kopert złożonych przez T.K. Sp. z o.o. oraz do Odwołującego.

W poczet materiału dowodowego zaliczono również złożone przez Zamawiającego na wniosek przewodniczącego:

- oryginalnych zdjęć będących w dyspozycji Zamawiającego, tzn.:
  - a) zdjęć panelu sterującego maszyny pakującej (kopertownicy) z wyświetlonym komunikatem „FLAP KOPERTY” wskazującym na błąd/wadę klapki koperty, wykonanego przez Zamawiającego w dniu 07.04.2017 r. w trakcie przeprowadzania testu 6 000 kopert C6/C5 złożonych wraz z ofertą przez T.K. Sp. z o.o.,
  - b) zdjęć koperty zaciętej w maszynie pakującej (kopertownicy), wykonanego przez Zamawiającego w dniu 07.04.2017 r. w trakcie przeprowadzania testu 6 000 kopert C6/C5 złożonych wraz z ofertą przez T.K. Sp. z o.o.,

Izba przeprowadziła dowód z przedłożonych na rozprawie oryginalnych zdjęć będących w dyspozycji Zamawiającego. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego do protokołu złożone zdjęcia stanowiły dokumentację fotograficzną z zacięć z winy koperty. Oświadczył również do protokołu, że pierwsze zacięcie było zatrzymaniem i nie miało miejsca z winy koperty. Stwierdził, że w przedłożonych dowodach nie ma tego zdjęcia. Oświadczył dodatkowo, że nie dysponuje zdjęciem z pierwszego zatrzymania.

Nadto, w poczet materiału dowodowego zaliczono również złożone na rozprawie przez Zamawiającego na wniosek przewodniczącego: oryginały dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, w tym m.in. protokołów z przeprowadzonych w dniu 07.04.2017 r. testu 6 000 kopert C6/C5 złożonych wraz z ofertą przez T.K. Sp. z o.o. oraz przez Odwołującego oraz zaproszeń na testy.

Izba na podstawie art.190 ust. 3 Pzp dopuściła i przeprowadziła dowód z zeznań nw. świadków:

- a) A.B., B.D., M.K. - pracowników Zamawiającego - na okoliczność wystąpienie podczas

przeprowadzenia w dniu 07.04.2017 r. testu 6 000 kopert C6/C5 złożonych wraz z ofertą przez T.K. Sp. z o.o. w postępowaniu trzech zacięć kopertownicy z winy kopert, wyświetleniu się na wyświetlaczu maszyny pakującej (kopertownicy) przy trzecim zacięciu komunikatu o treści „FLAP KOPERTY” wskazującego na błąd/wadę klapki koperty, zgłoszeniu przez przedstawiciela Odwołującego, obecnego podczas przeprowadzania testu kopert, zastrzeżeń co do ustalenia przedstawicieli Zamawiającego przeprowadzających ww. test kopert, że przyczyną trzeciego zacięcia kopert nie jest wina koperty gdy przyczyna taka została wskazań na wyświetlaczu maszyny pakującej;

b) Z.K. - przedstawiciela Odwołującego - na okoliczność wystąpienia podczas przeprowadzenia w dniu 07.04.2017 r. testu 6 000 kopert C6/C5 złożonych wraz z ofertą przez T.K. Sp. z o.o. w postępowaniu trzech zacięć kopertownicy z winy kopert, wyświetleniu się na wyświetlaczu maszyny pakującej (kopertownicy) przy trzecim zacięciu komunikatu o treści „FLAP KOPERTY” wskazującego na błąd/wadę klapki koperty, zgłoszeniu przez przedstawiciela Odwołującego obecnego podczas przeprowadzania testu kopert, zastrzeżeń co do ustalenia przedstawicieli Zamawiającego przeprowadzających ww. test kopert, że przyczyną trzeciego zacięcia kopert nie jest wina koperty, gdy przyczyna taka została wskazań na wyświetlaczu maszyny pakującej.

Odnośnie osoby p. I.G., Izba z uwagi na stan zdrowia niniejszej osoby i okoliczności wynikające z przesłanej przed wyznaczonym terminem rozprawy informacji z 20.04.2017 r. zwolniła niniejszą osobę z obowiązku stawiennictwa i występowania w charakterze świadka.

