**Sygn. akt: KIO 4511/24**

**WYROK**

Warszawa, dnia 20 grudnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

Przewodnicząca:Monika Banaszkiewicz
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2024 r. przez wykonawcę Altium International Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawiew postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Instytut Katalizy i Fizykochemii Powierzchni im. J.H. Polskiej Akademii Nauk w Krakowie

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 26 listopada 2024 r., unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Instytut Katalizy i Fizykochemii Powierzchni im. J.H. Polskiej Akademii Nauk w Krakowie i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Altium International Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania i kwotę 2 460 zł 00 gr (dwa tysiące czterysta sześćdziesiąt złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Altium International Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
   2.2 zasądza od zamawiającego Instytutu Katalizy i Fizykochemii Powierzchni im. J.H. Polskiej Akademii Nauk w Krakowie na rzecz wykonawcy Altium International Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 9 960 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……..

**Sygn. akt: KIO 4511/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający Instytut Katalizy i Fizykochemii Powierzchni im. J.H. Polskiej Akademii Nauk w Krakowie(dalej: „Zamawiający"), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa chromatografu cieczowego UHPLC wraz z detektorem MS dla IKiFP PAN" (znak KAT-271-6/2024). Wartość zamówienia jest niższa, niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 13 listopada 2024 r. pod nr 2024/BZP 00591052/01

2 grudnia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca Altium International Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący").

Odwołanie złożono wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako sporządzonej w sposób niezgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez Zamawiającego z uwagi na wprowadzenie w Formularzu ofertowym po ostatnim podpisaniu niepodpisanych zmian, bez uprzedniego wezwania

Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, podczas gdy w Formularzu ofertowym po ostatnim podpisaniu nie wprowadzono zmian, czego konsekwencją był nieprawidłowy wybór oferty wykonawcy „SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E. Borzymowska-Reszka, A. Reszka Sp. j. jako najkorzystniejszej w postępowaniu.
Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru oferty wykonawcy „SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E. Borzymowska-Reszka, A. Reszka Sp. j. jako najkorzystniejszej;
2.przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
3.wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
4 . zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura).
Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp. Zamawiający przekazał Odwołującemu powiadomienie o wyniku postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego dnia 26 listopada 2024 r. zatem termin na wniesienie odwołania upłynął dnia 2 grudnia 2024 r., w związku z czym odwołanie zostało wniesione w terminie.
Wpis od odwołania w kwocie 7 500,00 złotych (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.
W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający bezzasadnie odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Oferta jak wskazał Odwołujący została sporządzona w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez Zamawiającego. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego jak zaważył Odwołujący w jego Formularzu ofertowym nie wprowadzono zmian po ostatnim podpisaniu. Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający nie wyjaśnił szczegółowo dlaczego uznał, iż w Formularzu ofertowym po ostatnim podpisaniu wprowadzono niepodpisane zmiany. Odwołujący domniemywał, iż Zamawiający w tym zakresie oparł się na komunikatach wyświetlanych przez program Adobe Acrobat Reader DC, do którego stosowania Zamawiający odsyła w pkt 12.7 SWZ. Jednak komunikaty te wprowadziły według Odwołującego Zamawiającego w błąd co do tego, iż w Formularzu ofertowym po ostatnim podpisaniu wprowadzono niepodpisane zmian. Zamawiający jednocześnie w ocenie Odwołującego nie wykorzystał wszystkich funkcjonalności ww. programu, które umożliwiały mu ustalenie treści Formularza ofertowego podpisanej przez Odwołującego. W rzeczywistości jak wskazał Odwołujący w Formularzu ofertowym po ostatnim podpisaniu nie wprowadzono zmian. Na potwierdzenie przedłożył on raport z weryfikacji Formularza ofertowego (pliku pn. „Ocds-148610-24cea0c8-b5dl-4a6d-802a-bcf0f0aae26e_0ferta_l.pdf") przeprowadzonej za pomocą narzędzia Digital Signature Service - DSS udostępnianego przez Komisję Europejską. Z raportu wynika, iż podpis złożony na Formularzu ofertowym przez przedstawiciela Odwołującego K.S. jest prawidłowy oraz obejmuje pełen zakres danych objętych dokumentem. Znajduje to jak zauważył Odwołujący potwierdzenie w wierszu „Signature scope" (tłumaczenie na język polski „Zakres podpisu"), w którym wskazano, iż podpis obejmuje wszystkie dane objęte badanym dokumentem „Fuli PDF (FULL). Odwołujący wskazał, że gdyby w dokumencie Formularza ofertowego wprowadzono zmiany po jego ostatnim podpisaniu (jak wywodzi Zamawiający), to wówczas zmiany takie zostałyby ujawnione w raporcie z weryfikacji przeprowadzonej za pomocą narzędzia Digital Signature Service - DSS.
Zamawiający według Odwołującego nie zachował należytej staranności przy weryfikacji poprawności sporządzenia Formularza ofertowego przez Odwołującego. Oparł się w tym zakresie prawdopodobnie na komunikatach programu Adobe Acrobat Reader DC. Jednak komunikaty te wprowadziły Zamawiającego w błąd co do tego, iż w Formularzu ofertowym po ostatnim podpisaniu wprowadzono niepodpisane zmiany. Odwołujący dodał, że Zamawiający posługując się programem Adobe Acrobat Reader DC miał możliwość ustalenia treści Formularza ofertowego, która jest objętą podpisem przedstawiciela Odwołującego K.S.. Po otwarciu Formularza ofertowego (pliku pn. „ocds-148610-24cea0c8-b5dl-4a6d-802a- bcfOfOaae26e_Oferta_l.pdf") w programie Adobe Acrobat Reader DC Zamawiający miał możliwość uzyskania informacji o szczegółach podpisu z datą sprawdzenia oraz skorzystania z funkcjonalności „kliknij aby wyświetlić tą wersję". Po wybraniu tej funkcjonalności Zamawiający uzyskałby podgląd Formularza ofertowego podpisanego przez przedstawiciela Odwołującego K.S.. Program Adobe Acrobat Reader DC wyświetla wówczas komunikat: „Aktualnie wyświetlana jest podpisana wersja. Wszystkie funkcje edycyjne i interaktywne są wyłączone. [...]". Wówczas Zamawiający mógłby ustalić treść Formularza ofertowego w zakresie, w jakim został on podpisany przez przedstawiciela Odwołującego.
Uzasadniając posiadanie interesu we wniesieniu środka odwoławczego Odwołujący wskazał, że gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził proces badania i oceny ofert uznałby, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu. Wówczas Odwołujący zachowałby szanse na uzyskanie zamówienia, bowiem złożona przez niego oferta w świetle

