

**WYROK**

**z dnia 12 września 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński**

Protokolant:           Patrik Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2023 r. przez Odwołującego **Almax-Dystrybucja spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Panieńszczyźnie**,

w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego – **Szkołę Podstawową nr 1 im. ks. Jana Twardowskiego w Lubartowie**,

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu braku podpisu formularza cenowego w związku z cofnięciem odwołania w przedmiotowym zakresie,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i
  - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego, kwotę w wysokości 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

**Sygn. akt KIO 2540/23**

**Uzasadnienie**

Szkoła Podstawowa nr 1 im. ks. Jana Twardowskiego w Lubartowie, zwany dalej: „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji, którego przedmiotem jest „Zakup i dostawa artykułów żywnościowych do stołówki szkolnej w Szkole Podstawowej nr 1 im. Ks. Jana Twardowskiego w Lubartowie”, (nr referencyjny sprawy: Nr SP1/2023/3), zwane dalej „Postępowaniem”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00348841 w dniu 10.08.2023 r.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest niższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp. W dniu 28 sierpnia 2023 r. wykonawca Almax Dystrybucja Sp. z o.o. z siedzibą w Panieńszczyźnie (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami prawa czynności i zaniechań Zamawiającego w ww. zamówieniu, polegających na:

- 1) braku odrzucenia oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Tomar N. T., ul. Kasztanowa 44, 20-138 Lublin mimo, że została złożona niezgodnie z SWZ –pkt. 6.2 oraz 15.2
- 2) braku wyboru oferty Odwołującego w zadaniu nr 10 mimo, iż pozostała najkorzystniejszą ofertą spośród nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 16 ust. 1 i 2 oraz 17 ust. 2 PZP poprzez nieprzeprowadzenie dokładnego badania i oceny ofert
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez oraz nieodrzućenie oferty złożonej przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Tomar N. T., mimo że jej treść jest niegodna z SWZ
3. art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 pkt 1 PZP poprzez uznanie, że oferta Odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu w zakresie zadania nr 10

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 10
2. nakazania powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku
3. nakazanie odrzucenia ofert Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Tomar N. T., złożonych w przedmiotowym postępowaniu w zakresie zadania nr 10
4. obciążenia kosztami postępowania Zamawiającego na rzecz Odwołującego, poprzez zasądzenie kwoty stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego się z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania odwoławczego na jego korzyść, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w zakresie zadania nr 10.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że w dniu 23 sierpnia 2023 Zamawiający opublikował Informację o wyniku postępowania na portalu e-zamówienia.pl z której wynikało, iż Zamawiający wybrał w ofertę Wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Tomar N. T. w zakresie zadania nr 10

W związku z tym odwołujący w dniu 23 sierpnia, wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o przesłanie oferty wybranego

Wykonawcy, i w dniu 24 sierpnia ofertę tą otrzymał.

W związku z tym iż na przesłane dokumenty składało się pięć podpisanych podpisem zaufanym plików w formacie pdf oraz nie podpisane pliki o nazwach: „Część X -Załącznik 2J -Artykuły spożywcze różne (1).docx.xlsx” oraz „Załącznik nr 7 -Informacja RODO (1).docx”, Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z pytaniem czy została mu przesłana pełna oferta wybranego Wykonawcy. W rozmowie telefonicznej w dniu 28 sierpnia 2023 r. przy zwróceniu uwagi że nie jest możliwe zweryfikowane podpisów dwóch wskazanych przez odwołującego jako niepodpisane dokumentów, przedstawiciel Zamawiającego potwierdził że została przesłana kompletna dokumentacja jaką przesłał wybrany Wykonawca oraz stwierdził że podpisy zostały zweryfikowane.

W tej sytuacji po przeanalizowaniu przesłanych dokumentów Odwołujący zauważa, że element oferty wymagany w SWZ w punkcie 6.2 – formularz cenowy, nie został podpisany zgodnie z wymaganiami pkt. 15.2 SWZ. W związku z tym iż jest to dokument nie podlegający uzupełnieniu a nie podpisany nie mógł być uznany przez Zamawiającego jako złożony ofertę wybranego Wykonawcy należało od rzucić. Niezależnie od tego iż dokument o nazwie Część X Załącznik 2J Artykuły spożywcze różne (1).docx.xlsx nie został podpisany dodatkowo nie potwierdzał iż oferowane produkty spełniają wymagania Zamawiającego. W związku z tym wybraną ofertę należało odrzucić także z tego powodu.

W dniu 11 września 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Odnosząc się do zarzutów Odwołującego wskazał, że nie znajdują one uzasadnienia w dokumentach postępowania.