Izba w zakresie niniejszego dowodu wskazuje, iż wyłączenie dowodu ze świadków ponad lub przeciwko osnowie dokumentu dotyczy jedynie zawartych w dokumencie oświadczeń woli. Przy czym, w przedmiotowym stanie faktycznym pomiędzy spierającymi się strona sporna była jedynie treść dokumentów (protokołu) dotycząca wyłącznie opisu stanu faktycznego, czyli zawierającego jedynie oświadczenie wiedzy (dokument sprawozdawczy), które z wykorzystaniem dowodu z zeznań świadków może być bez przeszkód korygowany ponad lub przeciwko treści takiego dokumentu (tak wprost m. in. K. K., *Wokół sporu o ograniczenie dowodowe przeciwko i ponad osnowę dokumentu (próba podsumowania)*, w: Księga pamięci ku czci W. B., Ł. 1998, s. 163 i nast. oraz H. M., *Ograniczenia dowodowe przeciwko osnowie lub ponad osnowę dokumentu a postulat wykrycia prawdy w procesie cywilnym*, NP., 1961, nr 3, s. 352).

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o zmianę dowodu z przesłuchania świadków – pracowników Zamawiającego – na dowód z przesłuchania jednej strony – tylko w odniesieniu do pracowników Zamawiającego, uznając że przeprowadzenie dowodu z przesłuchania



jednej strony a nie obu, stanowi wyjątek od zasady (art. 302 KC), gdy z przyczyn natury faktycznej lub prawnej przesłuchać można co do okoliczności spornych jedną tylko stronę. Taka sytuacja ma miejsce np. gdy jedna ze stron odmawia zeznań, przebywa za granicą i nie stawia się w sądzie lub po prostu nie ma wiedzy o okolicznościach faktycznych sprawy. W okolicznościach przedmiotowej sprawy w ocenie Izby takie okoliczności nie zachodziły, a wobec stawiennictwa wszystkich wezwanych świadków, Izba podtrzymał swoje pierwotne postanowienie w tym zakresie wydane na posiedzeniu niejawnym w dniu 20.04.2017 r.

Izba na podstawie art. 190 ust. 6 Pzp oddaliła wniosek o przeprowadzenie dowodu zaciętej w maszynie pakującej koperty oraz dowodu z wadliwej koperty (trzecie zacięcie) znajdująca się według oświadczenia Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie w aktach postępowania (nie została złożona w przesłanej do Izby w kopii dokumentacji), uznając że zgromadzony materiał dowodowy jest wystarczający i pozwala na wydanie orzeczenia w przedmiotowej sprawie, a w konsekwencji niniejszy dowód został powołany dla zwłoki. Należy wskazać, że świadkowie, jak i sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie kwestionowali istnienia niniejszej koperty, jak i samego faktu zaistnienia nieodnotowanego w protokole zatrzymania. Jednakże biorąc pod uwagę zeznania świadków, protokołu z testów a zwłaszcza protokół z zakwestionowanych testów kopert C6/C5 złożonych wraz z ofertą przez T.K. Sp. z o.o. - dowód z nich nie wniósłby nic ponad to, co wynika z dotychczas zgromadzonego materiału dowodowego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie, odpowiedź na odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 7 ust.1 i 2 Pzp, poprzez 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 poprzez:

a) uznanie, że koperty G6/C5 złożone wraz z ofertą przez T.K. Sp. z o.o. przeszły pozytywny wynik testu i spełniają wymagania jakościowe postawione przez Zamawiającego wskazane w pkt 2.3.3. i 2.3.8 SIWZ,

b) sporządzenie nierzetelnego protokołu z przeprowadzonego w dniu 07.04.2017 r. testu 6 000 kopert C6/C5 złożonych wraz z ofertą przez T.K. Sp. z o.o. poprzez wpisanie, że wynik testu jest pozytywny, „*nastąpiły dwa zacięcia kopertownicy z winy kopert (próbki T. Sp. z o.o.)*” gdy faktycznie nastąpiły trzy zacięcia kopertownicy z winy kopert dostarczonych przez T.K. Sp. z o.o. - na wyświetlaczu kopertownicy został wyświetlony komunikat wskazujący na błąd/wadę klapki koperty: „*FLAP KOPERTY*”