całokształtu ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert jest najkorzystniejsza. Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego utracił on możliwość prawidłowego wykonania zamówienia, uzyskania zysku ekonomicznego oraz potwierdzeń prawidłowego wykonania zamówienia.
W dniu 12 grudnia 2024 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosił o wnosił o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.
Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:
Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.
Izba ustaliła, że wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutów odwołania Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ jego oferta uplasuje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert.
Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, ani po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie nie zgłosił żaden wykonawca.
Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego w dniu 12 grudnia 2024 r. wraz z załącznikami oraz pisma procesowego Odwołującego z dnia 16 grudnia 2024 r. wraz z załącznikami.
Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie w całości należało uwzględnić.
W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa chromatografu cieczowego UHPLC wraz z detektorem MS dla IKiFP PAN".
W postępowaniu w wyznaczonym terminie oferty złożyło dwóch wykonawców, w tym Odwołujący.
Zgodnie z pkt 12.5-12.9 SWZ:
„12.5. Wykonawca przygotowuje ofertę przy pomocy interaktywnego „Formularza ofertowego" udostępnionego przez Zamawiającego na Platformie e-Zamówienia i zamieszczonego w podglądzie postępowania w zakładce „Informacje podstawowe".
12.6. Zalogowany Wykonawca używając przycisku „Wypełnij" widocznego pod „Formularzem ofertowym" zobowiązany jest do zweryfikowania poprawności danych automatycznie pobranych przez system z jego konta i uzupełnienia pozostałych informacji dotyczących Wykonawcy/Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.
12.7. Następnie Wykonawca powinien pobrać „Formularz ofertowy", zapisać go na dysku komputera użytkownika, uzupełnić pozostałymi danymi wymaganymi przez Zamawiającego i ponownie zapisać na dysku komputera użytkownika oraz podpisać odpowiednim rodzajem podpisu elektronicznego, zgodnie z pkt. 12.11.
Uwaga! Nie należy zmieniać nazwy pliku nadanej przez Platformę e-Zamówienia. Zapisany „Formularz ofertowy" należy zawsze otwierać w programie Adobe Acrobat Reader DC.
12.8. Wykonawca składa ofertę za pośrednictwem zakładki „Oferty/wnioski", widocznej w podglądzie postępowania po zalogowaniu się na konto Wykonawcy. Po wybraniu przycisku „Złóż ofertę" system prezentuje okno składania oferty umożliwiające przekazanie dokumentów elektronicznych, w którym znajdują się dwa pola drag&drop („przeciągnij" i „upuść") służące do dodawania plików.
12.9. Wykonawca dodaje wybrany z dysku i uprzednio podpisany „Formularz oferty" w pierwszym polu („Wypełniony formularz oferty"). W kolejnym polu („Załączniki i inne dokumenty przedstawione w ofercie przez Wykonawcę") Wykonawca dodaje pozostałe pliki stanowiące ofertę lub składane wraz z ofertą."
26 listopada 2024 r. Zamawiający wysłał do wykonawców powiadomienie o wyniku postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego.
W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający zawarł następującą informację:
„Oferta nie została sporządzona w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez Zamawiającego.
Uchybienia:
W formularzu ofertowym po ostatnim podpisaniu wprowadzono niepodpisane zmiany."
Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając odwołanie.
Rozpoznanie sprawy przez Izbę dotyczyło tego, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako sporządzonej w sposób niezgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez Zamawiającego z uwagi na wprowadzenie w Formularzu ofertowym po ostatnim podpisaniu niepodpisanych zmian, bez uprzedniego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, podczas gdy w Formularzu