Zgodnie z treścią pkt 15.2 SWZ ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym w formatach danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2070 z późn.zm.), z zastrzeżeniem formatów, o których mowa w art. 66 ust. 1 ustawy, z uwzględnieniem rodzaju przekazywanych danych.

Zgodnie zaś z pkt 15.14 SWZ Formularz ofertowy podpisuje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym w formacie PAdES typ wewnętrzny. Pozostałe dokumenty wchodzące w skład oferty lub składane wraz z ofertą, które są zgodnie z ustawą Pzp lub rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie wymagań dla dokumentów elektronicznych opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, mogą być zgodnie z wyborem wykonawcy/wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia/podmiotu udostępniającego zasoby opatrzone podpisem typu zewnętrznego lub wewnętrznego. W zależności od rodzaju podpisu i jego typu (zewnętrzny, wewnętrzny) w polu „Załączniki i inne dokumenty przedstawione w ofercie przez Wykonawcę” dodaje się uprzednio podpisane dokumenty wraz z wygenerowanym plikiem podpisu (typ zewnętrzny) lub dokument z wszytym podpisem (typ wewnętrzny).

Wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Tomar N. T. w spornym postępowaniu załączył formularz ofertowy ocids-148610-89757cfa-3755-11ee-a60c-9ec5599dddc1\_Oferta\_1.pdf podpisany podpisem kwalifikowanym zweryfikowanym pozytywnie programem Szafir 2.0.0 (build 663)

Łącznie z formularzem ofertowym Wykonawca złożył pliki XADES Część X - Załącznik 2J -Artykuły spożywcze różne (1).docx.xlsx oraz Załącznik nr 7 - Informacja RODO (1).docx . Oba złożone pliki wskazano jako załączniki do oferty w pkt XII oraz zostały podpisane prawidłowo podpisem kwalifikowanym wraz z danymi w nich zawartymi - dokumenty z wszytym podpisem (typ wewnętrzny).

Wobec powyższego w ocenie Zamawiającego złożona oferta wraz z załącznikami została złożona zgodnie z wymaganiami SWZ, podpisana według wskazań Zamawiającego podpisem kwalifikowanym oraz potwierdzała spełnienie wymogów Zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego ustaliła, co następuje.**

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Art. 16 ustawy pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Art. 17 ust. 2 pzp – *Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Art. 239 ust. 1 pzp – *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu dot. podpisów na dokumentach Izba na podstawie dokumentacji oraz stanowiska Zamawiającego stwierdziła, że zarzut ten nie znalazł potwierdzenia. Dokumenty kwestionowane w odwołaniu zostały podpisane w określony w dokumentacji postępowania sposób, zaś Odwołujący poza stwierdzeniami zawartymi w odwołaniu oraz stanowisku w toku rozprawy nie podważył tej okoliczności, pomimo ciężącego na nim ciężarowi dowodu w tym zakresie. Nie zostało zatem udowodnione, że wykonawca złożył ofertę obciążoną wadami wskazanymi w odwołaniu, które upoważniałyby Zamawiającego do podjęcia czynności których domagał się Odwołujący.

Rozpoznając odwołanie Odwołującego w granicach podniesionego w odwołaniu drugiego z zarzutów Wykonawcę tj. niezgodności z SWZ oferty Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Tomar N. T. Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wskazał okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania, do czego był zobowiązany na podstawie art. 516 pkt 10 ustawy Pzp. W odwołaniu Odwołujący wskazał

jedynie, że treść załącznika nr 2J nie potwierdzała iż oferowane produkty spełniają wymagania Zamawiającego. Tak sformułowany zarzut, wobec zbyt dużego poziomu ogólności nie mógł zostać uwzględniony. Odwołujący w żaden - choćby minimalny sposób nie sprecyzował w odwołaniu, na czym miała polegać rzeczona niezgodność i dopiero w piśmie procesowym i na rozprawie Odwołujący w ograniczony sposób sprecyzował zarzut tj. wskazał w ogólny sposób iż wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Tomar N. T. w złożonej przez siebie ofercie nie wskazał parametrów oferowanych produktów. Takiego zarzutu nie sposób wywieść z treści odwołania. Kluczowe znaczenie w przedmiotowej sprawie ma rozstrzygnięcie, co należy rozumieć pod pojęciem „zarzut”. W tym przedmiocie Izba oraz sądy okręgowe sprawujące nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby jednolicie stanowią, że pod tym pojęciem należy rozumieć wskazane przez odwołującego konkretne fakty świadczące o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

Wskazanie zaś nowych faktów, nawet wypełniających dyspozycję tego samego przepisu ustawy Pzp, stanowi nowy zarzut. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 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. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....