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia ofert T.K. Sp. z o.o. z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ w postępowaniu, wskazanym w pkt. 2.3.3 i 2.3.8, tj. wystąpieniu trzech zacięć kopert w czasie testu przeprowadzonego przez Zamawiającego w dniu 07.04.2017 r.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, jak i ze złożonych zeznań oraz protokołów z przeprowadzonych testów. W tym zakresie, Izba wskazuje na przywołane w treści w/w pism okoliczności. Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania kolejnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W zakresie pierwszego zarzutu, Izba uznała, że w/w podlega oddaleniu.

Przeprowadzony dowód z zeznań świadków potwierdził, że podczas testów w dniu 07.04.2017 r. miały miejsca trzy zatrzymania, przy czym świadek ze strony Odwołującego różnił się w ocenie charakteru tzw. pierwszego zatrzymania względem świadków uczestników testów ze strony Zamawiającego. Jednocześnie, Izba wzięła pod uwagę, że zgodnie z postanowieniami SIWZ – pkt 2.3.3 – testy miały polegać m.in. na sprawdzeniu, czy koperty nie powodują zacięć urządzenia kooperującego Kern 3500. Nadto, wg. pkt 2.3.8 SIWZ - trzy zacięcia kopert w czasie testu miały stanowić o negatywnym wyniku testów, i spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Z przeprowadzonych testów miał być sporządzony protokół zgodnie z załączonym wzorem – zał. Nr 1 a do SIWZ. W testach mogli uczestniczyć przedstawiciele Wykonawców. Zgodnie z załącznikiem nr 1a do SIWZ znajdowało się w jego treści miejsce, w którym należało odnotować wynik testy pozytywny/negatywny. Można było także odnotować inne uwagi. Protokół dotyczący testów kopert dostarczonych przez T.K. Sp. z o.o. określa wynik testów jako pozytywny stwierdza,

że miały miejsca dwa zacięcia kopertownicy z winy kopert. W innych uwagach stwierdza się z kolei, że: „W załączeniu próbki kopert (2 szt.) oraz zdjęcia wykonane przez P. A.B. (Przewodn. Komisji).” Protokół zawiera podpisy, jako uczestników testów kopert dostarczonych przez T.K. Sp. z o.o., tak przedstawicieli Zamawiającego, jak i firmy T.K. Sp. z o.o. / u góry protokołu/. Po wynikach testów i uwagach znajdują się ponownie ich podpisy. Nadto, na końcu protokołu znajdują się odręczne adnotacje tak przedstawiciela firmy T.K. Sp. z o.o. oraz Odwołującego, osoby która zeznawała – w obu wypadkach – „Nie wnoszę uwag do przeprowadzonych testów” oraz ich podpisy. Wynika więc z treści protokołu, że został on podpisany tak przez przedstawiciela Zamawiającego, jak i obu Wykonawców. Podobnie wynika z nich, że przedstawiciele obu Wykonawców uczestniczyli w samych testach kopert dostarczonych przez T.K. Sp. z o.o.

Izba podkreśla, że z zeznań świadków ze strony Zamawiającego, jak i sam Zamawiający nie przeczyli temu, że miało miejsce inne zatrzymanie, tzw. pierwsze w kolejności, uznali jednakże, że nie dotyczyło ono kopert (nie było z winy koperty) i z uwagi na przywołane powyżej postanowienia SIWZ nie było obowiązku odnotowania ich w protokole. Zgodnie ze wzorem istniał wymóg odnotowania, czy wynik testu był pozytywny, czy negatywny z uwagi na zastrzeżenie, że w wypadku trzech zacięć kopert w czasie testu oferta miała zostać odrzucona. Jednocześnie złożone zeznania świadków potwierdzają, że przedstawiciel Odwołującego zgłaszał pewne uwagi, odnośnie owego nie ujętego w protokole zatrzymania, ale ostatecznie nie wnosił o ich odnotowanie w protokole z testów. Przedstawiciele Zamawiającego uznali nawet, że od nich odstąpił, skoro podpisał protokół stwierdzając, że nie zgłasza zastrzeżeń do przeprowadzonych testów. Izba nie dała wiary zeznaniom świadka przedstawiciela Odwołującego, który stwierdził, że takie uwagi sporządził dopiero w notatce służbowej po powrocie do firmy. Powyższa okoliczność nie została nawet uwiarygodniona przedmiotową notatką.