ofertowym po ostatnim podpisaniu nie wprowadzono zmian, czego konsekwencją był nieprawidłowy wybór oferty wykonawcy „SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E. Borzymowska-Reszka, A. Reszka Sp. j. jako najkorzystniejszej postępowaniu.
W pierwszej kolejności należy wskazać, że:
Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp:
„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
(…)
6) nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego;"
Zamawiający w powiadomieniu o wyniku postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 26 listopada 2024 r. wskazał podstawę prawną dokonanego odrzucenia, zaś w stwierdzonych uchybieniach podał, że „W formularzu ofertowym po ostatnim podpisaniu wprowadzono niepodpisane zmiany." Jak słusznie zauważył w uzasadnieniu faktycznym Odwołujący, Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego uznał, że w Formularzu ofertowym po ostatnim podpisaniu wprowadzono zmiany. Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie zacytował pkt 12.7 SWZ, zgodnie z którym:
„12.7. Następnie Wykonawca powinien pobrać „Formularz ofertowy", zapisać go na dysku komputera użytkownika, uzupełnić pozostałymi danymi wymaganymi przez Zamawiającego i ponownie zapisać na dysku komputera użytkownika oraz podpisać odpowiednim rodzajem podpisu elektronicznego, zgodnie z pkt. 12.11.
Uwaga! Nie należy zmieniać nazwy pliku nadanej przez Platformę e-Zamówienia. Zapisany „Formularz ofertowy" należy zawsze otwierać w programie Adobe Acrobat Reader DC."
Nazwa pliku zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Odwołującego podczas rozprawy nie została zmieniona, przez Odwołującego, czemu podczas rozprawy nie zaprzeczył również Zamawiający. Zamawiający zarówno w odpowiedzi na odwołanie, jak i podczas rozprawy wskazał, że swoją decyzję oparł na wyniku uzyskanym w jedynym z czterech programów pozwalających na weryfikację składanych w postępowaniu dokumentów tj. Adobe Acrobat Reader DC. W programie tym Zamawiający wskazał, że uzyskał komunikat o tym, że wszystkie podpisy są poprawne, ale po ostatnim podpisaniu wprowadzono niepodpisane zmiany. W komunikacie wskazano na pola formularza ze zmianami właściwości. Nie wskazano jednak, na czym te zmiany właściwości miałyby polegać. Jak wskazał pełnomocnik Odwołującego wykazane zmiany mogły polegać np. na zmianie czcionki czy stylu, która dokonuje się automatycznie w sytuacji, gdy podmiot wprowadzający dane ma zainstalowaną na komputerze inną wersję programu, aniżeli osoba dokonująca sprawdzenia. Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska Zamawiającego, że uzyskanie negatywnej weryfikacji choćby w jednym weryfikatorze musi skutkować odrzuceniem dokumentu, jako niespełniającego wymagań przepisów w tym zakresie. Podczas rozprawy Zamawiający wskazał, że nie dokonywał analizy tego, jakie zmiany zostały wprowadzone w formularzu. Istotne w przedmiotowej sprawie jest to, że trzy z programów używanych przez Zamawiającego do weryfikacji dały wynik pozytywny:
DSS Validator: Zakres podpisu (signature scope): pełny PDF (PEŁNY) – Full PDF (FULL),
proCertum Smart Sign: Liczba plików weryfikowanych: 1, Liczba plików zweryfikowanych poprawnie: 1,
Weryfikacjapodpisu.pl: Integralność: Zachowana – podpisane dane nie zostały zmodyfikowane od czasu ich elektronicznego uwierzytelnienia.
Odnosząc się do testu nr 3 zaprezentowanego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie Izba wskazuje, że komunikat uzyskany w teście różni się od komunikatu uzyskanego podczas weryfikacji formularza oferty złożonego przez Odwołującego. W teście wskazano bowiem, że „wypełniono pole formularza" na konkretnej stronie, podczas gdy komunikat dotyczący oferty Odwołującego dotyczył „zmiany właściwości" wskazanych pól na określonych stronach. Zdaniem Izby nie można utożsamiać wypełnienia pola ze zmianą właściwości pola.
Izba wskazuje, że Zamawiający dokonując odrzucenia oferty wykonawcy powinien działać ze szczególną starannością i mieć pewność, że pojęta decyzja jest prawidłowa. W przedmiotowej sprawie Zamawiający poprzestał na jednym komunikacie, podczas gdy trzy inne były odmienne od niego. Odwołujący wraz z pismem procesowym z dnia 16 grudnia 2024 r. przedłożył ekspertyzę wskazującą, że pełna zawartość pliku umieszczonego przez Odwołującego została podpisana. Zamawiający dowodu przeciwnego nie przedstawił, co więcej na zadane pytanie wskazał, że uzyskany przez niego w programie Adobe Acrobat Reader DC komunikat nie był weryfikowany chociażby z wewnętrznymi specjalistami w zakresie informatyki, co może on oznaczać w zestawieniu z wynikami uzyskanymi w pozostałych programach. Nie wiadomo w związku z tym, czy jakiekolwiek zmiany zostały faktycznie naniesione (czy nie były to np. automatyczne zmiany formatu) oraz kiedy miałyby one zostać naniesione (czy przed zamieszczeniem formularza oferty przez Odwołującego czy już po np. przez sam program zmieniając np. format). Podczas przykładowego sprawdzenia przez Strony przed Izbą wskazanego przez Zamawiającego pola zawierającego cenę, żadnych zmian nie dostrzeżono. W dokumentacji postępowania nie ma dokumentu, który wskazywałby na różnice pomiędzy wersją podpisaną a

odczytywaną przez Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, że zarzut wskazany w odwołaniu jest zasadny, a odwołanie zasługiwało na uwzględnienie wobec czego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodnicząca: ……..