Należy także podkreślić, że stanowisko Odwołującego z rozprawy, jak i zeznania świadka, że co prawda podpisał protokół z testów, ale jego oświadczenie tam zawarte należy rozumieć w sposób zawężający /jedynie do samej procedury przeprowadzenia testów/, jest w ocenie Izby niedopuszczalne. Odwołujący, jak i świadek znali postanowienia SIWZ w zakresie trzech zacięć i skutkach jakie wywołuje. Jeżeli przyjąć, że mimo wątpliwości świadek nie ujął ich w protokole, a następnie sporządził własną notatkę w siedzibie firmy, świadczy to o braku profesjonalizmu z jego strony. Jeśli bowiem wykazywał wątpliwości, a następnie nie zgłaszał ich do protokołu, to Zamawiający miał wyraźną podstawę do uznania, że świadczy to o tym, że Odwołujący odstąpił od nich i uznał, że owe trzecie zatrzymanie nie stanowi trzeciego zacięcia kopert. Izba wskazuje, że należy przychylić się do stanowiska Zamawiającego, że nie po to przedstawiciele Wykonawcy uczestniczą w testach,

aby ich uczestnictwo miało charakter bierny. Niewątpliwie także, każdy kto przyjechał, uczestniczył w testach i podpisuje z nich protokół winien zapoznać się z jego treścią. Jednocześnie winien dać wyraz swoim wątpliwościom, jeśli takowe z jego strony mają miejsce, w szczególności dotyczy to kluczowych kwestii dla oceny złożonych ofert, które mogą skutkować ich odrzuceniem.

W konsekwencji Izba uznała, że brak jest podstaw do korekty protokołu z testów jakościowych T.K. Sp. z o.o., gdyż protokół zawiera treść na którą przystali wszyscy uczestnicy testów, w tym także uczestniczący w nich świadek ze strony Odwołującego. Brak jest jakichkolwiek wiarygodnych dowodów na potwierdzenie, że owe trzecie zatrzymanie (będące pierwszym w kolejności) było spowodowane błędem koperty. Nadto, zmiana stanowiska Odwołującego względem tego na co przystał poprzez swojego przedstawiciela przy sporządzaniu protokołu może budzić wątpliwości, czy nie jest podyktowane strategią procesową. W konsekwencji Izba nie może dać wiary zeznaniom w tym zakresie świadka ze strony Odwołującego. Należy także zauważyć, że na skutek dokonanych podczas testów ustaleń oraz ostatecznemu stanowisko przedstawiciela Odwołującego przy sporządzaniu protokołu, Zamawiający nie zachował dokumentacji fotograficznej z owego trzeciego zatrzymania. Uznano bowiem, co zaakceptował też w tym zakresie Odwołujący, że nie miało ono cech zacięcia z winy koperty, a tylko takie obowiązkowo były odnotowywane z racji konsekwencji w protokole. Zgodnie zaś z zeznaniami świadków zachowana koperta z owego zatrzymania de facto nie zawierała cech zewnętrznych pozwalających na stwierdzenie, że owe zatrzymanie miało miejsce z jej winy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie drugiego zarzutu, Izba uznała że podlega on oddaleniu.

W tym zakresie, Izba uznała, że niniejszy zarzut jest przedwczesny, gdyż ocena oferty T.K. Sp. z o.o., nie została jeszcze zakończona. W konsekwencji, na tym etapie postępowania przetargowego przedmiotowy zarzut jest niewątpliwie przedwczesny.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Nie została jeszcze zakończona. W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący:**

.....